

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

LUIZ ANTÔNIO ALVES TORRANO

INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

DOUTORADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2012**

LUIZ ANTÔNIO ALVES TORRANO

DOUTORADO EM DIREITO

INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

SÃO PAULO
2012

Banca Examinadora:

Verbum ex legibus, sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis.

Ulpiano
in Digesto, liv. 50, tít. 16

RESUMO

O presente estudo tem por principal escopo fixar, à luz do vigente CC e demais legislações pertinentes, sem olvidar a doutrina clássica, os lindes e as consequências dos institutos da indignidade e deserdação, com o que, afastada qualquer preterição aos vetustos ensinamentos, se pretende dar-lhes novo contorno, tal como exigido pela visão social que acerca deles hoje se deve ter. Para tanto, este trabalho é dividido em capítulos, nos quais, desde logo, se estudam os aspectos históricos do direito sucessório, assim como a indignidade e deserdação na doutrina pátria e nos ordenamentos jurídicos alienígenas, do que deriva uma nova concepção a respeito do conceito e natureza jurídica desses institutos, abandonando-se a doutrina que os vê como sanção civil ou, mesmo, incapacidade, para tê-los como mera ausência de legitimidade para herdar ou receber legado. Ainda, apontam-se as suas semelhanças e diferenças, as causas que ensejam a exclusão da sucessão, bem como os seus efeitos, advindos, em alguns casos, do novo direito de família, que admite o casamento e a união estável homoafetivos. Após, abordam-se a destinação dos bens sucessórios e os atos praticados pelo excluído. No estudo da necessária ação de exclusão, além de discorrer sobre a sua legitimidade ativa e passiva, também se enfocam o perdão, expresso ou tácito, dado pelo hereditando ao sucessível, bem como a prescrição da pretensão de se excluir o herdeiro ou o legatário.

Palavras-chaves: Indignidade. Deserdação. Sucessão *causa mortis*. Direito civil.

ABSTRACT

In the light of the current code, other relevant laws, and notwithstanding the classical doctrine, the aim of the present work is to set the limits and consequences of the institution of the unworthiness and disinheritance, with which, far from any disregard to ancient teachings, a new approach demanded by the social vision that one must have nowadays must be given. Hence, this work is divided into chapters, in which, since the very beginning, one studies the historical aspects of the legal succession, the indignity and the disinheritance in the country's doctrine and the alien legal compilation, from which a new appraisal regarding the concept and the legal nature of these institutions is derived, leaving out the doctrine that foresees them as a civil sanction, or even as an inability to have them as mere absence of legitimacy to inherit or receive some legacy. Moreover, their similarities and differences, the causes that attempt the exclusion of succession as well as their effects which in some cases come from the new family law that grants marriage and homosexual affective stable unions are pointed out. Afterwards, the destination of the inheritance properties and the acts performed by those excluded are also considered in this work. In the study of the necessary exclusion, apart from discussing the active and passive legitimacy; implicit or explicit forgiveness given by the legatee to the successor is also focused on, as well as the prescription of the intention to exclude the heir or the inheritor.

Keywords: Unworthiness. Disinheritance. *Causa mortis* succession. Civil Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil brasileiro
CCA	Código Civil argentino
CCE	Código Civil espanhol
CCI	Código Civil italiano
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil brasileiro
CPP	Código de Processo Penal
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
1 NOÇÕES GERAIS	12
1.1 Aspectos históricos do direito sucessório.....	12
1.2 A sucessão legítima e testamentária.....	15
2 A INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO NA DOCTRINA PÁTRIA.....	21
3 A INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ALIENÍGENAS.....	33
3.1 Noções gerais	33
3.2 Código Civil italiano.....	33
3.3 Código Civil espanhol.....	34
3.4 Código Civil argentino	36
3.5 Código Civil português.....	38
4 UMA NOVA VISÃO DA INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO.....	40
5 OUTRAS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE A INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO.....	58
6 CAUSAS QUE GERAM A INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO.....	64
6.1 Noções gerais	64
6.2 Causas comuns à indignidade e deserdação.....	67
6.3 Causas exclusivas da indignidade	84
6.4 Causas exclusivas da deserdação	85
7 A INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO EM FACE DE ALGUNS INSTITUTOS PENAIIS	93

8 A INDIGNIDADE E A DESERDAÇÃO DIANTE DO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA.....	108
8.1 Princípios do direito de família	108
8.2 Famílias homoafetivas.....	116
8.3 Famílias desfeitas.....	122
9 EFEITOS DA INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO	125
9.1 Noções gerais	125
9.2 Efeitos pessoais.....	125
9.3 Retroação dos efeitos da sentença declaratória	134
9.4 Usufruto, administração e sucessão dos bens hereditários.....	135
9.5 Alienações onerosas e atos de administração	137
9.6 Restituição dos frutos e rendimentos percebidos pelo excluído e seu direito à indenização por despesas de conservação	143
10 ASPECTOS PROCESSUAIS DA INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO.....	158
10.1 Noções gerais	158
10.2 Pressuposto processual da ação de deserdação	162
10.3 Pressuposto processual de ambas as ações de exclusão	165
10.4 Pressupostos processuais negativos de ambas ações de exclusão.....	167
10.5 Reflexos processuais da morte do deserdando e do excluído	172
10.6 Legitimidade ativa e passiva.....	174
10.7 O cônjuge nas ações de exclusão	178
10.8 Outras questões processuais	180
11 PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA?	185
CONCLUSÃO.....	191
BIBLIOGRAFIA	203

APRESENTAÇÃO

Com o presente trabalho pretende-se obter uma nova visão dos institutos da indignidade e decadência. Indubitavelmente, a *meta optata* desses institutos é o afastamento do herdeiro ou legatário que, contra o autor da herança, seu cônjuge ou companheiro, descendente ou ascendente, pratica ato expressamente previsto na legislação para tanto.

Essa exclusão, por sua vez, deriva do fato de que é intuitivo que o herdeiro ou legatário deva ter pelo hereditando amor, carinho, desvelo, gratidão. E, caso aquele perpetre conduta que demonstre ausência desses sentimentos, presente se fará a causa subjacente necessária para o seu afastamento do processo sucessório daquele contra quem praticou a ofensa.

Por outro lado, é inegável que comportamento social em muito evoluiu nos últimos anos, o que impõe uma nova leitura das disposições legais e doutrinárias que regulam os institutos em estudo. Não se pode, pois, deixar de integrar no rol de eventuais excluídos, *v.g.*, aquele que gravemente injuriou o companheiro homoafetivo do autor da herança ou o descendente que com a companheira de seu ascendente manteve relações ilícitas. Embora assim o seja, a ausência de legislação acerca dessa exclusão impõe, entretanto, cautela e sólida argumentação para que, prestigiada, ela se firme como válida no ordenamento jurídico.

Ainda, os prazos para a propositura da ação de exclusão devem ser vistos como prescricionais e não decadenciais como são tidos na doutrina tradicional. Além dos argumentos jurídicos que se esposam para tanto, há de ver nessa conclusão a grande vantagem de, se dessa forma forem classificados, menos peremptórios eles serão, pelo que mais justiça se fará no destino da herança daquele que foi ofendido pelo herdeiro ou legatário.

Daí é que, dentre outras justificativas que possam afiançar a importância da

nova visão de que se falou, com os motivos antes expostos já se deve ter por pertinente um atual e sistemático estudo dos institutos da indignidade e deserdação.

Para tanto, além da introdução, conclusão e referências bibliográficas, este trabalho será dividido em capítulos, que versam acerca dos aspectos históricos do direito sucessório, indignidade e deserdação no ordenamento jurídico, pátrio e alienígena, semelhanças e diferenças entre ambos os institutos, causas que os geram, indignidade e deserdação em face de alguns institutos penais e diante do novo direito de família, seus efeitos, aspectos processuais das ações de exclusão, bem como prescrição da pretensão de se excluir o herdeiro da herança, seja em razão de ato que leva à indignidade, seja em virtude de conduta que importa a deserdação.

Daí é que, desde logo, se discorre sobre o conceito e a natureza jurídica da indignidade e deserdação. Apresenta-se conceito que se entende mais adequado ao texto legal.

No tocante à natureza jurídica, abandona-se a doutrina que vê os institutos objeto deste estudo como uma sanção civil ou, mesmo, incapacidade, para tê-los como mera ausência de legitimidade para herdar ou receber legado.

Na sequência, mostram-se as semelhanças e dessemelhanças havidas entre a indignidade e a deserdação. Verdadeiramente, aqui se resume num apontamento didático das diferenças já demonstradas pela doutrina. Faz-se, ainda, um apanhado das causas comuns à indignidade e deserdação, bem como daquelas exclusivas de um e do outro instituto.

Quanto à ação de exclusão, além de discorrer sobre a sua legitimidade ativa e passiva, também estuda-se o perdão, expresso ou tácito, dado pelo hereditando ao sucessível, bem como a necessidade de se ter ou não sentença penal condenatória transitada em julgado naqueles casos em que a conduta do herdeiro seja penalmente tipificada.

Após, o estudo volta-se para a destinação dos bens sucessórios e para os atos praticados pelo excluído. A doutrina, quanto a esse destino, conclui que tais bens devem ser recolhidos pelo herdeiro do excluído, vedado a este o direito ao usufruto e à administração deles, bem como a sua eventual sucessão. Nesse sentido, há expressa disposição legal quanto à indignidade. No entanto, dada a ausência de similar disposição no tocante aos bens hereditários que o herdeiro deixou de recolher por ter sido deserddado, Washington de Barros Monteiro desse destino dado pela doutrina discorda. Importante também é o estudo dos atos praticados pelo excluído, já que, conquanto a indignidade, neste particular, tenha, de igual forma, disposição expressa, a deserdação não na tem.

Por fim, aborda-se a prescrição da pretensão de se excluir o herdeiro da herança, seja em razão de ato que leva à indignidade, seja em virtude de conduta que importa a deserdação. Ao contrário da majoritária doutrina que classifica como decadenciais os prazos extintivos da ação de indignidade e deserdação, dizem-se prescricionais por ser assim que se veem neste trabalho tais prazos. E são eles prescricionais porque dão azo à extinção da pretensão nascida com a violação pelo sucessível do direito do hereditando à vida, honra e liberdade de testar, para citar tão-somente as ofensas que ensejam a indignidade. Não se olvide aqui que decadência é a perda de um direito facultativo, que se resume na possibilidade de o seu titular insurgir-se contra uma situação jurídica instalada, o que não ocorre na espécie, já que o legitimado ativo para a ação de exclusão não possui qualquer direito à herança, mas mera perspectiva.

1 NOÇÕES GERAIS

1.1 Aspectos históricos do direito sucessório

Desde logo, vale anotar que o direito hereditário remonta à mais longeva idade do homem, época em que a sucessão se embasava na ideia de continuidade da religião e família. De fato, entre os povos antigos¹, a religião e a propriedade estavam intimamente ligadas. E é nesse contexto que surgiram as incipientes normas acerca da sucessão *causa mortis*.

Sabe-se que, entre os diversos povos primitivos, a sucessão hereditária se apresentava de forma bastante vária. Influenciavam-na, pois, a organização social, o desenvolvimento político, os costumes, a religião. Nos primórdios, para se ter direito à sucessão, fazia-se necessário que o herdeiro fizesse parte da organização social a que pertencia o *de cuius*, pelo que eram incapazes de adquirir por sucessão *causa mortis* o estrangeiro, o escravo, o seguidor de religião não oficial da comunidade, os monges, bem como todos aqueles que se mantivessem apartados da vida civil. (BEVILÁQUA, 2000, p. 112).

Pelo prisma religioso, tinha-se que o culto dos antepassados era imperativo. Infâmia mais grave não havia do que falecer sem deixar quem lhe venerasse a memória. Era, portanto, de grande relevância a existência de herdeiro. Afinal, a pessoa que herdasse, pouco importando quem o fosse, ficava encarregada de fazer oferendas sobre o túmulo daquele que sucedeu². A ausência de sucessor implicava, em consequência, a extinção do culto doméstico, o que consistia grande desgraça familiar e infelicidade para o morto.

O sacerdócio, na religião doméstica, competia ao filho. A filha não tinha essa prerrogativa, já que, com o casamento, ela não só rompia os antigos laços de

¹ E assim o era, por exemplo, na Índia, Grécia e Roma.

² Leis de Manu, IX, 186.

parentesco, como também adotava a família do marido, inclusive, no que dizia respeito ao culto de seus deuses. Tal circunstância impunha, em consequência, que a sucessão se desse apenas na linha masculina.

Na falta de filho, o pai escolhia uma das filhas, entregando-a àquele que seria seu marido. Sua incumbência primeira era gerar-lhe um filho que para si tomava e a quem cumpria celebrar-lhe aquela cerimônia fúnebre³. E, embora o pai e a mãe desse neto, filha daquele que não tinha filhos, estivessem vivos, o neto herdava do avô, como se filho fosse.

Ainda pelas Leis de Manu, não tendo vivos filho ou filha, a herança ficava para o neto que fosse filho de filho. Jamais a recebia o filho de filha. Na falta daquele descendente, tinha-se por herdeiro o irmão e, na sua falta, o filho de irmão. Por fim, não havendo parentes desses algum, buscava-se na ascendência do *de cuius*, sempre na linha masculina, alguém que se destacasse para na sua descendência, igualmente no parentesco agnático, encontrar quem se tornaria herdeiro e, portanto, responsável pelas exéquias.

Não se olvide, também, que as Leis de Manu determinavam que ao primogênito se transferia a posse dos bens hereditários e os demais irmãos sob sua autoridade vivessem como se o primogênito pai desses fosse⁴. Afinal, o patrimônio pertencia à família.

É veraz que, entre os diversos povos antigos, as regras sucessórias se modificavam. Os egípcios, por exemplo, desconheciam a sucessão testamentária. *Solus deus heredem facere potest, non homo*. Só deus pode instituir herdeiro, não o homem. E, aberta a sucessão, o primogênito partilhava a herança em quinhões iguais, distribuindo-os igualmente a seus irmãos, fossem eles filhos legítimos ou naturais. Em Atenas, a filha recebia um dote reduzido de um sétimo da fortuna paterna. No vetusto

³ Segundo as Leis de Manu, IX, 127-136, o pai, no ato de entrega dessa filha ao marido, proferia: “Dou-te, ornada de jóias, esta filha que não tem irmão; o filho que dela nascer será meu filho e celebrará os meus funerais.”

⁴ Leis de Manu, IX, 105-107.

direito ático, com a morte de pai de filha única que não tivesse adotado filho ou feito testamento, chamava-se à sucessão o parente mais próximo, que, recebendo a herança, devia casar-se com essa filha.

Conquanto na antiga Roma a filha casada fosse igualmente excluída da sucessão paterna, recebia ela, se solteira, ao contrário, a herança, que, durante a sua vida, era administrada por irmão dela ou agnados. E eram aquele ou estes que, depois de sua morte, lhe herdavam os bens.

No direito romano, posteriormente, por meio de reforma pretoriana, ampliou-se a classe dos sucessíveis *ab intestato*, chamando a suceder até os colaterais em sexto grau, ressalvado, até o sétimo grau, o direito dos descendentes dos irmãos do *de cuius*. Nesse mesmo direito peninsular, em época ulterior, Justiniano, em sua célebre Novela 118, prestigiando o parentesco familiar, deferiu a sucessão aos descendentes, ascendentes e irmãos germanos, irmãos unilaterais, colaterais, que não fossem irmãos, e, por fim, cônjuge sobrevivente. Aqui, dada a remota possibilidade de o cônjuge herdar, facultou-se o usufruto vidual, a que se denominava quarta uxória. A *lex Julia et Papia Poppea* prescreveu, no caso de vacância, o direito de o Estado recolher a herança.

Em solo pátrio, no direito pré-codificado, a vocação hereditária dava-se, nessa ordem, aos descendentes, ascendentes, colaterais até décimo grau, cônjuge supérstite e fisco. A Lei n. 1.893/07, por sua vez, além de trazer o cônjuge para o terceiro lugar na linha sucessória, limitou a sucessão dos colaterais ao sexto grau.

Suposto essa linha de chamamento à sucessão e tais limites hereditários tenham sido mantidos pelo revogado Código, o Decreto-Lei nº 9.461/46 (BRASIL, 1946) reduziu ao quarto grau a capacidade sucessória dos colaterais, o que foi acolhido pelo vigente Código Civil (CC) (BRASIL, 2002).

Ainda na vigência do CC/1916 (BRASIL, 1916), editaram-se as Leis ns. 8.971/94 (BRASIL, 1994) e 9.278/96 (BRASIL, 1996). No que é pertinente a este

trabalho, aquela regulou o direito dos companheiros à sucessão⁵, e esta deferiu ao convivente supérstite o direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união estável ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residente da família⁶.

Também sob a égide desse Código, promulgou-se a Constituição Federal (CF) de 1988 (BRASIL, 1988) que, a respeito da matéria, além de garantir o direito de herança⁷, conferiu aos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações⁸. Revogadas ficaram, em consequência, as disposições do antigo CC (BRASIL, 1916) em razão das quais, *v.g.*, ao filho adotivo, se concorresse com legítimos, supervenientes à adoção, tocaria somente metade da herança cabível a cada um desses⁹ ou, falecendo sem descendência o filho adotivo, se lhe sobreviverem os pais e o adotante, àqueles tocaria por inteiro a herança, mas, na falta dos pais, embora pudesse haver outros ascendentes, devolvia-se a herança ao adotante¹⁰.

1.2 A sucessão legítima e testamentária

Feitas essas observações diacrônicas, com o escopo de situar a indignidade e deserdação no ordenamento jurídico, há de se discorrer acerca do direito sucessório em solo pátrio, delimitando-lhe os lindes, bem como examinando-lhe os institutos e

⁵ Lei nº 8.971/94 – Art. 1º: A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478/68, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. Par. único: Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cuius*, se houver filhos deste ou comuns; II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cuius*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

⁶ Lei nº 9.278/06 – Art. 7º, par. único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

⁷ CF – Art. 5º, inc. XXX.

⁸ CF – Art. 227, § 6º.

⁹ CC/16 – Art. 1.605, § 2º.

¹⁰ CC/16 – Art. 1.609, *caput* e par. único.

peculiaridades.

Para atingir essa meta, ressalte-se, desde logo, que, há tempos, o direito moderno aboliu a herança jacente, no sentido que os romanos lhe davam. Para esses, o domínio e a posse da herança não se transferiam ao herdeiro pelo simples evento morte. Havia um vácuo entre a abertura da sucessão e a sua aquisição pelo herdeiro, entre a *delata* e a *acquisitio*. O herdeiro tornava-se proprietário dos bens hereditários tão-somente após a aceitação da herança.

A herança jacente dos romanos sucumbiu em razão da adoção do princípio da *saisine*¹¹.

De fato. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Di-lo o artigo 1.784 do CC (BRASIL, 2002). Trata-se do mencionado princípio da *saisine*. A sucessão hereditária abre-se com a morte do autor da herança, oportunidade em que se dá substituição nas relações jurídicas, das quais esse autor participava. Até então, o titular, ativo ou passivo, dessas relações era o *de cuius* e, a partir daí, sem qualquer formalidade, o titular delas passa a ser o herdeiro.

Não há, por conseguinte, qualquer hiato nessa transmissão. Ela se opera sem necessidade de ato algum por parte do herdeiro. A aceitação da herança por ele constitui mera formalidade, cujos efeitos retroagem, entretanto, à abertura da sucessão (art. 1.804, *caput*).

Investido na situação em que o *de cuius* se encontrava, o herdeiro pode agir como se aquele fosse. De um lado, descabe, em consequência, pedido ao juiz no sentido de que seja o herdeiro imitado na posse dos bens hereditários. O artigo 1.784 do CC (BRASIL, 2002), por si só, já lha transmite. De outro, o herdeiro poderá usar dos interditos possessórios, se alguém pretender a posse desses bens. Ainda, é-lhe de direito continuar as ações já ajuizadas pelo autor da herança, bem como, salvo as

¹¹ Foi o Alvará de 9 de novembro de 1754, seguido do Assento de 16 de fevereiro de 1786, que introduziu no direito luso-brasileiro a transmissão automática dos direitos hereditários. Nesse sentido: Miranda (1999, p. 250).

personalíssimas, propor outras, mesmo que não possessórias, as quais o autor da herança poderia ter ajuizado enquanto vivo. Compete-lhe, também, apresentar defesas em ações contra esse autor propostas, as quais ele poderia ter apresentado. Enfim, ao herdeiro assistem os mesmos direitos e obrigações que ao *de cuius* caberiam, se vivo fosse.

Na hipótese, diz-se que se tem a sucessão *causa mortis*. Isso porque é a morte do autor da herança que a provoca. E essa sucessão pode regular-se por lei ou por disposição de última vontade (art. 1.786 do CC). Na hipótese de a sucessão ser disciplinada por lei, tem-se a sucessão legítima, também denominada *ab intestato*. Se por disposição de última vontade, a sucessão será testamentária, igualmente chamada *ex testamento*.

A doutrina ensina que a sucessão legítima é a decorrente da lei. Se o defunto, por exemplo, deixou de fazer testamento, seu patrimônio, por força da lei, irá a seus descendentes; inexistindo descendentes, aos seus ascendentes; não havendo nem descendentes nem ascendentes, ao seu cônjuge; à falta daqueles parentes e cônjuge, aos colaterais até 4º grau (RODRIGUES, 2002, p.16), observada a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes, se caso, e ascendentes. Deve-se ter em consideração, também, possível concorrência de companheiro supérstite. É comum, por isso, a afirmação de que a sucessão legítima é o testamento presumido do *de cuius*.

Ainda, acerca da sucessão legítima, além da hipótese de a pessoa morrer sem testamento, o artigo 1.788 determina que ela também ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento ou se o testamento caducar ou for julgado nulo. Também, não obstante esse artigo se mantenha silente a respeito, acresce-se que igualmente é caso de sucessão legítima se houver a anulação do testamento.

Por outro lado, a sucessão testamentária dá-se quando houver disposição de última vontade. O testamento e o codicilo retratam essa última vontade. Logo, essa sucessão ocorre na hipótese de haver testamento ou codicilo válidos, ou ambos simultaneamente.

É veraz que a sucessão pode ser, ao mesmo tempo, legítima e testamentária. Isso acontece se o testamento não abranger todos os bens hereditários. Aqueles abrangidos são deferidos às pessoas aquinhoadas no testamento, enquanto os bens restantes, àquelas elencadas na ordem legal da vocação hereditária.

A sucessão *causa mortis* processa-se a título universal ou a título singular. Dá-se a sucessão a título universal na hipótese de o herdeiro ser chamado a suceder na totalidade dos bens hereditários ou em percentual deles. Aqui, o sucessor sub-roga-se na posição do finado, como titular da totalidade, ou de parte, da *universitas iuris*, que é o seu patrimônio (RODRIGUES, 2002, p. 17). Tem-se a sucessão a título singular quando o beneficiado recebe bem certo e determinado.

E, para receber bem certo e determinado, necessária é a existência de testamento, no qual o *de cuius* determina a coisa e a quem ela caberá. E isso só é possível por meio da sucessão testamentária. Se a sucessão for legítima, o beneficiado receberá uma fração de todos os bens hereditários, mas jamais coisa certa.

Na sucessão a título singular, aquela coisa certa e determinada se chama legado, e o seu beneficiário, legatário. Na sucessão a título universal, a totalidade dos bens hereditários, ou parte deles, denomina-se herança, e o seu beneficiário, herdeiro.

Atente-se que, na sucessão testamentária, além de se ter a sucessão a título singular, pode haver concomitantemente a sucessão a título universal, que se dá na hipótese de o testador, após individualizar o bem destinado à sucessão a título singular, deixar percentual ou, não havendo individualização de qualquer bem, a totalidade dos bens restantes a dada pessoa. Essa pessoa se chama herdeiro testamentário

Anotadas essas lições doutrinárias, quanto à inserção da indignidade e deserdação no direito sucessório, há de se consignar que, na doutrina, Sebastião Luiz Amorim (2004, p. 267) ensina que aquela se aplica tanto à sucessão legítima como à testamentária, e esta tem incidência apenas nessa última espécie de sucessão.

Ainda, neste particular, Washington de Barros Monteiro (2003, p. 63) leciona que a pena da indignidade é cominada pela própria lei, nos casos expressos que enumera, ao passo que a de deserdação repousa na vontade exclusiva do autor da herança, que a impõe ao culpado no ato de última vontade, desde que fundada em motivo legal. Na sequência, ele conclui que a primeira, portanto, é peculiar à sucessão legítima, embora possa alcançar o legatário, enquanto a segunda só se verifica na sucessão testamentária.

Igualmente, para Carlos Maximiliano (1952, p. 91), suposto a indignidade e a deserdação busquem uma punição civil para o ingrato, conferindo-lhe a perda das vantagens derivadas da sucessão em razão de uma mesma causa, *scilicet*, uma conduta reprovável do herdeiro para com o *de cuius*, a deserdação ocorre apenas na sucessão testamentária, enquanto a indignidade é própria da sucessão legítima.

Não obstante a erudição jurídica de ambos doutrinadores, verdadeiramente com essa lição por eles dada não se pode concordar. Deveras. A indignidade exclui tanto herdeiros quanto legatários. Aqueles, por sua vez, podem ter sido chamados à sucessão em razão de seu grau de parentesco com o *de cuius* ou em virtude de terem sido por este aquinhoados em seu testamento, pelo que são eles, na primeira hipótese, legítimos ou, na segunda, testamentários. E os legatários são, necessariamente, nomeados em testamento. Daí é que a indignidade é matéria não só da sucessão legítima como também o é da testamentária. Por outro lado, é cediço que deserdação consiste na faculdade de o testador, segundo seu arbítrio, desde que haja como causa uma das razões legais, afastar ou não de sua sucessão herdeiro necessário, pelo que, em consequência, fica a esse sucessor vedada a sua participação na legítima. E, se assim o é, insta reconhecer que o testamento válido não passa de mero instrumento, no qual o testador consigna a cláusula de deserdação. Pode-se, por conseguinte, concluir que a deserdação apenas do ponto de vista formal pertence à sucessão testamentária, já que de fato é ela matéria da sucessão legítima, mais precisamente da sucessão necessária.

Deve-se, portanto, ter que a indignidade se situa no âmbito não somente da sucessão legítima, mas ainda da hereditária, ao passo que a deserdação, contrariamente

ao apregoado pela doutrina tradicional, apenas na liça da sucessão legítima.

2 A INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO NA DOUTRINA PÁTRIA

Um estudo acerca dos institutos da indignidade e deserdação remete, entretanto, o interessado ao direito romano que, de forma decisiva, foi quem influenciou a formação dos ordenamentos jurídicos atuais, em especial a sua gênese no direito pátrio, não obstante aqui o legislador tenha abandonado expressões vis de que se utiliza aquele vetusto ordenamento alienígena.

Veja, pois, que o CC de 1916 (BRASIL, 1916), ao disciplinar a indignidade, usa da epígrafe **“dos que não podem suceder”** em substituição da expressão **“dos indignos de suceder”** empregada pelo seu projeto primitivo, no qual a influência romana foi visível.

Neste particular, já se lecionou que, preterida essa expressão do projeto originário, que estava mais a gosto da maioria dos tratadistas de então, entre os quais se pode citar Carlos Maximiliano (1952), Hermenegildo de Barros (1929), Itabaiana de Oliveira (1952) e Clóvis Beviláqua (1953; 1977), bem como dos de hoje, tais como Orlando Gomes (1968; 1995; 1998; 2004), Washington de Barros Monteiro (2003a; 2003b; 2003c) e Caio Mário da Silva Pereira (2004; 2005; 2012), a Comissão revisora do anteprojeto do CC (BRASIL, 2002) revogado a substituiu pela rubrica **“dos que não podem suceder”**, possivelmente por considerar aquela extremamente forte.

Essa troca veio ao encontro da argumentação de Teixeira de Freitas (CYRILLO, 1981, p. 71), segundo a qual, abolida em solo pátrio o confisco de bens, desapareceu a diferença entre **indignidade**, na acepção no passado dada a este instituto, e **incapacidade** para se recolher a herança.

E tal postura teve continuidade com o atual CC (BRASIL, 2002), que, para nomear aquele instituto, adotou a rubrica **dos excluídos da sucessão**.

Para melhor compreender a relevância da substituição de que se fala, insta discorrer acerca da indignidade e da mencionada incapacidade para se recolher a

herança, tais como vistas pelo direito romano.

A indignidade tinha sua origem em atos criminosos ou imorais perpetrados pelo herdeiro ou legatário contra aquele de quem receberia a herança ou legado, sua memória ou seus interesses. A indignidade era, portanto, uma pena imputada a esse herdeiro ou legatário. Ainda, declarada a indignidade, a herança ou o legado que ao indigno caberia era, na maioria das vezes, devolvido ao fisco (LACERDA, 1918, p. 319).

Já no estudo da incapacidade, vista pelo direito romano, deve-se ter que à capacidade civil, aptidão para se adquirir direitos e contrair obrigações, se dava o nome de estado¹². E três eram os estados, a saber, liberdade, cidade e família. Ainda, verdadeiramente esses estados se inter-relacionavam, já que a liberdade existia por si mesma, independentemente de qualquer outro elemento, enquanto o direito de cidade sujeitava-se à liberdade e o direito de família dependia do direito de cidade. Da privação de qualquer desses direitos derivava restrição à capacidade, a que se denominava *capitis diminutio*. A *capitis*, por seu turno, classificava-se em máxima, média e mínima. Aquela primeira exsurgia com a perda dos três estados. Tinha-se a restrição média se, mantido o direito de liberdade, houvessem sido suprimidos os direitos de cidade e família. A restrição mínima resultava apenas da perda tão-somente do direito de família, o que ocorria na hipótese de o cidadão abandonar a sua família, passando a integrar outra ou, mesmo, constituindo uma nova¹³.

No estudo da infâmia, deve-se ter que, paralelamente a esses três estados, um quarto ainda existia. Era ele o requisito para que o cidadão fosse apto a exercer todos os seus direitos, políticos e civis, públicos e privados, previstos no ordenamento jurídico de então. Chamava-se *status illaesae existimationis*.

¹² Originariamente, dizia-se *status* ou *caput*.

¹³ Aqui, vale citar Dig. L. 4º, tít. 5º, fr. 11: *Capitis diminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. Tria enim sunt, quae habemus, libertatem, civitatem, familiam. Igitur, cum omnia haec amittimus, hoc est, libertatem, et civitatem, et familiam, maximam esse capitis diminutionem: cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis diminutionem: cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis diminutionem constat.*

Não estar em pleno gozo do *status illaesae existimationis*, o que significava dizer que o cidadão não tinha a consideração civil, implicava ser tido por infame. *Quos lex notavit qui infami notati sunt*¹⁴. A infâmia derivava de circunstâncias várias, dentre as quais se pode citar a prática de algum ato aviltante ou do exercício de profissão havida por ilícita, bem como a sua imposição como pena em condenação criminal. Tinham-se também por infames aqueles que viviam uma vida impura ou desregrada ou, no vernáculo do Lácio, *vitae turpitude*. Igualmente os libertos e os filhos de comediantes levavam essa *levis nota* assinalada em sua reputação. E os efeitos da infâmia davam-se não só quanto ao casamento, mas também, naquilo que interessa ao presente estudo, com relação à instituição de herdeiros.

Deve-se ressaltar que, embora no direito romano pudesse haver semelhança entre os institutos da infâmia, incapacidade e indignidade, verdadeiramente lá eles não já se confundiam.

A indignidade, portanto, era no direito romano uma pena imputada ao herdeiro ou legatário em razão de ele ter perpetrado aqueles atos, ao passo que a incapacidade era uma mera condição, conquanto obstativo à aquisição da herança ou legado.

De igual forma, no ordenamento jurídico pátrio, há de se afastar eventual confusão entre a infâmia e os outros dois institutos em razão de aquela hoje não mais existir.

Com efeito. Carvalho Santos leciona que mesmo no direito pátrio anterior ao CC (BRASIL, 1916) revogado excluída já estava a infâmia, cuja existência passara a ser incompatível com o Código Criminal então vigente. O argumento de tal conclusão era de que crime algum podia ser punido com pena que não estivesse capitulada na lei. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. Daí é que, por não se encontrar a infâmia incluída entre as penas estatuídas pelo Código Criminal, foi ela implicitamente abolida por este diploma legal. (SANTOS, 1981a, p.208). Ainda que assim não no fosse, os efeitos da infâmia ultrapassavam os lindes da mera instituição de herdeiros para, no

¹⁴ Invoca-se aqui Dig. L. 3º, tít. 2º, segundo quem *de his, qui notantur infamia*.

que é pertinente ao presente estudo, tornar o infame inapto para receber e reter em seu poder a herança ou legado.

Da mesma maneira, a incapacidade não se assemelha à indignidade. Voltando aos vetustos tempos, na incapacidade a instituição de herança ou legado feita em favor de incapaz era nula de pleno direito, enquanto na indignidade aquela e este levados a efeito em prol do indigno se mantinham válidos, embora não ele pudesse conservar em seu poder a herança ou legado com que fora aquinhado. Isso ocorria porque a incapacidade tinha sua origem em pena imposta ao herdeiro ou legatário após ter ele sido como tal instituído, em razão do que tornava nula essa sua instituição de herdeiro ou legatário, e a indignidade surgia com a prática de certos atos, criminosos ou imorais, por aquele que seria herdeiro ou legatário contra a pessoa do autor da herança, pessoas a ele relacionadas ou, mesmo, contra os bens hereditários, pelo que se deve ter a indignidade como uma pecha que recaía sobre o indigno tornando-o impedido de receber o seu quinhão, que era devolvido ao fisco, caso em que se denominava *ereptício*¹⁵ o bem devolvido, ou às outras pessoas designadas em lei, se êxito obtivessem em *petitio hereditatis* por elas aforadas.

Daí é que não se pode concluir que o desaparecimento do confisco, por si só, implique a equiparação dos institutos da indignidade e deserdação.

Nesse particular, na clássica doutrina autóctone, Itabaiana de Oliveira (1952) ensina que a distinção entre incapacidade e indignidade pode ser resumida no fato de a incapacidade impedir o nascimento do direito, enquanto a indignidade impede a conservação do direito hereditário; a incapacidade é um fato decorrente do enfraquecimento da personalidade do herdeiro, ao passo que a indignidade é uma pena que lhe é imposta. O incapaz é considerado como nunca tendo existido e, por isso, não há a aquisição da herança em momento algum, desde o primeiro momento da abertura da sucessão, e o indigno é havido com já tendo existido em algum tempo, pelo que

¹⁵ A esses bens, o direito romano nominava-os de *ereptorium*, *erepticium* ou *caducum*. Não se deve, entretanto, confundi-los com aqueles que são devolvidos ao fisco por não ter o *de cuius* deixado parente sucessível.

pode adquirir a herança, uma vez que a causa da indignidade se pode dar após essa aquisição. O incapaz por nunca ter sido herdeiro, nada transmite aos seus sucessores, em razão do que o seu quinhão hereditário retorna ao monte-mor com posterior acréscimo aos demais herdeiros legítimos, enquanto o indigno, por já ter sido considerado herdeiro, transmite a sua parte na herança, como se morto fosse, aos seus descendentes. Anota esse doutrinador que, no caso de concorrendo no mesmo sujeito incapacidade e indignidade, prevalece aquela, pelo que a herança ou legado se devolve segundo as regras ordinárias da sucessão. (OLIVEIRA, 1952, p. 148).

Com relação à deserdação, Itabaiana de Oliveira (1952, p. 419) não traça qualquer raciocínio comparativo entre os institutos de que se fala. Isoladamente, anota que deserdação é o ato pelo qual o herdeiro necessário é privado de sua legítima, ficando excluído da sucessão. Na sequência, expõe que, para excluir da sucessão quem não seja herdeiro legítimo, que ele indica como cônjuge e parentes colaterais, não é necessário deserdá-los, já que basta que o *de cuius* tenha disposto de seu testamento sem contemplá-los. Segundo esse doutrinador, a deserdação teve sua origem no código babilônico de Hamurabi, embora a legislação moderna a tenha no direito romano. (OLIVEIRA, 1952, p. 419).

Ainda na doutrina clássica, Carlos Maximiliano (1952) anotou, igualmente, que não se equiparou a indignidade à incapacidade. Segundo ele, esta é um fato, um obstáculo; aquela um pecha, uma pena; a primeira, a perda dessa aptidão por culpa do beneficiário; a segunda é a falta de aptidão para se adquirirem direitos; uma é congênita, uma vez que o incapaz jamais adquire a herança, enquanto a indignidade pode até sobrevir à abertura da sucessão, como no caso em que se oculta, vicia ou inutiliza o testamento. Ainda, prossegue esse doutrinador, a instituição de herdeiro incapaz é nula de pleno direito, enquanto a do indigno, válida. O indigno é, pois, herdeiro, pelo que pode haver espólio, embora perca as vantagens pessoais dele decorrentes em benefício de seus sucessores, que recebem diretamente ou por representação, caso em que se considera o indigno como se morto fosse. Agora, os sucessores do incapaz nada percebem. A indignidade há de ter sido reconhecida

anteriormente por sentença prolatada em ação ordinária promovida por terceiro, o que não ocorre com a incapacidade, que exige tão-somente prova no ato em que ela for declarada. Por fim, Carlos Maximiliano (1952) ensina que os negócios jurídicos praticados pelo indigno são válidos, ao passo que aqueles realizados pelo incapaz são nulos.

Também, esse mestre explica que a deserção, por depender da vontade expressa do hereditando, se baseia na vontade explícita do falecido, pelo que é de alcance mais amplo e abrange maior número de faltas, ao contrário da indignidade que, por não exigir aquela vontade expressa, encontra apoio em hipóteses menos numerosas, estritamente elencadas na legislação. Diz, em consequência, que a indignidade se funda na vontade presumida do autor da herança. (MAXIMILIANO, 1952, p. 91).

Para Lacerda de Almeida, a indignidade é uma pecha em que incorre o herdeiro e que o faz perder o havido, não é um obstáculo, como a incapacidade, que o impede de adquiri-lo. A instituição e disposição a favor do indigno não são de pleno direito nulas, como no caso da incapacidade. O indigno pode haver a herança ou legado, pode transmitir o direito adquirido, até mesmo porque o fato que motiva a indignidade pode dar-se posteriormente à aquisição: a indignidade pode ser superveniente. A aceitação do indigno produz todos os efeitos jurídicos, e o seu repúdio importa a delação ao substituto ou abre espaço ao direito de acrescer. Estes efeitos, porém, estão mal seguros, pendentes como se acham da ação do interessado na erepção dos bens, ao qual cabe logo, dada a indignidade, o direito de provocar a declaração dela e consequente perda da herança ou legado, mediante processo regular e sentença definitiva. (ALMEIDA, 1915, p. 73).

Carvalho Santos (1981b), por seu turno, de forma similar, leciona que não há confusão entre indignidade e incapacidade. Diferenciam tais institutos os seus efeitos. Na incapacidade, o direito de suceder é impedido de nascer e, na indignidade, obsta tão-somente à conservação da herança; a incapacidade deriva da diminuição da personalidade, enquanto a indignidade é pena imposta ao herdeiro; o incapaz é

considerado como nunca tendo existido, cuja exclusão se pode dar até mesmo por fato superveniente à aquisição, tal como ocorre na hipótese de calúnia à memória do autor da herança; o incapaz nada transmite aos seus herdeiros, ao passo que o indigno transmite a sua parte aos seus descendentes.

Ainda, nesse magistério, apontando lição de Hermenegildo de Barros, Carvalho Santos (1981a; 1981b) ressalta, entretanto, que a indignidade e deserdação, em certos aspectos, se confundem, já que a uma e a outra são comuns diversos dos motivos que os podem ensejar. Feita tal observação, ainda na esteira de tais ensinamentos, desde logo ele assinala que ambos os institutos, contudo, se diferenciam. A deserdação pode ser ordenada apenas em testamento com expressa declaração da causa, do que se conclui que a existência de testamento válido é imprescindível para a sua ocorrência, por ser esse o documento que representa a última vontade do finado. Descabida é a expressão de deserdação por meio de escritura pública ou de termo judicial, já que esses documentos excluem a ideia de arrependimento do perdão por parte do *de cuius*, o que, efetivamente ocorrendo, implicaria que o ato de exerdção não teria sido a sua última vontade.

O fato de a deserdação exigir que a sua causa seja expressamente declarada e o de ela compreender um maior número de causas que a possam proporcionar são duas outras significativas diferenças apontadas pelo festejado civilista entre ela e o instituto da indignidade. (SANTOS, 1981, p. 210).

Ainda na doutrina pátria, pode-se invocar o escólio de Clóvis Beviláqua (2000, p. 120), para quem indignidade é a privação do direito hereditário cominada por lei a quem cometeu certos atos ofensivos à pessoa ou aos interesses do hereditando. Contrariando Teixeira de Freitas e Coelho da Rocha, que invoca, Clóvis (2000) expõe que há substancial diferença entre indignidade e incapacidade, a saber, os seus efeitos não são idênticos; aquela é uma pena privada, ao passo que esta, uma simples circunstância de fato. Ele acrescenta que, outrora, a distinção entre ambos institutos era mais marcante. Declarada a indignidade, o quinhão hereditário cabente ao indigno era devolvido ao fisco. Repete, também, que o desaparecimento do confisco não

acarretou a extinção do instituto. Na lição de Silva Pereira (2004; 2005; 2012), que cita, o indigno adquire, realiza e radica em si a sucessão, assim como conserva os bens e direitos conexos, deles se desligando tão-somente com o trânsito em julgado da sentença declaratória de indignidade prolatada na respectiva ação ordinária. Posição antagônica tem o incapaz que, em momento algum, adquire a herança.

Diferenciada indignidade de incapacidade, Clóvis (2000) conclui que aquela é uma pena civil, pelo que os seus casos devem ser reduzidos àqueles taxativamente declarados em lei.

A respeito da deserdação, Beviláqua (2000) assevera que ela é o ato pelo qual o herdeiro necessário é privado de sua legítima e de qualquer outra parte na herança. Manifesta-se veementemente contra o instituto por entendê-lo odioso e inútil. Leciona que é odioso porque imprime à última vontade do indivíduo uma forma hostil de castigo, uma expressão de cólera; e é inútil porque os efeitos legais da indignidade já são suficientes para privar da herança os que, realmente, não na merecem. Na sua investida contra o instituto, ressalta ainda que só o testamento, por ser ato solene e por exprimir a última vontade do hereditando, está em condições de dar vestimenta legal a ato de tamanha gravidade, seja pela privação da herança, seja pela publicidade de sua motivação, seja pelo escândalo que provoca. Chega, mesmo, a ponderar que ação para deserdar já não mais encontra apoio no ordenamento pátrio. (BEVILÁQUA, 1977, p. 953). Dessa lição, pode-se concluir que, para o ilustrado doutrinador, dado o pensamento aqui retratado, se a indignidade é uma pena civil, a deserdação é um castigo ignominioso.

Ainda, dentre os doutrinadores da plêiade clássica de nosso direito, há de se transcrever Orosimbo Nonato que, embora não conceitue indignidade, mostra ser esse instituto propínquo ao da incapacidade. É certo que aquela e esta, segundo seus ensinamentos, desde os romanos, se distinguem, contudo. De fato. Na incapacidade, destaca a impossibilidade de se adquirir *causa mortis*; na indignidade, ocorre a privação da herança e do legado a sucessor capaz, mas castigado com aquela privação pela prática de atos ofensivos ao autor da herança. A incapacidade é invocável por

qualquer interessado e resulta da lei, enquanto a indignidade não pode resultar somente da lei, já que a herança fica em poder do indigno se o herdeiro imediato ou seu credor não provocar o pronunciamento da indignidade. Conclui esse doutrinador que a indignidade é pena civil, cuja aplicação depende de previsão expressa do legislador. (NONATO, 1957, p. 81).

Quanto à deserdação, Orosimbo Nonato (1957, p. 81) ensina que ela é o ato por que do herdeiro necessário se lhe tira a legítima nos casos autorizados por lei. E, por isso, somente pode praticá-lo o autor da herança, em testamento, necessitando o interessado, em tempo oportuno, provar, em ação própria, a veracidade da imputação do testador. De prosápia romana, com gene na ancianíssima Novela 115 do Imperador Justiniano, a deserdação não subsiste na maioria das legislações hodiernas. Anota o eminente mestre que o ordenamento jurídico pátrio não distingue a deserdação-pena daquela derivada da instituição de legados com prejuízo dos sucessores colaterais. Acerca de sua natureza jurídica, num vôo de pássaro, lembra ele que a deserdação é uma pena, uma punição. Fá-lo ao chamá-la de deserdação-pena e deserdação-punitiva. (NONATO, 1957, p. 141-142).

Na lição de Washington de Barros Monteiro (2003c, p. 63), indignidade constitui uma pena civil cominada a herdeiro acusado de atos criminosos ou reprováveis contra o hereditando. Com a prática desses atos, incompatibiliza-se ele com a posição de herdeiro, tornando-se incapaz de suceder. Esse mestre, de outro lado, ensina que deserdação é o ato pelo qual o testador retira a legítima do herdeiro necessário. Essa e aquela não se confundem, embora seus efeitos e respectiva causa geradora coincidam. Ainda, deserda-se tão-somente herdeiro necessário, ao passo que se declara indigno qualquer herdeiro legítimo, bem como o legatário. (MONTEIRO, 2003c, p. 239).

Ainda, Washington de Barros Monteiro vê que ambos os institutos, conquanto não se confundam, têm a mesma finalidade, qual seja, a punição de quem se portou indignamente com o *de cuius*, bem como o mesmo fundamento, que é a vontade presumida do finado no sentido de que não desejaria fossem seus bens recolhidos por

aquele que contra si se mostrou capaz de tão grave insídia. Aquela finalidade e este fundamento geram o mesmo efeito prático que é o afastamento do herdeiro culpado do direito sucessório. A diferença deles consiste no fato de que a sanção da indignidade está prevista na própria lei, em casos expressos que elenca, enquanto a pena da deserdação se assenta unicamente na vontade do autor da herança, que a impõe a quem pretende ver deserddado em ato de última vontade, desde que sua conduta esteja legalmente capitulada como causa para tanto.

A título de natureza jurídica, pode-se ter que Washington (MONTEIRO, 2003c, p. 62; 241) vê a indignidade como uma incapacidade para suceder correspondente à vontade presumida do *de cuius*, e a deserdação, como grave penalidade. E assim arremata a matéria.

Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 68), por sua vez, relata que a capacidade para suceder é a aptidão para se tornar herdeiro ou legatário numa determina herança ou legado, que é aferida no momento da morte. Após, a respeito de legitimidade, anota que, para suceder, não é suficiente que se invoque a ordem de vocação hereditária ou seu aquinhoamento no testamento, já que três condições, para o sucesso na aquisição *causa mortis* devem ocorrer, a saber, o beneficiário há de estar vivo, ser capaz e não ser indigno.

Também, no estudo da indignidade, sem conceituá-la, Venosa (2005) alerta que a vocação hereditária, seja aquela nascida do parentesco seja aquela oriunda da vontade, supõe uma relação de afeto, consideração e solidariedade entre o *de cuius* e o seu sucessor. Ocorre, entretanto, que esse sucessor pode não preencher esse requisito em razão da prática de atos de desdouro contra o autor da herança. E nessa hipótese a lei autoriza, se houver a subsunção desses atos àqueles que ela descreve, o afastamento por indignidade daquele que os perpetrrou, o que se dá mediante sentença judicial.

Esse conceituado doutrinador ensina, ainda, que, além da indignidade, o ordenamento jurídico pátrio mantém uma segunda forma de afastamento da herança, que é a deserdação. Esse instituto, para ele, consiste numa cláusula testamentária, a

qual, descrevendo a existência de um motivo autorizado pela lei, priva um ou mais herdeiros necessários de sua legítima, excluindo-os, desse modo, da sucessão. Essa exclusão, de igual forma, depende de sentença judicial que a confirme.

No que é pertinente a este trabalho, num estudo comparativo de ambos os institutos, arremata ele que a indignidade se aplica a qualquer sucessor do *de cuius*, ou seja, herdeiros legítimos, necessários ou não, herdeiros testamentários e legatários, pelo que pertence ela às regras da sucessão em geral, enquanto a deserdação, por decorrer unicamente da vontade do testador, serve para afastar dos herdeiros necessários a legítima a eles cabente, do que se conclui que é típica da sucessão testamentária. Os demais sucessores são, no caso, afastados com simples fato de eles, no respectivo testamento, não serem agraciados por aquele que os quer afastar de sua sucessão. (VENOSA, 2005, p. 318).

Em seu Direito Civil brasileiro, Carlos Roberto Gonçalves (2012a; 2012b; 2012c), após alertar que a sucessão hereditária se fulcra na afeição real ou presumida do autor da herança ao herdeiro ou legatário, anota que eventual quebra dessa afeição em razão da prática de atos reprováveis ou, mesmo delituosos, contra a pessoa dele impõe seja afastado o herdeiro ou legatário que praticou tal quebra dessa afeição.

Esse autor (GONÇALVES, 2012a; 2012b; 2012c), depois de invocar a definição de Clóvis Beviláqua para indignidade já anteriormente anotada e de noticiar que deserdação é o ato unilateral pelo qual o testador exclui da sucessão herdeiro necessário mediante disposição testamentária motivada em uma das causas previstas em lei, diferencia ambos os institutos quanto à sua causa eficiente, ao seu campo de atuação e ao modo de sua efetivação. Naquela primeira, observa que a indignidade decorre da lei, enquanto na deserdação é o autor da herança quem pune o responsável, em testamento, nos casos previstos na legislação. No campo de atuação, lembra que a indignidade se encontra na sucessão legítima, embora possa alcançar igualmente o legatário, e a deserdação está apenas na sucessão testamentária. E, no modo de efetivação, a exclusão por indignidade é pleiteada por terceiro interessado na herança, o que é obtida mediante sentença judicial, ao passo que a deserdação se dá por

testamento, em razão do que se pode dizer que é de iniciativa do autor da herança.

Esse emitente doutrinador, entretanto, se mantém silente acerca da natureza jurídica dos institutos em estudo. (GONÇALVES, 2012b, p. 111; 422).

Pode-se acrescentar, ainda, no presente estudo, a sempre pertinente lição de Zeno Veloso (2003) a respeito da matéria. Para ele, não obstante haja semelhança entre os institutos da indignidade e deserdação, que apresentam inclusive causas comuns, não se deve, entretanto, confundi-los. Ele ensina que a indignidade exclui da sucessão os herdeiros, necessários e facultativos, bem como os legatários, enquanto a deserdação o faz tão-somente com relação aos herdeiros necessários. Ainda, aquela, embora fundada na vontade presumida do hereditando, atua por força da lei, cuja sanção se aplica *ministerio legis*. Esta, por sua vez, deriva da vontade do autor da herança, livre e expressamente manifestada em testamento. Quanto às causas que a podem ensejar, as da indignidade podem ser anteriores, concomitantes ou posteriores à abertura da sucessão e as da deserdação são necessariamente anteriores, mesmo à feitura do testamento, já que nele devem estar consignadas. Também, as causas da indignidade são em número menor do que aquelas da deserdação, uma vez que estas incluem aquelas. Finalmente, na indignidade os motivos que a ensejam têm uma índole criminal acentuada, ao passo que na deserdação as causas não comuns à indignidade que podem dar a ela azo apresentam um sentindo mais pessoal, pelo que ao ofendido cabe avaliar a intensidade de sua dor, medir a sua decepção com aquele que o ofendeu, para, se caso, afastá-lo de sua linha sucessória.

Embora para Zeno Veloso (2003, p. 306; 311) ambos os institutos sejam distintos, no tocante à sua natureza jurídica pode-se concluir que esse doutrinador não os vê tão distantes. Expressamente pontifica que a indignidade é uma pena civil e a deserdação é a privação legítima, o castigo, a punição imposta pelo testador ao herdeiro necessário ingrato, prevaricador, desamoroso, o que legitima deduzir que a natureza jurídica daquela e desse divergem apenas no que se refere à sua adjetivação, *rectius*, pena civil para a indignação e pena, pelo ângulo de quem a infligiu, de caráter pessoal para a deserdação.

3 A INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ALIENÍGENAS

3.1 Noções gerais

É certo que os institutos em estudo aparecem de forma diversa na legislação estrangeira. As razões para tanto são várias. Na Inglaterra, Estados Unidos e México, por exemplo, não há se falar em deserdação dada a irrestrita liberdade testamentária existente. Neles, o autor da herança pode, sem nenhuma limitação, dispor de todos os seus bens.

Ainda, em França, Bélgica, Itália e Venezuela, dentre outros países, a deserdação foi absorvida pela indignidade. Agora, em Portugal, Espanha, Argentina, *v.g.*, ao contrário, admitem-se tanto a deserdação quanto a indignidade.

3.2 Código Civil italiano

Na Itália, excluem-se da sucessão por indignidade o autor de homicídio voluntário, tentado ou consumado, contra a pessoa de cuja sucessão se trata, seu cônjuge, descendente ou ascendente. Diferentemente do CC (BRASIL, 2002), não há previsão legal de exclusão para a hipótese de a vítima ser companheira do hereditando. Ainda, a legislação peninsular expressamente afasta a possibilidade de declaração de indignidade se presente na conduta do homicida qualquer das causas que excluem a punibilidade.

Também é afastado da sucessão por indignidade quem cometeu, em prejuízo do autor da herança, seu cônjuge, descendente ou ascendente, fato ao qual se aplicam as disposições acerca do homicídio. É igualmente excluído quem denunciou uma dessas pessoas por crime punível com a morte, prisão perpétua ou reclusão por tempo não inferior a no mínimo três anos se a denúncia foi declarada caluniosa no âmbito penal,

bem como quem testemunhou contra tais pessoas se elas tiverem sido incriminadas por esses mesmos delitos, tendo o seu testemunho sido declarado falso na esfera criminal.

De igual maneira, é excluído quem induziu com dolo ou violência o autor da herança, fazendo-o lavrar, revogar ou alterar o seu testamento, bem como impedindo-o de fazê-lo; quem suprimiu, lacrou ou alterou o testamento no qual a sucessão tinha sido regulada; e quem conscientemente formulou testamento falso ou dele fez uso¹⁶.

Semelhantemente à legislação pátria, o indigno é obrigado a restituir os frutos que por ventura tenha percebido depois de aberta a sucessão¹⁷, bem como não tem direito ao usufruto e administração dos bens que a seus filhos, em razão de sua exclusão, forem devolvidos¹⁸. Pode ele, tal como aqui, ser habilitado expressa ou tacitamente. Aquela habilitação exige ato público ou testamento e esta ocorre na hipótese de, conhecendo o testador a causa da indignidade, contemplar o indigno em seu testamento, caso em que ele sucede nos limites da disposição testamentária¹⁹.

3.3 Código Civil espanhol

Na Espanha, são incapazes de suceder por causa da indignidade o pai que abandonar, prostituir ou corromper seu filho, bem como aquele que for condenado em juízo por ter atentado contra vida do testador, seu cônjuge, descendente ou ascendente.

Ainda, são igualmente declarados indignos aquele que tiver acusado o testador de delito em que a lei estabeleça pena não inferior a de prisão ou prisão maior, quando a acusação for declarada caluniosa, e o herdeiro maior de idade que, ciente da morte violenta do testador, dentro de um mês não a denunciar à justiça, excetuada a hipótese de esse herdeiro não for obrigado a acusar.

¹⁶ CCI – Art. 463, 6.

¹⁷ CCI – Art. 464.

¹⁸ CCI – Art. 465.

¹⁹ CCI – Art. 466.

Também serão excluídos da herança por indignidade aquele que, mediante fraude ou violência, obrigar o testador a fazer testamento ou a modificá-lo e aquele que, por igual meio, impedir outrem de fazer testamento ou revogar o testamento já feito, ou suprimir, ocultar ou alterar testamento posterior²⁰.

As causas de indignidade relativas à condenação por crime de atentado contra o autor da herança, seu cônjuge, descendentes ou ascendentes e à acusação declarada caluniosa, *retro*, exigem sentença transitada em julgado²¹.

A exemplo do CC (BRASIL, 2002), a lei hispânica prevê a reabilitação expressa, que se dá por documento público, e tácita, que ocorre na hipótese de o testador, conhecendo a ofensa perpetrada pelo indigno, tê-lo em testamento beneficiado²². Ainda, tal como na lei autóctone, o declarado incapaz de suceder por indignidade, que tiver entrado na posse dos bens hereditários, está obrigado a restituí-los com seus acessórios, bem como frutos e rendas que tenha percebido²³.

Ao lado da indignidade, o CCE disciplina a deserdação. Deve ela ser ordenada em testamento com expressa declaração de sua causa²⁴, cuja veracidade, se o deserdado a negar, há de ser demonstrada pelos herdeiros do testador em ação própria²⁵.

Pode-se deserdar os filhos e descendentes em razão daquelas mesmas causas que ensejam a indignidade, excetuados, entretanto, os motivos referentes ao pai que abandona, prostitui ou corrompe seus filhos e ao herdeiro maior que não denuncia à justiça a morte violenta do testador, bem como a negativa, sem motivo legítimo, de prestar alimentos ao autor da herança e a agressão ou injúria grave contra esse autor²⁶.

²⁰ CCE – Art. 756.

²¹ CCE – Art. 758.

²² CCE – Art. 757.

²³ CCE – Art. 760.

²⁴ CCE – Art. 849.

²⁵ CCE – Arts. 850 e 851.

²⁶ CCE – Art. 853.

Também, são justas causas para deserदार os pais e ascendentes, além daquelas que ensejam a indignidade, excetuado, agora, apenas o motivo relativo ao herdeiro maior que não denuncia à justiça a morte violenta do testador, a perda do pátrio poder, a negativa injustificada de prestar alimentos aos filhos ou descendentes e o atentado contra a vida do hereditando²⁷.

Relativamente ao cônjuge, pode ele ser deserदार em razão dos motivos comuns à indignidade que dão azo à deserdação dos filhos e descendentes. São, ainda, iguais motivos para tanto a grave ou reiterada violação dos deveres conjugais, aqueles que dão lugar à perda do pátrio poder, a negativa de alimentos aos filhos ou ao testador e o atentado contra a vida do testador²⁸.

Note-se que, em qualquer hipótese, a reconciliação posterior havida entre ofensor e testador priva este do direito de deserदार aquela, assim como deixa sem efeito a deserdação já feita²⁹.

Tanto na indignidade quanto na deserdação, operado o afastamento, os filhos ou descendentes do excluído herdaram a legítima que ao excluído caberia³⁰.

3.4 Código Civil argentino

Longo é o rol de motivos que, na terra argentina, ensejam a indignidade. Há de se atentar para, diferentemente da lei brasileira, não há causa de indignidade que, de igual forma, dê azo à deserdação. Os motivos daquela são, pois, totalmente diversos das causas desta.

E são incapazes de suceder em razão de indignidade os condenados, como autor ou cúmplice, pela prática de homicídio, tentado ou consumado, contra o autor da

²⁷ CCE – Art. 854.

²⁸ CCE – Art. 855.

²⁹ CCE – Art. 856.

³⁰ CCE – Arts. 761 e 857.

herança, seu cônjuge ou descendentes. Não beneficia o indigno qualquer benefício que eventual ao indigno seja concedido ou a prescrição da pena imposta³¹.

Tal como na legislação espanhola, é considerado indigno o herdeiro maior de idade que, ciente da morte violenta do autor da herança, no trintídio a ela posterior, não na denunciar à justiça, excetuada a hipótese de o homicida ser ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do herdeiro³².

São igualmente indignos aquele que falsamente acusou ou denunciou o autor da herança por crime que poderia tê-lo levado à prisão ou a trabalhos públicos à comunidade por cinco anos ou mais³³, bem como o condenado por adultério com a mulher do hereditando³⁴.

A indignidade alcança, também, o parente do autor da herança que não o internou ou o fez internar em nosocômio público, encontrando-se esse autor demente ou abandonado³⁵, aquele que, com violência ou fraude, impediu o testador de dispor de seus bens por ato de última vontade ou o fizesse revogar esse ato já feito e o pai ou mãe que reconheceu voluntariamente o filho ainda quando menor ou não lhe tenha prestado alimentos e assistência³⁶.

Ainda, com relação à indignidade, o excluído deve restituir os bens herdados com seus acessórios e acréscimos, produtos ou rendas que tenha obtido. Ele deve, também, pagar ao herdeiro legítimo os juros dos valores restituídos, mesmo que não os tenha percebido³⁷. São válidas, no entanto, as alienações feitas de boa-fé pelo indigno³⁸.

No tocante à deserção, o ascendente pode deserdar o seu descendente por

³¹ CCA – Art. 3.291.

³² CCA – Art. 3.292.

³³ CCA – Art. 3.293.

³⁴ CCA – Art. 3.294.

³⁵ CCA – Art. 3.295.

³⁶ CCA – Art. 3.296.

³⁷ CCA – Arts. 3.305 e 3.306.

³⁸ CCA – Arts. 3.308 e 3.309.

injúria real contra si, atentado contra a sua vida e acusação criminal dele por delito, cuja pena seja cinco anos de prisão ou trabalhos forçados³⁹. O descendente, por sua vez, pode deserdar o seu ascendente por essas duas últimas causas que ensejam a sua deserdação⁴⁰.

A causa da deserdação deve ser expressa em testamento. Os beneficiados com a deserdação devem prová-la em juízo, não se falando em exclusão se a causa provada, ainda que legal, for diversa daquela constante do ato de última vontade. Diversamente da legislação brasileira, cabível a prova dessa causa enquanto em vida o testador⁴¹.

Finalmente, a reconciliação posterior do ofensor e ofendido obsta ao direito de deserdar, bem como torna sem efeito a deserdação já feita⁴².

3.5 Código Civil português

A exemplo do CCA, a legislação lusitana não possui causas de exclusão que sejam comuns à indignidade e deserdação. Os efeitos legais de ambos os institutos são, contudo, idênticos, já que, na dicção legal, o deserdado é equiparado ao indigno para todos os efeitos⁴³.

Por motivo de indignidade, não participam da sucessão o condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, consumado ou tentado, contra hereditando, seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado, bem como o condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra essas mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos.

Também não sucedem por indignidade quem, por dolo ou coação, induziu o

³⁹ CCA – Art. 3.747.

⁴⁰ CCA – Art. 3.748.

⁴¹ CCA – Arts. 3.745 e 3.746.

⁴² CCA – Art. 3.750.

⁴³ CCP – Art. 2.166, 2.

autor da herança a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou a testar o impediu, assim como quem dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de uma dessas condutas⁴⁴.

Ainda, declarada a indignidade, como inexistente é havida a devolução da herança ao indigno, que, para todos os efeitos legais, é considerado possuidor de má-fé⁴⁵.

O CCP admite o perdão do indigno, que pode ser expressa ou tácita. Aquela se dá na hipótese de o autor da sucessão expressamente o reabilitar em testamento ou escritura pública, enquanto esta, no caso de o indigno ser contemplado em testamento quando o testador já conhecia a causa da indignidade⁴⁶.

É interessante notar que a declaração judicial de indignidade pode ocorrer ainda quando vivo o testador. Ainda, essa declaração não é óbice à reabilitação do indigno.

Por outro lado, são três as causas que ensejam a deserção, as quais devem contar de expressa declaração em testamento. Deserda-se o condenado por crime, cuja pena segregativa seja superior a seis meses, perpetrado contra a pessoa, bens ou honra do autor da herança, seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado. Igualmente é afastado da herança o condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra essas mesmas pessoas e aquele que, sem justa causa, tenha recusado ao hereditando ou seu cônjuge os devidos alimentos.

⁴⁴ CCP – Art. 2.034.

⁴⁵ CCP – Art. 2.037, 1.

⁴⁶ CCP – Art. 2.038.

4 UMA NOVA VISÃO DA INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

Suposto extremamente pertinentes os ensinamentos apresentados pelos doutrinadores neste trabalho citados acerca da indignidade e deserdação, a doutrina clássica deve ser revista para a esses institutos dar-se um novo enfoque.

De fato. Em resumo, a maioria desses doutrinadores assevera, de um lado, que a indignidade é o instituto pelo qual se afasta o herdeiro, legítimo ou testamentário, da herança a ele deferida, bem como se priva o legatário do respectivo legado, e, de outro, que a deserdação consiste na retirada da legítima do herdeiro reservatário, em razão de este ter contra o hereditando perpetrado atos legalmente ofensivos.

Desses ensinamentos, pode-se indubitavelmente concluir que a indignidade e a deserdação são mero óbice ao recebimento do quinhão sucessório. Não há maiores diferenças entre ambos os institutos, além de simples cotejos procedimentares.

E eles podem ser assim sintetizados: na deserdação, o próprio autor da herança é quem impõe a privação em testamento, no qual descreverá os atos ofensivos que o levou a deserdar. Já na indignidade, o *de cuius* opta por não impô-la, pelo que deixa o mister de apontar esses atos a quem se beneficiar com o afastamento do herdeiro ou legatário.

Também ambas as modalidades de exclusão dependem de que aqueles atos considerados ofensivos estejam previstos como tais em lei, bem como sejam eles praticados por aquele que sucederia contra a pessoa do hereditando, ou de outras que a lei aponta. Não se olvide também que tanto na indignidade quanto na deserdação é imprescindível que, em ação ordinária, o beneficiado com a exclusão prove a veracidade dos atos ofensivos, que, no caso de deserdação, embora descritos pelo autor da herança no seu testamento, devem ser relatados nessa ação ou, na hipótese de indignidade, dada a ausência de testamento, pelo próprio beneficiado hão na ação de ser apontados. Provados eles, a privação da herança ou legado, naquela, e da herança,

nesta, será determinada por sentença.

Ainda, mesmo diante dessa prática dos atos ofensivos, o *de cuius* pode perdoar o ofensor. E a remissão, na indignidade, se dá por testamento ou ato autêntico, que é a escritura pública e termo judicial. No caso de deserdação, para que ocorra esse perdão basta que ele nomeie o ofensor herdeiro ou legatário. Não se descuida de que na exerdção o hereditando igualmente pode proceder ao perdão expresso, o que deverá dar-se, tal como na indignidade, em testamento ou ato autêntico.

Não se deve olvidar, por outro lado, que as causas ensejadoras da indignidade são em número inferior do que aquelas que dão azo à deserdação. Ainda, as causas ensejadoras da indignidade também o são da deserdação. São essas, pois, comuns a ambos os institutos. Há outras, entretanto, que são exclusivas da exerdção. Aquelas têm natureza penal⁴⁷ ou, pelo menos, são idôneas à anulação de qualquer negócio jurídico⁴⁸. Esses motivos comuns são de ordem objetiva. As causas exclusivas da deserdação, por sua vez, têm natureza pessoal. Dizem respeito, pois, mais à intimidade do autor da herança, à sua vida no seio de sua família⁴⁹. Daí é que o legislador, na indignidade, considerada aquela natureza penal de seus motivos ensejadores, deixou a sua declaração ao arbítrio de quem com o afastamento do herdeiro ou legatário se beneficiará, sem ceifar, contudo, o hereditando da faculdade de decidir a respeito da matéria, perdando o ofensor ou punindo-o por meio da deserdação⁵⁰. Agora, ao lado da possibilidade de o autor da herança determinar em testamento a privação da herança nas hipóteses de motivos comuns, na deserdação, quando as causas lhe foram exclusivas, dado aquele caráter pessoal, cabe exclusivamente ao *de cuius* a decisão impor eventual castigo ao ofensor, afastando-o totalmente da herança ou, caso opte ele

⁴⁷ Veja, neste particular: CC – Art. 1.814, incs. I e II.

⁴⁸ Observe que, no art. 1.814, inc. III do CC, a coação e a fraude, em última análise, têm por escopo obstar à prática de negócio jurídico, no caso o testamento. Assim sendo, *contrario sensu*, a coação e a fraude, aqui, são verdadeiros vícios de consentimento. *Vide*: CC – Arts. 138 e 151.

⁴⁹ O legislador, para nomear a ofensa à dignidade ou decoro do hereditando, na indignidade usa da expressão “crime contra a sua honra” (art. 1.814, inc. II), enquanto, em situação similar, na deserdação utiliza-se de **injúria grave** (art. 1.962, inc. II e art. 1.963, inc. II). Esse tratamento diverso indica a *mens legis*. Lá à descrição da conduta se deu uma natureza penal e aqui, um enfoque mais de caráter pessoal, familiar.

⁵⁰ Essa conclusão justifica a existência de causas comuns à indignidade e à deserdação.

por uma pena mais leve, delimitando a deixa testamentária que a ele transmitirá⁵¹.

Em conclusão, deve-se ter que a indignidade e a deserdação, conquanto assemelhados, são institutos diversos que não se confundem apenas pela simples razão de o CC (BRASIL, 2002) assim as tratar, já que verdadeiramente elas são, em última análise, apenas dois procedimentos distintos, pelos quais se retira o direito à herança ou legado daquele que ao autor da herança demonstrou desamor, ingratidão ou, mesmo, na lição de Paulo de Lacerda (1918, p. 323), daquele que rompeu, violenta, astuta e contumeliosamente, pela força, pela malícia ou pelo vilipêndio, os laços de respeito e solidariedade, que o prendiam o hereditando.

A similitude entre ambos é tão intensa que os doutrinadores, na omissão legislativa referente ao destino do quinhão hereditário do deserdado, dizem que os herdeiros desse excluído devem representá-lo como se morto ele fosse, o que fazem por analogia ao direcionamento a esse quinhão dado na hipótese de o excluído tê-lo sido por indignidade⁵².

Pode-se concluir, portanto, que a indignidade e a deserdação são a privação do direito sucessório a quem perpetrou atos considerados pela lei como ofensivos ao hereditando ou interesses dele.

De outra banda, quanto à natureza jurídica dos institutos em estudo, não se pode ter com verdadeira a conclusão de que a indignidade seja uma sanção civil e a deserdação, um castigo ignominioso, punição, pena.

⁵¹ A possibilidade de deserdação parcial é acolhida pela doutrina. Zeno Veloso (2003, p. 314), quanto ao assunto, leciona que, “no geral dos casos, a deserdação é total. Não vejo razão, todavia para considerar vedada a deserdação parcial. Penso ser valedia a deserdação limitada, restrita a uma quota da legítima, ou referindo-se a certos bens. Não tendo a nossa lei tomado partido na questão, pode-se justificar a deserdação parcial com o princípio de direito privado [...] de que é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, ou, mesmo, com o provérbio não jurídico, que o vulgo consagrou: ‘Quem pode o mais, pode o menos’. [...] De fato, se o autor da herança está abalado e ofendido pelo gesto infame ou desabonador do herdeiro, mas se esse sentimento não vai ao extremo de abafar os apelos do sangue, do amor filial, por que não pode ele aplicar pena mais branda, castigo mais moderado, determinando, por exemplo, que o desamoroso herdeiro fique privado da metade, ou de uma quarta parte da legítima a que teria direito?”

⁵² Neste sentido: Carlos Maximiliano (1952; 1955), Itabiana de Oliveira (1952), Orozimbo Nonato (1957). É certo que assim não pensa Washington de Barros Monteiro (2003a; 2003b; 2003c).

É inegável que, se dada pessoa perpetrar ato ofensivo, legalmente capitulado, contra o autor da herança ou seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente ou, ainda, praticar, com violência ou meios fraudulentos, ato inibitório ou obstativo à livre disposição de seus bens por ato de última vontade, se terão aquele e este como causa idônea para a declaração de indignidade. Ainda, a prática de tais atos e de outros, igualmente ofensivos, consistentes em ofensa física, injúria grave, relações ilícitas, desamparo, todos na forma descrita em lei, é motivo suficiente agora para deserdação. Por óbvio, devem estar preenchidos, lá e cá, os demais requisitos legais (propositura da respectiva ação, por exemplo).

Conquanto assim o seja, não podem eles ser vistos, com relação à indignidade, como sanção civil e, no que tange à deserdação, como castigo, punição ou pena.

Com efeito. Não se deve esquecer de que normas jurídicas outras descrevem igualmente circunstâncias às quais cominam elas determinadas consequências. Então, exemplificando, no campo contratual, embora qualquer pessoa possa em regra ser aquinhoada com uma doação, a liberalidade poderá ser obstada na hipótese de o donatário ser cúmplice em adultério praticado pelo doador⁵³. Esse óbice ao recebimento é mera consequência da circunstância de este doador e aquele cúmplice, impedidos de casar, manterem relações amorosas não eventuais. Não se pode dizer que tal empecilho seja uma sanção civil, um castigo, uma punição, uma pena. É mera consequência jurídica dessa especial circunstância descrita pela norma jurídica. Haverá essa circunstância também na vedação de se nomear herdeiro ou legatário, se o nomeado, agora na seara das sucessões, em vez de cúmplice na prática daquele adultério, apenas escrever, a rogo, o testamento em que foi contemplado⁵⁴. Ou, retornando ao direito contratual, ter-se-á uma venda anulável como consequência jurídica da circunstância relativa ao fato de o vendedor ser ascendente do comprador,

⁵³ CC – Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

⁵⁴ CC – Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos [...].

tendo esse alienante outros descendentes que não tenham aquiescido à alienação⁵⁵.

Tal como o óbice ao recebimento de liberalidade pelo cúmplice do adúltero, à nomeação como herdeiro ou legatário do escriba do testamento e à venda feita pelo ascendente ao descendente nas condições antes expostas não hão de ser vistas como sanção civil, castigo ou assemelhados, mas mera consequência jurídica de negócio jurídico realizado em circunstâncias nas quais, com objetivo de dar proteção ao casamento, à liberdade de testar e aos demais descendentes do alienante, a lei veda a sua realização. Trata-se, pois, verdadeiramente, de um mero resultado legal, derivado da defesa daquela proteção, a qual, por sua vez, é direito do beneficiário da proteção.

E se sabe que todo direito, sob pena de não sê-lo, tem uma defesa prevista em lei. E, de um ângulo, pode-se dizer que essa defesa é preventiva ou repressiva. Aquela se dá na hipótese de o beneficiário acautelar-se desde logo de eventual futura violação. Exemplifica essa defesa preventiva a fiança, o penhor, o protesto cambial. É, no entanto, repressiva a defesa em que se busca a recomposição de direito violado. Serve-lhe de exemplo a ação judicial cuja pretensão seja o restabelecimento desse direito. De outro ângulo, a defesa de que se fala pode ser judicial ou extrajudicial. Aquela tem como exemplo qualquer medida judicial, e esta, a legítima defesa e o desforço físico imediato na defesa da posse⁵⁶, bem como o cumprimento, em caso de urgência, de obrigação de fazer⁵⁷ e de obrigação de não fazer⁵⁸, desde que fungíveis, pelo próprio devedor, independentemente de autorização judicial.

Nessa linha de raciocínio, a conclusão de que o afastamento do indigno e deserdado derivado da defesa judicial repressiva promovida por aquele que sofreu o

⁵⁵ CC – Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

⁵⁶ CC – Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

⁵⁷ CC – Art. 249 [...] Par. único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

⁵⁸ CC – Art. 251 [...] Par. único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou manda desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

ato ofensivo contra o sucessor seja sanção civil, pena, castigo ou punição equivaleria concluir que a anulação da liberalidade feita ao adúltero, a nulidade da nomeação como herdeiro ou legatário do escriba do testamento e a anulação da venda feita pelo ascendente ao descendente, de igual forma, sejam igual reprimenda, o que é desassisado, já que, se estas nulidade e anulação fossem aquela sanção civil, pena, punição, os seus destinatários seriam não só o beneficiário da liberalidade, da nomeação e da alienação, mas também o doador, o testador e o vendedor. E assim sendo, ainda que cabível a pena ao adúltero e ascendente, por que caberia ela àquele que, eventualmente leigo, dada extremada confiança por ele depositada no beneficiado em seu ato de última vontade, apenas quis que desse ato participasse, redigindo-o?

Tais nulidade e anulabilidade, na verdade, não passam de mera consequência jurídica de negócio jurídico eivado do vício a que se referiu. Poder-se-ia admiti-las como sanção, castigo, pena ou punição apenas na hipótese de seu emprego ter-se dado numa acepção desprovida de técnica jurídica.

E, não sendo castigo punição ou pena, qual a natureza jurídica dos dois institutos em estudo?

Para uma resposta satisfatória, por primeiro, deve-se ressaltar que foi tônica, não só no seio dos doutrinadores provectoros, mas também no meio dos atuais, a lição a respeito da dessemelhança havida entre incapacidade e indignidade. E essa lição, por si só, independentemente de a ela aquiescer ou não, impõe se discorra sobre o conceito de capacidade.

Sobre o assunto, Clóvis Beviláqua (1977, p. 170) inicia-o tratando da personalidade jurídica, que é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica às pessoas para exercer direitos e contrair obrigações. Continua ele anotando que todo ser humano é pessoa, pelo que não há homem excluído da vida jurídica, não há criatura humana que não seja portadora de direitos e obrigações. Lembra Clóvis (1977, p. 170), entretanto, que, no sentido jurídico, não é somente o homem pessoa, já que há certas criações sociais, personalizadas para mais fácil realização dos fins jurídicos. Daí

existirem as pessoas naturais e as pessoas jurídicas. Capacidade, por seu turno, é a extensão dada aos poderes de ação, contidos na personalidade jurídica.

Mais didaticamente, Washington de Barros Monteiro (2003b) assevera que toda pessoa é capaz de direito e deveres, do que surge a noção de capacidade, que se entrosa com a de personalidade e a de pessoa. Segundo este mestre, capacidade é aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. E o conjunto desses poderes constitui a personalidade, que, localizando-se ou concretizando-se num ente, forma a pessoa. Washington (2003b) anota, ainda, que, dessa forma, capacidade é elemento da personalidade, enquanto esta, projetando-se no campo do direito, é expressa pela ideia de pessoa, ente capaz de direitos e obrigações.

E conclui que a capacidade exprime poderes ou faculdades; personalidade é a resultante desses poderes; e pessoa é o ente a que a ordem jurídica outorga esses poderes. (MONTEIRO, 2003b, p. 64).

Para Silvio Rodrigues (2002, p. 35), de forma mais sintética, personalidade é a possibilidade de o homem ser titular de direitos. Ainda, ele conclui que a afirmação de que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele possui capacidade para ser titular de direitos.

Carlos Roberto Gonçalves (2012c, p. 95), por seu turno, leciona que o conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa, já que todo aquele que nasce com vida se torna pessoa, o que significa dizer que adquire personalidade, que é um atributo do ser humano. E pode ela ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É ela, em consequência, pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. Capacidade é a medida da personalidade, já que para alguns ela é plena, enquanto para outros, limitada.

Feitas essas observações a respeito da personalidade e capacidade, no que tange a esta última, deve-se consignar dela há duas espécies, *rectius*, capacidade de direito,

ou de gozo, e capacidade de fato, ou de exercício.

Aquela primeira tem o mesmo significado de personalidade. Como já consignado, toda pessoa é capaz na ordem civil, embora se admita restrições de caráter especial, já que, na lição de Orlando Gomes, existem aqueles que são privados do gozo de certos direitos. (GOMES, 1995, p. 165). Já a capacidade de fato, ou exercício, que é a que interessa ao presente estudo, é a aptidão de a pessoa, por si mesma, exercer direitos.

Ainda, se a capacidade de direito, de um lado, é ínsita a toda e qualquer pessoa, a capacidade de fato, de outro, pode ser retirada de determinadas pessoas. Isso ocorre porque o exercício de direitos pressupõe consciência e vontade. Daí é que a capacidade de fato se subordina à existência dessas duas faculdades.

Diz-se, então, que a capacidade de fato está vinculada a circunstâncias objetivas, que demonstrem a presença daquelas duas faculdades. Essas circunstâncias são, dentre outras, idade, saúde, discernimento. A ausência de uma daquelas faculdades implicará uma restrição ao exercício dos atos da vida civil. A essa restrição dá-se o nome de incapacidade.

Essa incapacidade está presente em menores de dezoito anos, já que certamente, em razão de seu desenvolvimento mental estar em formação, o que é derivado de sua tenra idade, terá reduzido discernimento para a prática de atos da vida civil, do que resulta ter ele viciadas a sua consciência e vontade. A incapacidade também se fará manifesta nas pessoas desprovidas do necessário discernimento ou impossibilitadas de exprimir a sua vontade. De igual forma, sofrerá-a a pessoa acometida de prodigalidade, determinadas enfermidades graves, embriaguez habitual, dentre outras mazelas físicas e mentais, que impliquem redução do discernimento ou desenvolvimento mental.

A incapacidade, segundo a doutrina, não significa a impossibilidade pura e simples da prática dos atos da vida civil ou, mesmo, a inaptidão para o exercício, por si

mesmo, dos direitos e cumprimento dos deveres. A incapacidade tão-somente acarreta que tal prática, exercício e cumprimento devam então ocorrer sob certas condições, as quais invariavelmente asseguram proteção ao incapaz. Afinal, o instituto da incapacidade está ligado à ideia de proteção, já que ele se realiza no interesse do incapaz, buscando sua tutela e defesa em razão da menor liberdade, ou mesmo ausência, de determinação.

E, para que se decidam as condições em que elas devem dar-se, tem-se uma graduação nas limitações impostas pela incapacidade. Daí é que há duas espécies de incapacidade, que são a absoluta⁵⁹ e a relativa⁶⁰. Aquela deriva a vedação total do exercício, por si mesmo, do direito. O direito somente poderá ser exercido pelo representante legal do absolutamente incapaz. E, violada essa vedação, nos termos do artigo 166, I do CC (BRASIL, 2002), o negócio jurídico praticado será nulo⁶¹. A incapacidade relativa, por sua vez, admite que o incapaz, pessoalmente, pratique atos da vida civil, desde que assistido por seu representante legal. Embora certos atos possam ser praticados pela pessoa relativamente incapaz sem assistência⁶², é veraz que, com relação à grande maioria dos atos, a ausência de assistência torna anuláveis os atos praticados⁶³.

É importante consignar que a incapacidade advém necessariamente da lei, pelo que limitações ao exercício de direito não podem derivar de negócios jurídicos.

Há de se assegurar, diante de tal lição da doutrina, acompanhando a doutrina clássica majoritária, que a natureza jurídica da indignidade e da deserção não

⁵⁹ CC – Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade.

⁶⁰ CC – Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos.

⁶¹ CC – Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz [...].

⁶² Não exigem assistência, por exemplo: aceitar mandato (art. 666 do CC), fazer testamento (art. 1.860, par. único), casar (art. 1.517).

⁶³ CC – Art. 171. [...] é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente [...].

consiste na incapacidade, seja absoluta seja relativa.

Na espécie não há mesmo se falar em incapacidade absoluta em razão do disposto no artigo 1º do CC (BRASIL, 2002), segundo o qual toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Daí é que, indubitavelmente, não podem os incapazes tornar-se alijados de seu quinhão hereditário pelo simples fato de assim o serem. Se tal sucedesse, o indigno e o deserddado seriam pessoas incapazes de direitos e obrigações na ordem civil, em especial naquilo que deriva do direito sucessório, o que colidiria frontalmente com a disposição legal de que se falou.

Igualmente não se deve falar em incapacidade relativa, já que o herdeiro portador dessa incapacidade, suposto legalmente impedido de aceitar, por si mesmo, o seu quinhão sucessório, não tendo sido afastamento por indignidade ou deserdação, pode fazê-lo por meio de seu representante legal, a exemplo do que ocorre quando da prática de qualquer outro ato da vida civil. E, se mesmo relativamente incapaz, o sucessor recebe a herança ou legado, o instituto da incapacidade civil, de um lado, e a indignidade e deserdação, de outro, são institutos diversos.

Poder-se-ia, entretanto, questionar que capacidade civil, anteriormente estudada, não se confunde com capacidade sucessória. De fato. Aqui, diferentemente da capacidade civil, que é atributo de toda pessoa, a capacidade sucessória trata da aptidão de determinada pessoa para receber bens deixados pelo autor da herança. Daí é que, se, por um lado, de ninguém pode ser ceifada capacidade de ser titular de direitos e deveres na ordem civil, embora diante de determinadas circunstâncias devam aqueles direitos ser exercidos e esses deveres ser exigidos ou por meio de representante ou mediante assistência de seu titular, de outro, independentemente da sempre presente capacidade civil, à determinada pessoa pode faltar capacidade sucessória.

Daí a pertinência em discorrer sobre da capacidade sucessória. Por primeiro, deve-se consignar que tal capacidade⁶⁴ e legitimidade para suceder são expressões sinônimas no atual CC (BRASIL, 2002), já que assim ele as trata. (GAMA, 2007, p.

⁶⁴ Capacidade sucessória aqui se refere à capacidade passiva.

47).

Acerca da capacidade sucessória, ela decorre da verificação de duas circunstâncias, a saber, a existência da pessoa para fins de sucessão e a sua convocação para receber por causa da morte.

Aquela primeira se resume na necessidade de o chamado à sucessão já existir à época da delação da herança, bem como seja ele conhecido, já que esta não se defere no vazio. *Nescitur ubi sit et an sit*. Quanto ao nascituro, embora lhe falte personalidade, deve-se reputá-lo nascido quando for de seu interesse. *Nasciturus pro iam nato habetur, quoties de eius commodo agitur*. Aliás, tal anexim é o que proclama o artigo 2º, parte final do CC (BRASIL, 2002)⁶⁵. Também, no tocante à circunstância de que se fala, por expressa previsão legal, deve-se ressaltar a possibilidade de receberem por sucessão testamentária os filhos, não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão, as pessoas jurídicas já constituídas e aquelas ainda não constituídas, cuja organização, entretanto, tenha sido determinada pelo testador sob a forma de fundação⁶⁶.

A segunda circunstância necessária para se ter a capacidade sucessória é a convocação para a sucessão. E essa convocação pode ocorrer por força da lei ou por disposição de última vontade. A essa convocação se dá o nome de vocação hereditária.

E tal como se concluiu a respeito da capacidade civil, não parece acertado, a exemplo do fez Itabaiana de Oliveira (1952), arrematar que a natureza jurídica da indignidade e deserdação seja essa capacidade sucessória. Isso porque aquele declarado indigno ou deserddado não recebe a herança ou legado, embora possua capacidade sucessória. Ou seja, ao indigno e deserddado, mesmo preenchendo aqueles dois requisitos relativos à existência e vocação hereditária, não se defere a sucessão.

⁶⁵ CC – Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁶⁶ CC – Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; II – as pessoas jurídicas; III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Em razão disso, de um lado, têm-se indignidade e deserdação, enquanto, de outro, como instituto diverso, encontra-se a capacidade sucessória, que daquelas não pode constituir a natureza jurídica.

Milita em favor dessa conclusão o fato de que o indigno, mesmo não havendo expresso perdão, se contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária⁶⁷. Então, o indigno sucede na deixa testamentária, mas é excluído da sucessão no que a ela ultrapassar. Daí que, se correta fosse a assertiva de que o excluído não herda por não ter capacidade sucessória (ou legitimidade, na linguagem hodierna), na espécie haveria uma situação paradoxal: o excluído teria capacidade sucessória para o quinhão testamentário e não a possuiria para aquilo que excedesse os seus lindes. E verdadeiramente essa dupla face do herdeiro, ora excluído por indignidade ora admitido na sucessão testamentária, por desatinada, desprestigia a posição doutrinária de Itabaiana de Oliveira (1952).

Não há, por conseguinte, de se falar também que a ausência de capacidade sucessória seja a natureza jurídica dos institutos da indignidade e deserdação.

Roborando essa conclusão, no que tange à indignidade, Francisco José Cahali (1979; 2002; 2005; 2009; 2012) leciona ser fácil apontar dessemelhança entre esse instituto e a legitimidade para suceder, a que ele denomina legitimação para suceder ou, conforme alerta esse doutrinador, capacidade sucessória para a legislação revogada⁶⁸. Ele ensina que a falta de legitimidade sucessória impede o nascimento do direito de suceder, enquanto a indignidade retira do herdeiro esse direito. Essa pressupõe aptidão para reclamar a herança, uma vez que não se perde aquilo que não se tem. Ainda, a legitimidade é inerente à pessoa do herdeiro, ao passo que a indignidade é uma pena imposta em razão de sua conduta. A legitimidade decorre da

⁶⁷ CC – art. 1.818, par. único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.

⁶⁸ Na reprodução dos ensinamentos de Francisco José Cahali, embora ele fala em **legitimação para suceder**, por razões didáticas, será usada a expressão **legitimidade para suceder**, uma vez que até aqui foi dessa expressão que se utilizou no presente trabalho.

condição da pessoa do herdeiro, e a indignidade, da relação desse herdeiro com o *de cuius*.

Esse doutrinador diferencia legitimidade de indignidade. Para ele, ausente a legitimidade, considera-se como nunca existido a pessoa, pelo que não se beneficia ela do princípio da *saisine*. Não chega, portanto, a adquirir a herança. O indigno, por sua vez, de início, adquire a herança; dela, entretanto, na sequência, é excluído por sentença, que destina os bens hereditários aos seus descendentes. Por tê-la adquirido, são válidos alguns atos de disposição por ele praticados. (CAHALI; HIRONAKA, 2012, p. 136-137).

E, não sendo capacidade sucessória (ou legitimidade) a resposta para a inquirição acerca da natureza jurídica da indignidade e deserdação, há de se continuar perquirindo qual é essa natureza?

A resposta para tal indagação está no instituto denominado legitimação. Com efeito. Legitimação é a ausência de proibição legal de dada pessoa efetivar determinado negócio jurídico. Na lição de Washington de Barros Monteiro (2003b), ela consiste em saber se uma pessoa, em face de determinada relação jurídica, tem ou não aptidão para estabelecê-la. Daí é que, enquanto a capacidade é um pressuposto meramente subjetivo do negócio jurídico, a legitimação é pressuposto objetivo-subjetivo.

Pode-se asseverar, portanto, que a legitimação consiste na especial aptidão para que determinada pessoa, diante das circunstâncias presentes na hipótese, possa praticar certo ato jurídico. Ela se distingue, em consequência, de capacidade, que é a aptidão para a prática em geral de atos da vida civil.

Assim é que o titular de dado direito dele não pode dispor para determinada pessoa porque na relação jurídica a ser estabelecida estão presentes circunstâncias outras que o proíbem da prática do negócio jurídico pelo qual se daria a disposição. Dir-se-ia na espécie que aquele titular não possui legitimação para tanto, embora seja

ele pessoa capaz. Praticá-lo em afronta ao instituto implica a prática de ato maculado que, dependendo das circunstâncias legais que o envolvem, pode ser declarado, a qualquer tempo, nulo⁶⁹ ou, dentro do prazo legal, anulado.

Dessa breve exposição, pode-se dizer que a legitimação para a prática de negócios jurídicos é a regra, já que, por exceção, ela desaparece tão-somente nas oportunidades em que surgem circunstâncias legalmente previstas que proíbem tal prática.

A falta de legitimação pode ser exemplificada pela proibição relativa à aquisição pelo tutor de bens do pupilo (art. 497, I) e à aceitação da herança, sem autorização judicial, pelo credor do herdeiro na hipótese de o sucessor a ela renunciar (art. 1.813, *caput*), bem como pela vedação à venda pelo ascendente a descendentes, sem consentimento dos demais descendentes (art. 496); ao recebimento pelo cúmplice da doação feita pelo adúltero (art. 550) e à nomeação do escriba do testamento como herdeiro ou legatário (art. 1801, inc. I).

Registre-se que a doutrina não é uniforme ao denominar a legitimação. Teixeira de Freitas chama-a de incapacidade de direito; Caio Mário da Silva Pereira, de impedimento. (PEREIRA, 2004, p. 271).

Expostas essas reflexões, deve-se ter que a indignidade e a deserdação constituem de fato ausência de legitimação para a aquisição da herança ou legado. A natureza jurídica da indignidade e deserdação é a falta de legitimação, pelo que se podem qualificar os institutos em questão como falta de legitimação para suceder.

Deveras. Não se deve olvidar que o fenômeno sucessório, para se consumar, exige que, distinta e simultaneamente, concorram os pressupostos relativos à abertura da sucessão, delação e adição.

Aquela primeira é o ponto de partida do direito hereditário, uma vez que com

⁶⁹ CC – Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

ela nasce o direito sucessório. A abertura da sucessão dá-se, desta forma, no preciso momento da morte do autor da herança. Daí a lição de Itabaiana de Oliveira (1952) no sentido de que o momento da morte precisa ser, tanto quanto possível, com todo rigor determinado, porque é justamente nele que o vivo é chamado a tomar o lugar do morto em suas relações jurídicas transmissíveis. (OLIVEIRA, 1952, p. 77).

Pela delação, igualmente denominada devolução sucessória, a herança é oferecida a quem pode adquiri-la. No aspecto objetivo, a delação é a possibilidade de aceitação da herança. É o momento em que ela passa à disposição dos herdeiros legítimos e testamentários. No aspecto subjetivo, a delação se confunde com a vocação hereditária, estabelecida em lei ou em testamento, que é a designação dos herdeiros sobreviventes ao *de cuius*, capazes e legitimados. Trata-se, pois, de um estágio visto sob o aspecto da sucessibilidade. *Deleta hereditas intelligitur quam quis adeundo consequi*. O principal efeito da delação é colocar a herança à disposição dos sucessíveis.

Pode-se dizer que, aberta a sucessão, se segue o oferecimento da herança ao herdeiro. Em solo pátrio, a figura da delação se tornou inócua porque a aceitação da herança, que é o passo seguinte à delação, a absorveu. Mesmo que assim o seja, deve-se ter tal passo por pertinente, dada a possibilidade de o herdeiro renunciar à herança que lhe é oferecida. No caso, com relação a ele, ter-se-ia havido a delação sem, contudo, ter ocorrido a aceitação. Verdadeiramente, a abertura e a delação são pressupostos do fenômeno sucessório que, embora subsequentes, sempre coincidem.

A adição, a cujo instituto também se dá o nome de aceitação da herança, é, por sua vez, a declaração unilateral de vontade pela qual o herdeiro manifesta que anui à herança. É o momento em que o herdeiro se investe na sucessão. Posto a herança se transmita, desde a abertura da sucessão, aos herdeiros independentemente de qualquer ato, a aceitação da herança é tão-somente a confirmação dessa transmissão operada pela lei. Torna-se ela necessária, já que o herdeiro não é obrigado a aceitar a herança. Pode ele, pois, renunciar a ela. É veraz que a aceitação pode ser expressa, caso em que se faz declaração escrita neste sentido, ou tácita, hipótese em que se infere ela pela

prática de atos que somente ao herdeiro compete, pelo que, se os praticou, é porque a ela quer adir.

Então, observe-se. Aberta a sucessão, passa-se à delação, que, como exposto, é a devolução da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. E a estes a herança é devolvida *ope legis*, pouco importando se, na sequência, haverá ou não aceitação dessa herança pelo herdeiro a quem foi deferida⁷⁰. E essa devolução se dá mesmo sem o conhecimento, até este momento, por parte de terceiros interessados, de que o herdeiro, conquanto capaz no que tange à sucessão hereditária, possua ou não legitimação ao recolhimento da herança. Não se sabe de eventual existência de óbice à legitimação, assim como, no momento da policitação no contrato de doação, não se tem notícia, por parte de terceiros, de que o donatário, embora capaz para adquirir o bem possua ou não, em razão da liberalidade, alguma restrição ao efetivo recebimento. Lá, houve a devolução da herança, que poderá, contudo, ser aceita ou repudiada e, aqui, constituiu-se a obrigação de transmitir o bem gratuitamente, a que se poderá ou não aquiescer (art. 539 do CC⁷¹). Ainda, tanto a herança quanto a doação poderão ser aceitas, sem prejuízo de, dentro do prazo legal, ambas serem questionadas em razão de fato jurídico que vede essa aceitação. Na herança, questiona-se a aceitação, por exemplo, por meio da ação de indignidade, que, se frutífero o seu pedido, afasta a herança do herdeiro excluído, enquanto na doação, contesta-se a consumação da liberalidade, por meio da competente ação anulatória, que, se procedente o pleito, anula a doação feita pelo doador adúltero ao seu cúmplice.

Na hipótese, suposto ambos, herdeiro e donatário, sejam capazes para os atos da vida civil, a um e a outro faltou legitimação seja para ser herdeiro, seja para ser donatário. E essa ausência de legitimação, no caso da herança, surgiu com a prática

⁷⁰ Neste particular, Clóvis ensina que, “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança se transmitem, desde logo, aos herdeiros, ainda quando ignorem a morte do *de cuius* [...] Se falecer antes de se haver pronunciado sobre a herança, sem mesmo ter conhecimento dela, transmite-a, não obstante, desde logo, aos seus herdeiros, salvo se a instituição estiver subordinada à condição suspensiva, caso em que a delação somente se efetua depois de realizada a condição”. (*in* BEVILÁQUA, 1977, p. 744).

⁷¹ CC – Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

pelo herdeiro afastado de ato ofensivo contra o hereditando, enquanto, na doação, com o adultério havido entre doador e donatário. Consigne-se, entretanto, que essa ausência de legitimação deve ser judicialmente reconhecida, o que se dá, no direito sucessório, com as ações de indignidade ou deserdação, e, no direito contratual, com a ação de anulação da doação.

E tais óbices à aceitação da herança e à consumação da doação podem ser afastados, naquela primeira, se o ofendido tiver expressamente reabilitado o ofensor em testamento ou em outro ato autêntico⁷² e, nesta última, com a cessação do relacionamento espúrio⁷³. Afastados eles, aquele que não tinha legitimação para o ato passa a tê-la.

Ainda, quanto àquelas ações de indignidade e deserdação, igualmente, aberta a sucessão, mesmo tendo o herdeiro praticado contra o hereditando os atos ofensivos de que se falou, a herança lhe é devolvida. Não é óbice a essa devolução o fato de o hereditando ter ordenado em testamento a deserdação. E o herdeiro pode aceitá-la ou não. Aceitando-a, dentro do prazo legal, poderá essa aceitação ser questionada em juízo por meio das citadas ações de indignidade ou deserdação. Na hipótese, o óbice à aceitação da herança é a prática contra o *de cuius* do ato ofensivo, que, no caso da deserdação, deve, ainda, estar expreso na declaração de exerdção⁷⁴. E, procedente esse pedido, anula-se a aceitação, dando-se aos bens hereditários o destino que no momento próprio se estudará.⁷⁵ Veja-se, então, que, mesmo sendo capaz para suceder, a existência desse motivo legal faz com que o herdeiro em questão passe a não ter

⁷² CC – Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico.

⁷³ Neste particular, há de se observar lição de Washington de Barros Monteiro (2003c, p. 133), para quem a proibição de doação do cônjuge adúltero a seu cúmplice não alcança o cônjuge separado ou divorciado. Assim será válida a doação se realizada após a separação judicial e antes da decretação do divórcio. Igualmente não se aplica a restrição quando o donatário inicia a relação concubinária após a efetivação da doação.

⁷⁴ Os casos legais estão previstos nos arts. 1.961 a 1.963 do CC.

⁷⁵ *Vide* capítulo 9.

legitimação para aceitar da herança.⁷⁶

Então, deve-se considerar que a natureza jurídica da indignidade e deserdação nada mais é que uma mera ausência de legitimação para a aceitação da herança, que, na oportunidade da delação, lhe foi devolvida. O herdeiro afastado, seja por ter sido declarado indigno seja por ter sido deserddado, verdadeiramente assim o foi por não deter a necessária legitimação para recolher a herança. A ele o quinhão hereditário foi devolvido, mas faltou-lhe legitimação para adi-lo.

Daí correta a assertiva de Orlando Gomes no sentido de que ao indigno a herança é devolvida, mas a lei o priva do direito hereditário. *Potest capere sed non retinere*. (GOMES, 2004, p. 31). Efetivamente, no vernáculo diz-se que o indigno herda, mas não retém.

⁷⁶ Carvalho Santos (1981a, p. 212) acerca da matéria, conquanto fale em incapacidade relativa em vez de legitimação, não difere da conclusão exposta. De fato. Esse mestre, citando Mazzoni, ensina que a exclusão por indignidade se entende como uma incapacidade relativa de suceder, em oposição à incapacidade absoluta, resultante da falta ou enfraquecimento de personalidade; porque, enquanto aquela impede, de maneira absoluta, o recolhimento da herança, esta outra só proíbe a sucessão quanto ao parente contra quem foi cometida a ação reprovada, de forma que o herdeiro excluído por indignidade da sucessão de um parente, pode, perfeitamente, recolher a herança de outro parente.

5 OUTRAS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE A INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

Embora, de um lado, a indignidade e deserdação tenham por escopo único seja afastado da sucessão *causa mortis* aquele que contra o hereditando praticara atos condenáveis, expressamente previstos, do que deriva a existência de algumas causas comuns entre esses institutos, eles, de outro, possuem indubitavelmente, entretanto, diferenças que, por sua vez, os distinguem. E, como algumas dessas semelhanças e diferenças já foram no capítulo anterior apresentadas, aqui tão-somente de outras se ocupará.

De início, para apontar semelhanças existentes entre ambos os institutos, deve-se consignar que aquela finalidade comum consistente no afastamento do sucessor se fulcra, tanto na indignidade quanto na deserdação, unicamente na vontade do autor da herança, que indubitavelmente não desejaria ver aquele que contra si agiu de forma ignóbil recolher os bens por ele havidos durante a vida.

Se essa similitude há quanto à vontade, é veraz que ela, no entanto, se exterioriza num e noutro caso de forma diversa.

De fato. Na indignidade, a vontade do hereditando é presumida. Diz-se presumida dado o fato de que, na hipótese, o *de cuius* não se manifesta pela exclusão. Mesmo vítima da causa legal de afastamento, mantém-se silente. Entende-se, entretanto, que a privação da herança ou legado é a sua vontade porque, praticado contra si, ou pessoas indicadas na legislação, o ato que a enseja, caso não a desejasse, ele poderá perdoar, expressa ou tacitamente, o seu ofensor. Logo, se não no fez, é forçoso concluir que a sua vontade é pelo afastamento.

Ao contrário, na deserdação, a vontade do autor da herança relativa ao afastamento deve ser por ele ordenada em testamento. Isso porque, perpetrada a ofensa legalmente apta à exclusão, ele deve, como sua última vontade, de forma expressa, declarar não só esse seu desejo, mas também a causa em que tal pretensão se funda.

Neste particular, há de se ter em mente que somente com manifesta declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento⁷⁷. Ressalte-se que no direito anterior ao CC de 1916 (BRASIL, 1916), permitia-se a deserdação por escritura pública ou termo nos autos.

Ainda, na lição de Carlos Maximiliano (1952, p. 147), a exerdção deve ser imposta claramente – *verbis dispositivis et expressis*. Não se exigem expressões sacramentais, nem termos técnicos; entretanto a perda da legítima jamais decorre de conjecturas: não existe deserdação tácita, ou implícita. Portanto embora o pai, em testamento, excomunge, almadiçoe o filho, se refira, com azedume, a faltas graves por ele cometidas, o mau filho recolhe a sua quota sucessória se o genitor não concluir com a determinação de que ao desamoroso não aproveitasse a sua fortuna. Não é necessário, entretanto, que a deserdação conste de uma cláusula apenas. Pode ela resultar da combinação de várias disposições do testamento, ser direta ou indiretamente imposta, embora deva sê-lo em termos claros, não simplesmente implícitos.

Os dois institutos apresentam, ainda, no tocante à sua semelhança, o fato de exigirem, para a sua efetivação, que a aquele a quem aproveite a exclusão, em ação própria, prove, na indignidade, a ofensa em que se funda o pedido de afastamento⁷⁸ e, na exerdção, a veracidade da causa alegada pelo testador⁷⁹. Tanto numa hipótese de exclusão quanto na outra, o terceiro interessado no afastamento do sucessor deve ajuizar a competente ação ordinária no quadriênio. O termo *a quo* desse ajuizamento, no entanto, é diverso. Na indignidade, sua ocorrência se dá com a abertura da sucessão⁸⁰ e, na deserdação, ele passa a contar a partir da abertura do testamento⁸¹.

Acerca das semelhanças, deve-se, também, consignar que as causas, previstas

⁷⁷ CC – Art. 1.964

⁷⁸ CC – Art. 1.815, *caput*. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

⁷⁹ CC – Art. 1.965, *caput*. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.

⁸⁰ CC – Art. 1.815, *caput*.

⁸¹ CC – Art. 1.965, parágrafo único.

no artigo 1.814 do CC (BRASIL, 2002), as quais, na indignidade, privam os herdeiros e legatários de sua herança ou legado são as mesmas que, na deserdação, afastam os herdeiros necessários de sua legítima, segundo dispõe o artigo 1.961 desse Código em combinação com aquele mesmo artigo 1.814. Neste particular, ressalte-se que a hipótese, como se poderá ver adiante⁸², de o herdeiro ou legatário, por violência ou meios fraudulentos, inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, embora ela esteja no CC (BRASIL, 2002) também capitulada como causa de deserdação⁸³, não poderá, entretanto, sê-lo se o impedimento ou óbice ocorrer após morte *de cuius*, já que a exerdção exige expressa causa descrita em testamento, o que pressupõe a sua ocorrência ainda em vida o testador, pelo que é descabido falar em causa de deserdação que ocorra após a abertura da sucessão. Daí, apesar de essa causa apresentar-se como semelhança entre ambos os institutos, tal circunstância, na verdade, implica uma dessemelhança.

Não se pode, entretanto, olvidar que, além dessas causas comuns que levam o sucessor ao afastamento da sucessão, há outras que, por ensejarem exclusivamente a deserdação, excluem tão-somente os herdeiros necessários da sucessão. Estas estão capituladas nos artigos 1.962 e 1.963 do CC (BRASIL, 2002)⁸⁴.

Ressalte-se aqui que a indignidade afasta qualquer sucessor *causa mortis*, seja ele herdeiro universal, legítimo (necessário ou facultativo) ou testamentário, seja ele legatário. A deserdação, por seu turno, exclui apenas o herdeiro necessário, já que, se o objetivo for afastar sucessor que não esse herdeiro necessário, basta que o hereditando, não o contemplando, teste todo o seu patrimônio em favor outros beneficiários.

Para doutrina tradicional, a indignidade é instituto da sucessão legítima, malgrado possa alcançar também o legatário, enquanto a deserdação só pode ocorrer na sucessão testamentária, uma vez que, como visto, depende de testamento, no qual haja expressa exclusão com declaração da causa que a motivou. (GONÇALVES,

⁸² **Vide Causas exclusivas da indignidade** no Capítulo 6.

⁸³ CC – Art. 1.814, inc. III CC. art. 1.961.

⁸⁴ As causas comuns à indignidade e deserdação, bem como aquelas exclusivas da deserdação estão no capítulo 6.

2012b, p. 121). No entanto, como já se pontificou na doutrina, apenas do ponto de vista formal pode acatar-se essa assertiva. Se a deserdação é tratada na sucessão testamentária, assim o é por mera atração de forma, já que a lei elegeu o testamento como o único meio possível para solenizá-la. Daí é que, na verdade, a deserdação é matéria da sucessão legítima, mais propriamente da sucessão necessária, já que ela visa tão-somente privar os herdeiros obrigatórios de sua legítima. (VELOSO, 2003, p. 311).

Então, há de se concluir que ambos os institutos pertencem à sucessão legítima, pelo que aqui se tem mais uma semelhança?

Ledo engano. Enquanto a deserdação efetivamente pertence à sucessão legítima, e apenas a essa sucessão, não obstante topograficamente ela se encontre entre as regras da sucessão testamentária, a indignidade mais se encaixa nas regras gerais da sucessão, que englobam ambas as sucessões. E tal ocorre porque seu alcance ultrapassa os lindes da sucessão legítima para atingir, além do herdeiro legítimo, personagem típica dessa sucessão, conforme notoriamente alardeado pela doutrina, o herdeiro testamentário e o legatário, que são figuras exclusivas da sucessão testamentária.

Dessa forma, diversamente da comunhão do pensamento majoritário, tem-se a conclusão de que a indignidade é matéria de ambas as sucessões ao passo que a deserdação pertence tão-só à sucessão legítima.

Não obstante o CC (BRASIL, 2002) seja silente quanto à deserdação parcial, a exemplo do que se dá com a indignidade, pode ela ocorrer. De fato. Se na indignidade, mesmo não havendo perdão expresso, a lei permite que o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa de exclusão, suceda no limite da deixa testamentária⁸⁵; na deserdação, a doutrina igualmente admite que o testador, limitando o quinhão do herdeiro deserddado, lhe defira apenas parte de sua legítima ou, ainda, o *de cuius* deserddando o seu herdeiro, institua em seu favor um

⁸⁵ CC – Art. 1.818, parágrafo único.

legado. (DIAS, 2011, p. 325). Trata-se de mais uma semelhança havida entre os institutos em estudo.

Ainda, agora diferenciando-os, na doutrina já se lecionou que a exclusão por indignidade resolve uma vocação hereditária existente no momento da abertura da sucessão, enquanto o afastamento do herdeiro necessário na deserdação priva-o de uma vocação legitimária por meio da vontade do testador.

Essa mesma doutrina, a título de exemplo de diferença entre indignidade e deserdação, ensina, também, que naquela os fatos que a ensejam nem sempre são anteriores à morte do autor ao passo que neste sempre o são. (HIRONAKA; PEREIRA, 2007, p. 371).

Igualam-se os dois institutos no tocante aos efeitos da exclusão, que alcançam tão-somente a pessoa do excluído. Semelhantes são de igual forma as consequências dessa restrição ao indigno e deserdado desses efeitos. Não cabe a eles o usufruto sobre os bens recebidos por seus filhos menores em razão de seu afastamento. Também não lhes cabe a administração desses bens, nem a sua eventual sucessão. Assim o diz o CC (BRASIL, 2002)⁸⁶ no que diz respeito à indignidade. E, no silêncio desse Código, tal é a posição da doutrina. (RODRIGUES, 2002a., p. 261). Ainda, nesse diapasão está a jurisprudência⁸⁷.

Por certo, tais consequências semelhantes se dão após a sentença de exclusão.

Veja, no entanto, que, com a abertura da sucessão, o herdeiro, desde logo, adquire a propriedade e a posse da herança⁸⁸.

Na indignidade, entretanto, o excluído *potest capere, sed non potest retinere*. O indigno, por ter capacidade hereditária, como visto, pode receber a herança, mas, dada a ausência de legitimação, não pode retê-la. Isso significa dizer que, aberta a sucessão,

⁸⁶ CC – Art. 1.816.

⁸⁷ Vide RT 691/89 e 501/189, por exemplo.

⁸⁸ CC – Art. 1.784.

esse excluído recebe a herança ou legado, mas com o reconhecimento judicial de sua qualidade de indigno, se resolve o seu direito sucessório. Então, diz-se que a decisão na qual declara a indignidade se opera *ex tunc*, ou seja, com efeito retroativo. Mas, enquanto na posse da herança ou legado, o CC (BRASIL, 2002) reconhece-o como herdeiro aparente, pelo que são válidos as alienações por ele feitas, a título oneroso, a terceiro de boa-fé e os atos de administração por ele legalmente praticados, embora subsista aos herdeiros prejudicados o direito de demandar-lhes perdas e danos e a restituição dos frutos e rendimentos advindos dos bens da herança.

Na deserdação, por sua vez, em razão daquela capacidade hereditária, aquele contra quem há cláusula testamentária de exclusão, conquanto de igual forma receba a herança, com a publicação do testamento, surge uma condição resolutiva do domínio que lhe fora transmitido, pelo que do herdeiro os bens sucessórios desde logo são afastados. É certo que essa condição se implementará com a respectiva sentença judicial. Dado esse afastamento, com o objetivo de preservar a herança para entregá-la àquele que seria deserddado, se não no for, ou aos beneficiados pela deserdação, caso ela se aperfeiçoe, nomeia-se, desde logo, um depositário a quem se confiará a administração dos bens hereditários até final decisão da ação de deserdação. Diz-se, por tal motivo, que, de igual forma, os efeitos da sentença de deserdação se operam *ex tunc*, *i.e.*, também com efeito retroativo. Então, na deserdação, não há se falar em eventual validade de alienações e de atos de administração legalmente praticados, indenização por perdas e danos, bem como restituição de frutos e rendimentos, dentre outros direitos.

6 CAUSAS QUE GERAM A INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

6.1 Noções gerais

Suposto nos mais diversos ramos do direito como verdadeiro seja aceito o anexim *mors omnia solvit*, inegavelmente ele não se aplica ao direito sucessório, uma vez que as relações jurídicas de que o autor da herança participa permanecem após a sua morte. Seus herdeiros, por meio da sucessão, adquirem, pois, direitos reais e obrigacionais, dos quais antes fosse o *de cuius* titular.

E, sendo um modo de aquisição de direitos, é veraz que pelo direito sucessório se dá o aumento de riqueza, em razão do que cabe ao legislador regulá-lo de modo mais adequado com os interesses da sociedade e, mesmo, da família. Daí o ensinamento de que se há de reconhecer no direito hereditário um meio de distribuir aquela riqueza de forma mais apropriada à sua conservação e ao bem estar dos indivíduos. É um vínculo para a consolidação da família na medida em que a lei lhe garante o gozo dos bens de seus membros desaparecidos na voragem da morte, bem como é um estímulo para sentimentos altruísticos, porque sempre traduz um afeto, quer quando é a vontade que o faz mover-se, quer quando a providência parte da lei. (BEVILÁQUA, 2000, p. 54).

Por assim ser, a sucessão hereditária se fulcra na afeição do autor da herança pelo seu sucessor. E, nesse, tal afeição deve gerar apreço, gratidão, estima, ternura àquele e às suas vontades e disposição.

Daí já se ter ensinado que a vocação hereditária nascida do parentesco ou da vontade, legítima ou testamentária, supõe uma relação de afeto, consideração e solidariedade entre o autor da herança e o seu sucessor. (VENOSA, 2005, p. 68).

Deve-se ter, desta forma, que o direito sucessório necessariamente há de se basear num sentimento afetivo que liga o herdeiro ao *de cuius* e este àquele. E tal

assertiva está presente tanto na sucessão legítima quanto na testamentária. É em razão disso que a lei disciplina a ordem de chamamento dos parentes para receber a herança e autoriza o testador a dispor de seus bens a estranhos. Naquela a legislação pressupõe que o pai tem maior afeição pelos filhos do que por seus próprios pais; não havendo descendentes, esse amor recai sobre os genitores para só depois alcançar os colaterais. Sempre presente, ora em concorrência com esses parentes ora com exclusividade, está o cônjuge, ou companheiro, do finado, a quem, afinal, o autor da herança elegeu para ser a sua companhia na trajetória de sua vida. Dá-se a sua preterição na vocação hereditária tão-somente nas hipóteses em que, por outra forma, a lei lhe resguarda garantia de que a morte de seu consorte não o privará de continuar tendo uma vida patrimonialmente mais segura.

Nesse mesmo sentido, está a lição de Carlos Maximiliano, para quem o direito de suceder se fundamenta na afeição, real ou presumida, do *de cuius*, a qual deve, no herdeiro, despertar acatamento, gratidão, amizade e respeito à pessoa e às suas vontades, preferências, inclinações. Logo, uma conduta reveladora de carência de tais sentimentos, uma prova irrefragável da perversidade do sucessor para com o autor da herança, uma falta de amor, uma excessiva ambição devem provocar um castigo lógico, que é a perda do direito sucessório. Além desse motivo de ordem moral, ainda há de concorrer para a exclusão da vontade presumida do falecido o fato de que, certamente, não deixaria a sua riqueza ao sucessível se tivesse sabido que este procedera para com ele, ou para com a sua memória, como pessoa sem escrúpulos, cobiçoso, ingrato ou, mesmo, de forma criminoso. (MAXIMILIANO, 1952, p. 94).

Posição similar adota Carvalho Santos (SANTOS, 1981a, p. 211) ao lecionar que o fundamento em que a exclusão se justifica está na moral e na ordem pública, que exigem respeito e afeto ao hereditando. Com citação de Hermenegildo de Barros, aquele doutrinador pontifica que, se o fundamento ético do direito sucessório é o afeto presumido do defunto, nada mais justo que o ato do legislador prive de sucessão o indivíduo perverso, que desmereceu a estima daquele a quem devia suceder. Não fosse a reparadora intervenção da lei civil, a sociedade assistiria, sem a mais tênue esperança

de punição, ao espetáculo horrendo, oferecido pelo algoz, que carrega os despojos da vítima, ou pelo vilão que colhe os frutos de sua miséria moral.

Washington de Barros Monteiro (2003c, p. 63), na mesma esteira de raciocínio, conclui que o instituto da indignidade, e também o da deserdação, pode-se acrescentar, se inspira num princípio de ordem pública, porque à consciência social repugna, sem dúvida, que uma pessoa suceda a outra, depois de haver cometido contra esta atos lesivos de certa gravidade.

Desses ensinamentos da doutrina, há de se ter que a prática de certos atos pelo herdeiro, ou legatário, o exclui da herança deixada pela sua vítima. E tal exclusão se dá porque tal prática, obedecidos os demais requisitos legais, impõe àquele que perpetrar qualquer de tais atos a perda da legitimação hereditária relativamente à herança, ou ao legado, da qual seja o ofendido autor⁸⁹.

Alguns desses atos são causas que ensejam tanto a indignidade quanto a deserdação. Outros ensejam apenas a deserdação, descabendo invocá-los se a hipótese tratar de indignidade. Aqueles comuns são o homicídio doloso, tentado ou consumado, contra o autor da herança, seu cônjuge ou companheiro, ascendente ou descendente; denúncia caluniosa contra o *de cuius*, bem como os crimes contra a sua honra, de seu cônjuge ou companheiro; e a criação de óbice ao hereditando, por violência ou fraude, no tocante à livre disposição de seus bens por ato de última vontade⁹⁰. Além dessas causas comuns, que algumas vezes se tornam exclusivas da indignidade, outras que dizem respeito exclusivamente à deserdação são a ofensa física e a injúria contra o autor da herança, assim como relações ilícitas praticadas com a madrasta ou padrasto, na hipótese de se tratar de deserdação de descendente, ou com o cônjuge ou companheiro do filho ou neto, caso a exerdção seja do ascendente, e o desamparo daquele a quem se deve alimentos que esteja acometido de alienação mental ou grave

⁸⁹ A indignidade, e também a deserdação, nunca é absoluta, geral. Ela é sempre relativa a determinado hereditando. Pune-se o sucessível porque ele cometeu faltas contra o respectivo autor da herança, podendo aquele herdar normalmente bens deixados por outra pessoa.

⁹⁰ CC – Art. 1.814.

enfermidade⁹¹.

6.2 Causas comuns à indignidade e deserção

Discorrendo, acerca das causas comuns a ensejar a indignidade e deserção, pode-se dizer três são as causas geradoras da indignidade e deserção. A primeira envolve uma violação ao direito à vida, a segunda exterioriza uma ofensa ao direito à honra, enquanto a última retrata um atentado contra o direito à liberdade testamentária.

Feita essa observação, naquela violação ao direito à vida tem-se o homicídio voluntário, tentado ou consumado, perpetrado pelo herdeiro ou legatário, seja na qualidade de autor, coautor ou partícipe, contra a pessoa do autor da herança, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente⁹².

Desde logo, insta consignar que o afastamento da herança aqui tratado não exige seja o herdeiro ou legatário o sujeito que executa a conduta delitiva, denominado autor imediato. Não se olvide, pois, que autor do crime também o é quem realiza o fato por meio de terceira pessoa e quem o faz intelectualmente. Aquele é o autor mediato e este, o autor intelectual. De outro lado, pode-se ter na coautoria a participação de dois ou mais sujeitos na realização da conduta típica, a que se chama de coautoria direta, ou a divisão de tarefas executórias do crime, hipótese em que se tem a coautoria parcial ou funcional. Já na participação, o sujeito, conquanto não pratique atos executórios do delito, concorre de qualquer modo para a sua realização. O partícipe não realiza, portanto, a conduta descrita no preceito primário da norma, mas tão-somente realiza uma atividade acessória que contribui para a prática criminosa, que pode ser mero induzimento ou, mesmo, instigação ou auxílio material.

⁹¹ CC – Arts. 1.961 a 1.963.

⁹² CC – Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente. Ainda, CC – Art. 1.961 – Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Todos eles, autor, coautor ou partícipe, podem, entretanto, ser denominados participantes. Assim o diz Damásio de Jesus (2012, p. 454).

Ainda, a vítima do homicídio doloso há de ser o hereditando, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente. Hereditando é o próprio autor da herança. Na hipótese de o hereditando ser a vítima, tratando-se de deserdação, ou se tem um homicídio meramente tentado ou deve haver um interregno entre a ação e o resultado, o que é possível, já que, sendo o homicídio um crime material, o seu *iter criminis* pode ser fracionado. E após a tentativa ou nesse interregno é que o ofendido lavrará o testamento do qual fará constar a exherdação do homicida.

Além do autor da herança, o vigente CC (BRASIL, 2002), ao contrário do revogado que tratava de exclusão apenas se o homicídio fosse perpetrado contra esse autor, autoriza a indignidade e deserdação se as vítimas forem também o cônjuge ou companheiro⁹³ desse autor, assim como um seu descendente ou ascendente⁹⁴. Não é, desta forma, indigno apenas quem atenta contra a vida do sucedido, mas quem o fere profundamente na alma, afastando de seu convívio pessoas que lhe são extremamente caras. Tirar a vida de alguém ou sua razão e alegria de viver têm agora idêntico efeito. (ALMEIDA, 2003, p.159).

Observe que esse acréscimo trazido pelo novel Código veio em boa hora. Isso porque o homicídio do irmão não tinha o condão de afastar o homicida da sucessão do pai comum. Ou era irrelevante discutir se a infanticida deveria ou não ser excluída da sucessão porque dificilmente a vítima tinha patrimônio a ensejar a sucessão, o que agora não ocorre, já que a exclusão abrange a sucessão do pai dela, avô do infante morto.

Ainda, ressalte-se o CC (BRASIL, 2002) não limitou o grau nem da ascendência, nem da descendência.

⁹³ *Vide* capítulo: A indignidade e deserdação diante do novo direito de família.

⁹⁴ *Vide* capítulo: A indignidade e deserdação diante do novo direito de família.

Neste ponto, acerca do instituto da tentativa algumas palavras se fazem necessárias. É sabido que, se de um lado consumado é o crime em que se reúnem todos os elementos de sua definição legal, de outro se diz tentado o crime quando, iniciada a execução, ele não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente⁹⁵.

Então, a noção da consumação expressa a total conformidade do fato praticado pelo agente com a hipótese abstrata descrita pela norma penal incriminadora. (JESUS, 2012, p. 369). E para alcançar a fase da consumação, esse agente percorre uma série de fases, que constituem o *iter criminis*, para afinal alcançar a sua *meta optata*. A doutrina ensina que tais etapas são a cogitação, os atos preparatórios, a execução e a consumação.

A *cogitatio* não constitui fato punível. Ou no aforisma romano *cogitationis poenam nemo patitur*. Aqui é pertinente citar a lição de Basileu Garcia, que, invocando Haus, penalista belga, assevera que só a Deus cabe sondar as consciências e auscultar os pensamentos para, na sequência, com Carrara, concluir que castigar os pensamentos é a fórmula comum com que se designa o apogeu da tirania. (GARCIA, 1982, p. 255).

Os atos preparatórios não são da mesma forma puníveis. Excetua essa regra, contudo, a hipótese de o legislador tipificá-los como crime autônomo. Pode-se exemplificar tal situação o fato de o agente atribuir-se falsamente autoridade para celebração de casamento, o que, se não fosse tipificado pelo artigo 238 do Código Penal (CP) (BRASIL, 1940), seria mero ato preparatório do crime de simulação de casamento, previsto no artigo 239 do CP (BRASIL, 1940). Daí se deve ter que o agente não praticou simples ato preparatório de sua *meta optata*, mas ato executório de delito autônomo. E não se punem os atos preparatórios porque eles não constituem o início da prática do crime desejado. A escolha da arma com a qual se pretende matar o desafeto, por ser ato preparatório, *v.g.*, não tem maior relevância penal. No que tange ao crime de homicídio, diz-se igualmente da compra dessa mesma arma. Até aqui não

⁹⁵ CP – Art. 14.

se iniciou a execução criminosa.

A execução se dá no momento em que, ultrapassando os lindes dos atos preparatórios, o agente, por ter iniciada a realização da conduta descrita no núcleo do tipo⁹⁶, invade a esfera do bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico. Os atos executórios, por sua vez, são puníveis, e o são mesmo na hipótese de o agente não alcançar a fase da consumação, porque, aqui, a punição será da prática de crime tentado. Para diferenciar os atos preparatórios dos de execução, já se ensinou que aqueles estão mais distantes da consumação, enquanto estes, mais próximos. Ainda, os atos preparatórios não envolvem a ação delituosa, dela não fazendo parte. Ao contrário, os atos de execução são o início da prática delitiva.

Então pode-se concluir que a punição dos atos executórios se dá no caso de o crime ser meramente tentado, o que significa dizer que, embora os atos executórios sejam praticados, o crime não chega à fase da consumação.

À indignidade e deserdação, no entanto, pouco importa que o homicídio seja tentado ou consumado. A eventual exclusão da sucessão ocorre tanto numa quanto na outra hipótese, já que em ambas presente está na conduta do agente o *animus necandi*. Há de se ressaltar que a *cogitatio* e os atos preparatórios, irrelevantes penais que são, também não se mostram suficientemente hígidos para ensejar a decretação da exclusão.

Deve-se observar que o motivo do homicídio é irrelevante. Despicienda a circunstância, por conseguinte, tenha sido o crime perpetrado, ou não, por excesso de cobiça ou para se antecipar o gozo dos bens hereditários. Basta que seja homicídio, e mais homicídio voluntário ou, na nomenclatura atual, doloso. Anote-se que a indignidade e deserdação exigem, ainda, afastando da definição que a doutrina civil dá

⁹⁶ O núcleo do crime é o verbo que aparece na descrição penal para exprimir a ação delituosa. Exemplos: **matar** no crime de homicídio cuja descrição é **matar alguém** (art. 121 do CP), **subtrair** no crime de furto cuja descrição é **subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel** (art. 155 do CP), **ofender** no crime de lesões corporais cuja descrição é **ofender a integridade corporal ou saúde de outrem** (art. 129 do CP).

ao dolo civil, que o dolo idôneo para a exclusão hereditária seja aquele de que fala a legislação penal. E esse dolo penal, na lição de Basileu Garcia (1982, p. 275), é a intenção mais ou menos perfeita de praticar um ato que se sabe contrário à lei. Deve-se lembrar de que intenção, na lição desse mesmo doutrinador, exige dois requisitos, a saber, inteligência e vontade, em razão do que ela resulta do concurso do intelecto e da vontade. Dizendo intenção, designa-se um ato da vontade iluminada pelo intelecto na sua relação com a ação. Em conclusão, a intenção pressupõe, no agente, condições psíquicas que lhe permitam avaliar o ato a ser praticado. Sendo doloso o delito, pouco importa a classificação que se dá a esse dolo. Se direto ou indireto, se eventual ou não, se genérico ou específico. Isso porque, no anexam tedesco, o que é aplicável em solo pátrio, *blutige hand nimmt kein erbe*. Mão ensanguentada não apanha herança. Ou porque, agora segundo a apóstrofe posta por Corneille na boca do orador Simeão, *on n'herite pas de ceux qu'on assassine*. Ninguém herda dos que assassina.

Não obstante seja esse o entendimento doutrinário, exceção se faz à eutanásia. Deveras. Não deve ser excluído da sucessão aquele que, *sponte propria* ou mesmo a pedido do autor da herança, sabendo que ele padece de mazela reconhecidamente incurável, com o objetivo de minorar o seu sofrimento e dor, busca abreviar-lhe a vida, proporcionando a ele uma morte piedosa, mesmo ciente de que responderá a processo criminal cuja consequência poderá ser sua eventual condenação penal. A hipótese não traz, pois, o fundamento da exclusão da sucessão que é a prática contra o hereditando e pessoas que lhe são caras de atos criminosos, reprováveis ou meramente ofensivos, que, além de previstos na legislação, devem indubitavelmente demonstrar ingratidão e desamor, bem como ausência de carinho, desvelo e amizade. Nesse sentido está o ensinamento de Carlos Maximiliano (1952, p. 98).

Também, com fulcro em igual fundamento, deve-se concluir que o homicídio fruto da negligência, imprudência ou imperícia não tem o condão de despir o seu autor da legitimação necessária para que possa ele herdar de sua vítima. O homicídio culposo não é, portanto, idôneo para impor a decretação da indignidade ou deserdação.

Poder-se-ia, por outro lado, questionar se, no latrocínio, o seu agente está ou

não inibido de recolher a herança ou receber o legado. A questão deriva do fato de que o legislador impôs tal vedação na hipótese de homicídio. Ainda, trata-se de expressões técnicas em que o homicídio é o crime em que se ceifa a vida humana, enquanto o latrocínio é o roubo à mão armada, seguido de morte ou de grave lesão corporal da vítima.

Não obstante mais correto fosse o legislador ter previsto a possibilidade de aplicação da indignidade em outras hipóteses que ao homicídio, consumado ou tentado, se assemelhem (ALMEIDA, 2003, p. 159), não se pode, entretanto, considerar legitimado a recolher a herança aquele que cometeu tamanho deslize penal. Efetivamente, demonstrou ele grande despreço, falta de carinho, ingratidão pelo autor da herança ou por seus entes elencados na lei.

É certo que a matéria em estudo não admite interpretação analógica. Neste particular, Itabaiana de Oliveira (1952, p. 145) já ensinou que a indignidade, sendo uma pecha⁹⁷ em que incorre o herdeiro, fazendo-o perder o havido, é, por isso, determinada em lei, não podendo ser admitidos outros casos, senão aqueles que a lei expressamente especifica.

Como asseverado, há, contudo, de se concluir que, conquanto o legislador não tenha previsto a exclusão da sucessão daquele que comete latrocínio, por tratar-se de evidente descuido do legislador, o seu agente, se presentes os demais requisitos, deve ser reconhecido indigno ou deserddado. O raciocínio aqui desenvolvido deriva de mera interpretação extensiva e não analógica. O legislador tratou, pois, do homicídio, que é assemelhado ao latrocínio. É descabido que não se entenda que, ao não tratar de tal delito, não tenha o legislador escrito menos do que pretendia. Não é crível, pois, que o homicida não deva receber a herança ou legado, enquanto o agente do latrocínio permaneça incólume para receber o seu quinhão ou legado.

⁹⁷ Pode-se acrescentar que a lição de Itabaiana de Oliveira (1952) se aplica também à deserdação. Ainda, neste trabalho, conclui-se que a natureza jurídica da indignidade e deserdação é a de ausência de legitimação para recolher a herança ou receber o legado. Refuta-se, pois, a assertiva de que tais institutos sejam uma ‘pecha’ que se impõe ao sucessor.

Quanto ao induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio⁹⁸, Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 32) pontifica que, embora não contemplado especificamente, é de se entender que esse delito deve equiparar-se ao homicídio para efeito de indignidade. Contrariamente a tal posição está Carlos Maximiliano (1952, p. 98), para quem não se condena civilmente, com exclusão da herança, aquele que auxiliou o suicídio do *de cuius*, já que desaparece, nessa hipótese, a razão da lei. Na opinião desse doutrinador, longe de o auxiliador revelar falta de carinho, demonstrou ele excesso a ponto de se expor a processo e condenação criminal para servir a autor da herança.

Embora as posições desses doutrinadores sejam conflitantes, ambos têm razão na hipótese de o crime perpetrado tê-lo sido por meio do núcleo **prestar auxílio**. Com efeito. Nessa modalidade, há de se perquirir o motivo que ensejou o agente a prestá-lo. Não se olvide que a indignidade e deserdação derivam de um ato de desamor, ingratidão, falta de carinho. Se nesse ato está a causa que levou o agente ao auxílio, deve dele ser retirada a necessária legitimação para recolher a herança ou legado, assistindo razão a Caio Mário da Silva Pereira (2012). Agora, ao contrário, caso sua conduta se tenha alicerçado naquele excesso de carinho de que falou Carlos Maximiliano (1952), o acerto está com esse doutrinador que não condena civilmente aquele que de tal forma agiu. Tudo depende, portanto, das provas a serem produzidas na competente ação civil.

Por outro lado, o delito em questão, se praticado por meio dos núcleos **induzir** e **instigar**, dificilmente poderá ter sua origem no campo humanitário. Caso, entretanto, assim o seja, de igual maneira não está afastada do agente a sucessão do *de cuius*. Diz-se dessa dificuldade porque a ação de induzir traduz uma iniciativa do agente que cria na vítima o desejo de suicídio, enquanto a ação de instigar retrata um reforço à já criada na mente da vítima ideia de suicídio, o que, por si só, impõe a exclusão.

Nesse particular, por primeiro deve-se consignar que a hipótese tratada deve dizer respeito a suicídio consumado, já que, se do delito em estudo derivar lesão

⁹⁸ CP – Art. 122.

corporal, a matéria deve ser vista apenas no campo da deserdação⁹⁹.

No tocante ao infanticídio, registre-se que a conduta, tipificada sob essa rubrica, consiste em a mãe matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho¹⁰⁰. Na realidade, a doutrina ensina que a hipótese trata de um homicídio privilegiado, cometido pela própria mãe nas condições de que se falou. Outrora, o privilégio advinha da adoção do sistema psicológico, que se embasava na vergonha da maternidade, na maioria das vezes, ilegítima. Prevalencia, pois, a *honoris causa*. A legislação atual optou pelo sistema fisiopsicológico, que se funda no estado puerperal em que se encontra a infanticida, do que surgiram contundentes críticas. E são elas merecidas, já que não se pode desprezar o fato de que o infanticídio é, inegavelmente, e antes de tudo, um delito social, praticado, na quase totalidade dos casos, por mães solteiras ou mulheres abandonadas pelo marido ou amásio. (MIRABETE, 1986, p. 68).

E nessas condições seria de todo injusto afastar a infanticida da sucessão de sua vítima e de seus outros ascendentes. Afinal, o seu tresloucado gesto não foi fruto de um desamor, de uma ingratidão, mas de uma tentativa de esconder a sua infâmia, a sua desonra. Verdadeiramente, mais do que agente de um delito, essa mãe é vítima, dado o seu estado psicológico, de sua própria e explicável cólera, derivado do hoje conhecido desequilíbrio hormonal. O infanticídio não tem, pois, o condão de afastar a mãe da sucessão de seu filho e outros ascendentes.

Acerca do crime de homicídio como causa ensejadora da exclusão da herança, deve-se ressaltar, também, que o Código revogado o via com motivo suficiente para tanto se fosse ele levado a cabo contra o autor da herança. O Código atual, ao contrário, como antes já asseverado, permite que o afastamento da sucessão se dê também na hipótese de esse delito ser cometido contra o cônjuge, companheiro, ascendente e descendente do sucedido.

Esse novel acréscimo, por sua vez, trouxe um problema de direito

⁹⁹ CC – Art. 1.962, inc. I.

¹⁰⁰ CP – Art.123.

intertemporal: na vigência do Código revogado, quando ainda a morte do companheiro não era causa de exclusão da sucessão, o herdeiro mata, *v.g.*, o companheiro do autor da herança. A abertura da sucessão, da qual esse homicida é herdeiro, se dá, contudo, na vigência do velho Código, no qual, como já exposto, tal morte é motivo para o seu afastamento. Esse homicida pode ser excluído da herança? Há de se concluir que não. E o motivo para tal resposta é que na oportunidade do homicídio não havia disciplina legal que determinasse a ausência de legitimação para o recolhimento da herança. Daí é que, conquanto a sucessão e a legitimação para suceder se regulem pela vigente ao tempo da abertura daquela¹⁰¹, a lei nova não pode, na hipótese, retroagir para alcançar situações já consolidadas ao tempo da lei revogada. Então, a oportunidade do homicídio é, para o convivente supérstite, verdadeiramente o *tempus lugendi* e é, para o campo jurídico, o identificador das regras a serem invocadas. À espécie aplicável, no que tange à ocasião da prática do crime, é o anexim *tempus regit actum*.

Igual solução deve ser dada à hipótese em que a vítima, ao tempo da prática criminosa, já não mais era cônjuge ou companheiro do autor da herança, bem como àquela em que o homicídio tentado se deu anteriormente à adoção de sua vítima pelo hereditando. É, pois, a lei do tempo do delito que rege, neste particular, suas consequências civis.

Vencidas as considerações pertinentes ao homicídio doloso perpetrado, na forma consumada ou tão-só tentada, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, insta agora sejam abordados a acusação caluniosa feita em juízo praticada contra o *de cuius* e os crimes contra a honra cometidos contra o próprio hereditando, seu cônjuge ou companheiro, por serem esses o segundo motivo de exclusão do herdeiro ou legatário¹⁰².

Quanto a essa matéria, por primeiro há de se discorrer acerca da denúncia caluniosa, já que a prática desse crime é a forma de acusar caluniosamente alguém em juízo. A sua conduta típica consiste, pois, em o agente dar causa à instauração de

¹⁰¹ CC – Art. 1.787.

¹⁰² CC – Art. 1.814, inc. II.

investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente¹⁰³. Esse alguém, por sua vez, deve ser o autor da herança. Essa causa de exclusão não abrange o cônjuge ou companheiro do hereditando, seus ascendentes e descendentes.

Observe-se, entretanto, que apenas a instauração de processo judicial, e não as demais hipóteses da conduta típica, é suficientemente idônea para determinar a exclusão. Isso se dá porque o texto legal circunscreve a espécie à acusação caluniosa **em juízo**.

Então, pode-se dizer que os elementos necessários para a configuração da exclusão em estudo são a apresentação à autoridade judiciária de queixa ou denúncia contra o autor da herança (ou a qualquer outra autoridade, desde que a denúncia ou queixa posteriormente seja levada à autoridade judiciária), da qual deve constar fato que constitua crime e sujeite o autor da herança à ação penal, bem como o fato de que denúncia ou queixa se tenha dado em razão de má-fé do denunciante ou querelante que tem plena certeza da inocência do denunciado ou querelado.

Não se olvide que a autoridade judiciária de que se falou há de ter competência criminal, uma vez que é a essa autoridade que se denuncia ou oferece queixa-crime pela prática de delito. Dessa assertiva conclui-se que eventuais acusações, ainda que de viés criminal, se irrogadas perante o juízo cível, autoridade administrativa, representante do Ministério Público ou por meio de jornais, palestras, livros, sem qualquer encaminhamento ao juízo criminal, são insuficientes para dar azo à exclusão hereditária. É certo que tais acusações podem, no entanto, tornar-se injúria grave, uma das causas exclusivas de deserdação.

A doutrina tem questionado se o falso testemunho é motivo suficiente para a exclusão sucessória. Com citação de Hermenegildo de Barros, que entende não sê-lo, o que o faz por estarem as causas da exclusão taxativamente indicadas, pelo que é

¹⁰³ CP – Art. 339.

vedado ao interprete estendê-las a outras não previstas, Carvalho Santos (1981a, p. 217) manifesta-se favoravelmente. Esse doutrinador considera o falso testemunho uma das formas por que se pode exercer a acusação caluniosa em juízo. Invoca em favor de seu ponto de vista a hipótese em que o herdeiro, conseguindo que outra pessoa caluniasse o hereditando, viesse, em seguida, salvo do risco da exclusão da sucessão, roborar essa falsa imputação por meio de seu depoimento. Daí esse doutrinador assegura que o falso testemunho prestado dolosamente, com o objetivo de fazer ou agravar imputação caluniosa, nada mais é do que uma variante da denúncia caluniosa em juízo. E assim sendo, ter o falso testemunho como idôneo à exclusão não constitui interpretação extensiva. (SANTOS, 1981a, p. 217). Igual posição adota Caio Mário da Silva Pereira (2012) ao lecionar que o vocábulo acusar não deve ser tomado no sentido estrito de um trâmite da ação penal, porém na acepção comum de denúncia de um fato delituoso.

Aquiesce-se aqui a essa posição. Afinal, *ubi eadem est ratio, ibi idem ius*. Efetivamente, onde for idêntica a razão, idêntico deve ser o direito.

Relativamente aos crimes contra a honra, que, se praticados contra o autor da herança, seu cônjuge ou companheiro, podem acarretar a exclusão da sucessão, deve-se, desde logo, anotar que são três esses delitos, a saber, calúnia, difamação e injúria. Neles, o ordenamento jurídico-penal protege a honra, que nada mais é do que o sentimento de dignidade própria que leva o indivíduo a procurar merecer e manter a consideração geral. (FERREIRA, 1986).

A calúnia, primeiro dos delitos apontados, consiste em fazer uma acusação falsa, tirando a credibilidade da vítima no meio social. Essa falsa acusação deve dizer respeito à prática de fato definido como crime. Consigne-se, portanto, que a imputação de contravenção não configura o delito em estudo. Registre-se, ainda, que, conquanto não se fale na espécie em dolo específico, a hipótese exige que na conduta esteja presente o elemento subjetivo do injusto consistente no *animus injuriandi vel diffamandi*, que é o intuito de ofender a honra alheia.

Não se deve esquecer de que há crime de calúnia ainda que o autor da herança, seu cônjuge ou companheiro sejam menores. Poder-se-ia indagar da impossibilidade de se imputar a um menor a prática de um crime. Ocorre que, no objeto da imputação se inclui ato infracional de que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990), uma vez que se considera tal a conduta descrita como crime ou contravenção¹⁰⁴. Ainda, a lei penal tipifica a calúnia contra os mortos, pelo que, se irrogada ela, haverá exclusão mesmo se já falecida for qualquer daquelas pessoas¹⁰⁵.

É certo, ainda, que igualmente comete crime de calúnia aquele que, sabendo falsa a imputação, a propaga ou divulga¹⁰⁶.

O delito de calúnia, embora se trate de crime formal, admite a forma tentada, que se dá, por exemplo, com a falsa imputação lançada por meio de carta, que é interceptada pela própria vítima. Anote-se que não há previsão legal de exclusão da sucessão na hipótese de tentativa de crime contra a honra.

Quanto à difamação, que da mesma forma é motivo de exclusão da sucessão, a conduta em estudo é a imputação a quem quer que seja de fato ofensivo à sua reputação. Protege-se a honra objetiva, que é a reputação ou imagem da pessoa diante de terceiros. A grande diferença da calúnia com esse ilícito é que lá a imputação é de crime, enquanto aqui é de qualquer fato, desde que determinado. E da injúria se diferencia porque é injuriosa a ofensa que reside na imputação de fato vago ou de qualidade negativas da vítima. Também, na difamação é indiferente a circunstância de esse fato ser verdadeiro ou falso. Ainda, por não ter a lei repetido a punibilidade da difamação contra os mortos, deve-se tê-la por atípica. Típica, contudo, é a conduta quando irrogada contra pessoa viva que vem falecer depois de ela ter sido perpetrada. Ao contrário, é atípica a difamação em que há prévio ou concomitante consentimento do sujeito passivo. Agora, se posterior esse consentimento, há mera renúncia ao direito de queixa ou, mesmo, perdão do ofendido. Lembre-se, aqui, de que os incapazes não

¹⁰⁴ ECA – Art. 103.

¹⁰⁵ CP – Art. 138, § 2º.

¹⁰⁶ CP – Art. 138, § 1º.

podem consentir.

É requisito essencial para a tipificação do crime em tela a presença do *animus diffamandi*, que consiste na seriedade que o agente imprime à sua conduta, o que, por si só, torna atípica a conduta em que há, por exemplo, mero animo *narrandi, jocandi, defendendi, consulendi*.

Anote-se que a consumação do delito, vital para que haja a possibilidade de exclusão da sucessão, se dá com o conhecimento da imputação por terceiro, já que a tentativa, conquanto possível se o delito for perpetrado por escrito, é inidônea para o afastamento da herança.

Ainda quanto aos crimes contra a honra do autor da herança, seu cônjuge ou companheiro, tem-se como causa de exclusão sucessória a injúria, cuja conduta consiste na ofensa da dignidade ou decoro. Diz-se que aqui se protege a honra subjetiva, que é o sentimento que cada um tem a respeito de seus atributos, é a avaliação que se tem de si mesmo, é a autoestima. Logo, não pode ser vítima na espécie quem não tiver noção do que seja dignidade, decoro, o que ocorre, por exemplo, com pessoa de tenra idade. Pode, entretanto, ser ofendido o adolescente por já ter tal conhecimento.

Proferida a ofensa, consuma-se o delito de injúria no momento em que o ofendido toma conhecimento do insulto, independentemente de ele ter sido ou não proferido na sua presença. A exemplo da calúnia e difamação, a tentativa de injúria é irrelevante para a indignidade e deserdação.

Deve-se ressaltar que a difamação e a injúria comportam três excludentes de ilicitude, que são a ofensa irrogada em juízo, independentemente de sua competência, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador; a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, excetuada a hipótese de nela haver inequívoca intenção de injuriar ou difamar; e o conceito desfavorável emitido por funcionário público

lançado em apreciação ou informação que presta no cumprimento de seu ofício¹⁰⁷.

Aquela primeira excludente, a que se dá o nome de imunidade judiciária, abrange, como parte, o autor, réu, litisconsorte, assistente, chamado à autoria, exequente, executado, administrador judicial, inventariante, enfim toda pessoa que de um dos polos do processo participe e, como procurador, o advogado, tanto o constituído quanto o dativo, defensor público, provisionado e estagiário. Sua imunidade alcança, ainda, o representante do Ministério Público. Fora de sua alçada estão, contudo, por não serem partes ou procuradores, o juiz, perito, serventuários da justiça, delegado de polícia e assemelhados.

A excludente de ilicitude relativa à opinião desfavorável da crítica tutela a liberdade de manifestação, necessária ao desenvolvimento das ciências do espírito. Afastada não está, contudo, a antijuridicidade caso haja evidente *animus injuriandi vel diffamandi*.

Também não há conduta ilícita, por presente a excludente, na hipótese de conceito desfavorável proferido por funcionário público em apreciação ou informação, desde que o faça no cumprimento de seu dever de ofício. Considera-se funcionário público quem, embora transitoriamente e sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública, ainda que em entidade paraestatal, empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da administração pública¹⁰⁸.

E a presença de qualquer dessas três excludentes de ilicitude, por arredar a antijuridicidade da conduta do herdeiro ou legatário que tenha difamado ou injuriado o autor da herança, seu cônjuge ou companheiro, afasta, em consequência, a possibilidade de se excluir ele da sucessão.

Não afasta, porém, a mera retratação levada a efeito pelo difamante ou

¹⁰⁷ CP – Art. 142.

¹⁰⁸ CP – Art. 327.

injuriador, ainda que antes da sentença criminal, em razão de ela ser mera causa de extinção de punibilidade, sem qualquer reflexo jurídico na ilicitude da ofensa proferida¹⁰⁹.

Vetusta doutrina já entendeu que os crimes contra honra, além da calúnia, difamação e injúria, também compreendem, por exemplo, o adultério, a violência carnal, o rapto e o lenocínio. Na linha dessa doutrina estão Clóvis Beviláqua (1977, p. 782) e Carlos Maximiliano (1952, p. 102). A doutrina mais recente, ao contrário, delimita o campo de exclusão àqueles três delitos. Nesse sentido estão Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2012, p. 129), Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 161), Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007, p. 184), Carlos Roberto Gonçalves (2012b, p. 117). E neste dissenso deve-se optar pela doutrina atual, uma vez que o vigente CC (BRASIL, 2012), assim como já o fazia o revogado, faz referência a crimes contra a honra¹¹⁰, rubrica técnica que engloba tão-só aqueles três primeiros delitos.

A terceira causa comum que leva à exclusão da sucessão ocorre na hipótese de o herdeiro ou legatário, por violência ou fraude, inibir ou obstar o autor da herança de livremente dispor de seus bens por ato de última vontade, o que se dá por meio de testamento, qualquer que seja a forma escolhida, ou codicilo.

Aqui, a lei defende o direito à liberdade de testar. Por tal razão ela pune, com exclusão da herança ou legado, aquele que, por violência ou dolo, coação ou artifício, atenta contra essa liberdade ao impedir a redação do testamento, ao conseguir a alteração do que já se achava redigido, abusando da confiança do *de cuius*, iludindo-o e fazendo-o, maliciosamente, crer em fatos que não são reais, bem como ao esconder o ato de disposição, cuja realização não pode impedir (1977, p. 783).

Na lição de Carvalho Santos (1981a, p. 219), toda violência à vontade de uma pessoa é sempre uma grande ofensa. Gravíssima entre todas elas é, entretanto, aquela

¹⁰⁹ CP – Art. 143.

¹¹⁰ CC – Art. 1.814, inc. II.

dirigida contra a sua última vontade, que sempre foi tida como sagrada por todos os povos e digna da maior tutela e respeito. Daí é que a declaração de indignidade ou deserdação contra o autor de tal violência constitui a valiosíssima garantia de que os sucessíveis não atentem contra a liberdade do último desejo da pessoa a cuja sucessão são chamados. Há de ressaltar que seria ilógico o herdeiro, autor de tal violência, suceder em virtude de uma presumida vontade do *de cuius*, por ele mesmo violentada.

Washington de Barros Monteiro (2003c, p. 66) colhe da doutrina alguns casos em que o herdeiro ou legatário pelo motivo em estudo é afastado da herança ou legado. São eles: o herdeiro constrange o *de cuius* a testar; ou então impede-o de revogar o testamento anterior; suprime-lhe testamento cerrado ou particular; urde ou elabora um testamento falso; pretende cientemente fazer uso de testamento contrafeito. Pode-se, ainda, acrescentar a esse rol: o herdeiro oculta ou altera o testamento; embaraça o cumprimento das derradeiras disposições do testador; emprega força ou ameaça para obter a disposição de bens em favor de terceira pessoa.

A título de exemplo de perdimento de herança ou legado, Itabaiana de Oliveira (1952, p. 147), com citação de Borges Carneiro, aponta, por sua vez, hipótese em que o herdeiro ou legatário, para prejudicar outro instituído, oculta o testamento, que, entretanto, aparece posteriormente.

A violência de que fala o texto legal pode ser física ou moral, já que desta e daquela formas de coação surgem os mesmos efeitos de limitação ou supressão da vontade do autor da herança.

Ainda, suposto a coação e a fraude, por viciarem a vontade, determinem, por si sós, a anulação do testamento, o herdeiro e legatário que as praticarem devem, por delas terem-se utilizado, ser excluídos da sucessão, já que, se assim não no fosse, em tese, poderiam eles estar contemplados em anterior e válido testamento ou, mesmo,

suceder o coato e o fraudado em sucessão legítima¹¹¹.

A violência ou meios fraudulentos, bem como a inibição ou óbice de que fala o texto legal utilizados pelo herdeiro ou legatário podem ser provados por todos os meios de prova admitidos, desde que sejam eles idôneos para demonstrar a certeza de sua existência. Agora, há de se observar que é impossível provar tão-somente por testemunhas o conteúdo de testamento que eventualmente o herdeiro ou legatário tenham ocultado para beneficiar-se, já que esses negócios jurídicos, como substância dos atos de última vontade, apenas admitem a forma escrita não só *ad probationem*, mas também *ad solemnitatem*.

Três observações finais impõem-se. Primeira, se, não obstante a conduta do herdeiro ou legatário, o hereditando consegue que sua vontade prevaleça, não há se falar em exclusão da sucessão. Segunda, o escopo da conduta vedada deve ser a ambição do sucessível, pelo que a hipótese de ocultação de testamento em que ele teria mais direito não implica o seu afastamento da sucessão. Finalmente, a conduta em tela há de estar eivada de violência, fraude ou atos que inibam a livre disposição do bens ou a ela obstem, em razão do que a mera ternura, carícias e blandícias não geram a exclusão. Quanto a essa última observação, ressalte-se que usar meios honestos e leais para fazer de terceiro nosso afeiçoado é nobre ação reveladora de louvável altruísmo. Mesmo os intuitos interessados não maculam de dolo esses meios, quando são corretos. (BEVILÁQUA, 2000, p. 244). A má-fé, a fraude, a violência, eis os vícios que se escondem na penumbra para não obstar à legitimação para suceder, pelo que devem ser causa da exclusão de seu agente da herança.

¹¹¹ Acerca da matéria, já se ensinou que, sendo o *de cuius* tolhido por força, medo ou engano de instituir certo herdeiro no testamento ou de deixar a alguém um legado, e bem assim no caso de ser violentado a fazer alguém seu herdeiro ou legatário, a instituição e o legado caem não por efeito da indignidade, mas da nulidade em que labora o testamento: o forçador ou enganador está sujeito a penas, entre as da indignidade, se herdeiro, mas efeitos jurídicos que aqui prevalecem são os da nulidade do testamento [...]. Mas, não tendo alguns dos herdeiros tomado parte na violência, valerá a respeito deles o testamento? Pela afirmativa está Lobão, ainda amparado por Furgole (ALMEIDA, 1915, p. 80).

6.3 Causas exclusivas da indignidade

Aqui há de se ressaltar que, conquanto seja comum a ambos os institutos em estudo a possibilidade de excluir herdeiro que, por violência ou meios fraudulentos, inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade¹¹², é veraz que tal hipótese apenas será aplicável à deserdação se o ato violento ou o meio fraudulento ocorrer ainda enquanto em vida o autor da herança, já que só assim poderá ele de seu testamento fazer constar a causa deserdativa.

Daí é que, *a contrario sensu*, se há de ter como causa exclusiva da indignidade a hipótese em que o herdeiro, de qualquer modo, obste à execução de testamento. Deve-se, portanto, ter por indigno aquele que, depois de aberta a sucessão, vicia ou dilacera o testamento de forma que não se pode validamente tê-lo como ato de última vontade do *de cuius*, bem como o esconde ou manda escondê-lo, com ou sem intuito de lucro para si ou para outrem. O relevante aqui é o fato de, após a morte do autor da herança, se inibir a livre disposição de seus bens por ato de última vontade ou criar-lhe obstáculos.

Nesse sentido, Silvio Rodrigues, em elucidativa lição, resume longo acórdão do Tribunal do antigo Estado da Guanabara, publicado na vetusta RT 126/692, que trata de um casal sem filhos, cuja mulher fizera testamento cerrado que guardara em cofre-forte de estabelecimento de crédito ao qual apenas o marido tinha acesso. Falecida ela, ocorreu o desaparecimento do testamento. Entendeu-se provado que o marido ocultara, ou destruía, o ato de última vontade da mulher com o objetivo de obstar à sua execução, pelo que se julgou procedente o pedido de ação movida por colateral consistente na exclusão, por indignidade, do cônjuge sobrevivente. (RODRIGUES, 2002a, p. 70).

¹¹² E essa causa é comum em razão da combinação do art. 1.814, inc. III com o art. 1.961, ambos do CC. Neste determina-se que os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão, enquanto naquele fala-se da exclusão em razão da prática de atos violentos ou fraudulentos que inibem ou obstem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por testamento.

Não obstante a espécie retrate causa que está capitulada dentre aquelas que ensejam a indignidade, pelo que, como antes asseverado, pode, igualmente, acarretar a deserdação, por ter ela ocorrido após a morte do hereditando, em razão do que não houve em testamento cláusula expressa de exclusão da sucessão, necessariamente será ela tão-somente causa de indignidade.

Ainda, de similar maneira, é também causa exclusiva de indignidade, e apenas de indignidade, a calúnia irrogada contra o hereditando quando morto ele já estiver. Tal como se dá no ato impeditivo ou obstativo de livre disposição em testamento pelo autor da herança de seus bens, se a calúnia contra ele não for perpetrada em ocasião que ainda lhe seja possível testar da declaração de sua última vontade não constará a cláusula de deserdação, pelo que os legitimados, para afastar da sucessão o caluniador, apenas poderão socorrer-se do instituto da indignidade.

A terceira causa exclusiva de indignidade é o homicídio doloso do autor da herança, cuja consumação se tenha dado instantaneamente. Mais uma vez, a exclusividade dessa causa se dá em razão de o hereditando, dada a fugaz consumação do crime contra ele perpetrado, não ter oportunidade de exprimir em testamento a deserdação por ele desejada. De fato. Sendo o homicídio doloso, causa comum à indignidade e deserdação, por não ser possível a ocorrência dessa modalidade de exclusão em face da ausência de cláusula expressa de afastamento, sobra tão-somente a hipótese de indignidade.

6.4 Causas exclusivas da deserdação

Acerca destas causas particulares que geram a deserdação, algumas são comuns à deserdação dos descendentes por seus ascendentes e destes por aqueles; outras são próprias apenas da privação da herança dos descendentes por seus ascendentes; e, finalmente, mais algumas que se referem tão-somente ao afastamento dos ascendentes por seus descendentes. Àquele primeiro grupo pertencem os motivos relativos à ofensa

física e à injúria grave¹¹³; ao segundo os que dizem respeito às relações ilícitas do sucessível com a madrasta ou padrasto e ao desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade¹¹⁴; ao último, aqueles motivos que se referem às relações ilícitas do herdeiro com a mulher ou companheira do filho ou do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta, e ao desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade¹¹⁵.

Consigne-se, desde logo, que a deserdação, relativamente ao grau da descendência ou ascendência, não encontra limites, podendo alcançar, naquela, os filhos, netos, bisnetos, trinotos e, nesta, os pais, avós, bisavós, trisavós. Não se olvide, contudo, que a deserdação de um parente em grau mais distante se justifica somente se o deserddado for herdeiro, o que significa dizer ter havido a premoriência do parente de grau intermediário, já que, não sendo esse medial pré-morto, será ele o herdeiro, pelo que, no caso, descabe conjecturar a privação da herança daquele mais distante.

Dentre as causas comuns à exerdção dos descendentes e àquela dos ascendentes, tem-se a ofensa física, que, no campo penal, abrange tanto a contravenção de vias de fato quanto o crime de lesão corporal¹¹⁶. Já se ensinou, pois, que não importa a intensidade da lesão, como também desnecessária é a existência de ferimento. (DIAS, 2011, p. 322). Ainda, a lei civil aqui não diferencia a ofensa leve da grave. Pouco importa, pois, seja essa ou aquela. A ofensa física, ainda que leve, caracteriza um ato de bruteza. É a demonstração de desamor e de desrespeito, apta a autorizar a deserdação. (NONATO, 1957, p. 152). Ainda, a ofensa física, por leve que seja, denota, da parte do descendente, absoluto desrespeito ao ascendente, ausência de sentimento de veneração devido, a que a própria natureza colocou em posição de guiá-lo na vida, desprezo da autoridade moral e solidariedade da família. Esse descendente é um réprobo. (BEVILÁQUA, 1977, p. 956). Autorizada, em consequência, está a sua deserdação.

¹¹³ CC – Art. 1.962, incs. I e II, bem como art. 1.963, incs. I e II.

¹¹⁴ CC – Art. 1.962, incs. III e IV.

¹¹⁵ CC – Art. 1.963, incs. III e IV.

¹¹⁶ CP – Art. 129 e LCP – Art. 21.

É indispensável, contudo, a efetiva violência física, já que, para justificar a perda da legítima, não é suficiente a mera ameaça de agredir. Da mera intimidação, embora não constitua ela a ofensa de que se fala, pode, entretanto, surgir injúria grave, que igualmente é causa de deserdação.

A conduta do sucessível ao ofender o seu ascendente, a exemplo do que se dá com o homicídio, deve ser dolosa. (HIRONAKA; PEREIRA, 2007, p. 376).

Observe-se, ainda, que essa causa de deserdação se fará presente apenas na hipótese de a vítima ser o autor da herança. Aqui, a legislação não protege aquelas outras pessoas ao hereditando mais intimamente ligadas, elencadas, por exemplo, na capitulação do homicídio como motivo de indignidade e deserdação.

Por outro lado, igualmente deserddado pelo descendente está o seu ascendente que contra si perpetrrou ofensa física, ainda que sem gravidade. A espécie retrata aquela mesma privação da herança em que o filho ofende o seu genitor. *Non plus ultra*, portanto, o que já foi dito.

Ressalte-se, entretanto, que se deverá encarar com menor rigor a ofensa física praticada pelo ascendente contra o descendente, principalmente se ele for menor de pouca idade, uma vez que ela pode não passar de mero castigo físico, derivada da função educativa. Não há, em consequência, de se ter a ofensa, infligida nessa condição, como inserta na causa de exclusão em estudo. Dessa assertiva não se pode, contudo, concluir que o poder familiar seja efetivamente uma *auctoritas*. Ele é, na verdade, um múnus que deve ser exercido, não no interesse de seu titular, mas em proveito do infante.

Uma segunda causa comum à exclusão por deserdação dos descendentes e ascendentes é a injúria grave. A injúria pode ser verbal ou real. Aquela consiste na ofensa verbal à dignidade e ao decoro do hereditante, enquanto esta deriva de um comportamento reprovável do sucessível em face do autor da herança, que lhe diminui a honra e a dignidade ou, mesmo, põe em perigo o seu patrimônio. Por dignidade,

deve-se entender a respeitabilidade, o amor próprio. E por decoro, a correção moral, a compostura.

Trata-se de uma *clausula generalis*. Adaptando à indignidade e deserdação a lição de Orlando Gomes acerca da matéria por ele ministrada na oportunidade em que discorre sobre as causas da dissolução da sociedade conjugal¹¹⁷, para que a injúria grave autorize a exclusão, deve-se ter, na apreciação da falta, o meio social da família e o grau de educação dos envolvidos. A gravidade da injúria e a própria configuração do fato injurioso devem, pois, ser estabelecidos em cada caso, com critério de relatividade (GOMES, 1968, p. 198), pelo que dependem da opinião, hábitos, valores e crenças sociais da pessoa atingida, variando conforme as circunstâncias, em razão do que se deve deixar ao prudente arbítrio judicial decidir se o fato constitui ou não injúria grave, intolerável e propositada que justifique a deserdação do ofensor. (LEITE 2003, p. 640).

Em qualquer caso, contudo, a injúria deve ser grave. E não podem ser considerados graves os meros impropérios proferidos pelo sucessível contra o hereditando em momento de alteração de ânimo.

Observe que na espécie a conduta do sucessível não há de ser típica de modo a configurar o crime de injúria. Se assim o for, no entanto, ter-se-á a causa comum de exclusão da herança tanto por indignidade quanto por deserdação, da qual anteriormente se falou. Aqui, basta qualquer insulto, desde que atinja seriamente o autor da herança. Na verdade, em ambas as hipóteses exige-se a imputação genérica de fato ofensivo à honra objetiva. Diferenciam-se o crime de injúria da mera injúria grave em que ora se estuda a presença naquele do elemento subjetivo do injusto, antigamente chamado de dolo específico, que consiste na vontade específica de magoar e ferir a autoimagem de outrem. (NUCCI, 2011, p. 694). No crime de injúria, é indispensável a presença do *animus injuriandi*. Já na injúria grave, causa exclusiva de afastamento da

¹¹⁷ Segundo o art. 317 do CC de 1916, na redação anterior à Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), o desquite fundava-se nas seguintes causas: adultério, tentativa de morte, sevícia, injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos contínuos.

herança pela deserdação, por ser atípica, não há na ofensa esse dolo.

Colhidos nos tribunais, consideram-se fatos considerados injuriosos idôneos ao reconhecimento da deserdação a animosidade sistemática, a conduta escandalosa, a embriaguez habitual, a pederastia, a recusa do débito conjugal, a exigência de relações sexuais contra a natureza, o deliberado propósito de prejudicar. (GOMES, 1968, p. 199). Pode-se, ainda, invocar outros tantos que coloquem o hereditando numa situação de vergonha ou humilhação, tal como se dá no relacionamento adúlterino do cônjuge do autor da herança que tenha sido tornado público.

Washington de Barros Monteiro (2003c, p. 243), por sua vez, busca na jurisprudência situações que não ensejam a deserdação: o pedido de interdição do testador, formulado pelo herdeiro; o uso regular de ação, embora haja excesso pelo seu autor, o que magoa o hereditando, ao articular os fatos qualificativos de infrutífero pedido; a insurreição do sucessível contra doação efetuada pelo testador; o fato de herdeiro ser provento, cego e portador de alienação mental; o pleito de destituição do testador do cargo de inventariante.

Ressalte-se que, tal como ocorre com a ofensa física, a injúria grave implica deserdação apenas se a sua vítima for o autor da herança. Na espécie, sendo a vítima qualquer outra pessoa que não esse autor, não há de se falar em exclusão da herança.

Das causas capazes de gerar a deserdação exclusiva dos descendentes, têm-se as relações ilícitas mantidas pelo herdeiro com a sua madrasta ou padrasto. O motivo subjacente dessa exclusão sucessória está no desrespeito do sucessível, na sua verdadeira falta de pudor, na sua sórdida traição à confiança doméstica, o que cria no seio da família um ambiente nocivo à paz familiar.

A expressão relações ilícitas deve englobar não só a cópula carnal, como também todo e qualquer comportamento lascivo, pelo que aí estão incluídos quaisquer relacionamentos amorosos, libidinagem, concupisciência e luxúria. Ainda mais, essa expressão abrange também o envolvimento homossexual.

Deve-se anotar, por outro lado, que o novo CC (BRASIL, 2002), tal como fazia o revogado, não inclui nessa causa de exclusão sucessória as relações ilícitas do sucessível com o companheiro do ascendente, o que destoava do tratamento dado à hipótese de deserdação do ascendente pelo descendente, na qual se previu o afastamento da herança do herdeiro que mantenha relações ilícitas não só com o cônjuge do filho ou do neto, mas também com o companheiro deles. Washington de Barros Monteiro (2003c, p. 242), neste particular, leciona que, por ser a deserdação uma pena, a espécie não comporta interpretação extensiva, pelo que não há se falar em exclusão no caso de as relações se darem com o companheiro do descendente. Em sentido oposto tem-se a posição de Zeno Veloso (2003, p. 334), para quem o filho que mantém relações ilícitas com a companheira do pai pode ser deserdado, sem que se esteja recorrendo à analogia, mas fazendo uma mera interpretação compreensiva, teleológica do sistema. De igual entendimento compartilha Carlos Roberto Gonçalves (2012b, p. 407).

Há de se ter por desnecessária essa preocupação relativa ao envolvimento do filho com o companheiro do ascendente, já que, independentemente de esse enlace ser ou não tipificado como relações ilícitas, ele constitui, por si só, injúria grave perpetrada contra o hereditando, o que impõe o afastamento do sucessível da herança do *de cuius*.

Não se deve, por outro lado, esquecer de que eventual rompimento do relacionamento do ascendente e seu cônjuge ou companheiro é irrelevante para a exclusão do herdeiro que no futuro venha envolver-se com esse cônjuge ou companheiro, uma vez que, na linha reta, que é o caso em estudo, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável¹¹⁸.

A última causa exclusiva de deserdação do descendente é o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. Os desassisados e os gravemente doentes, por impotentes de enfrentar as vicissitudes da vida, têm de

¹¹⁸ CC – Art. 1.592, § 2º.

recorrer à sua descendência. E ela não pode virar-lhes as costas. Cabe-lhe, inclusive juridicamente, ampará-los, prover-lhes a subsistência, proporcionando-lhes os recursos necessários¹¹⁹. E esses recursos abrangem a assistência material, bem como a espiritual ou moral. Por óbvio, fala-se, na espécie, em exerdção apenas se o descendente, tendo condições, não der a necessária provisão.

Ainda, sabe-se que a deserdação exige seja ela determinada em testamento. E para testar, nas palavras de Orosimbo Nonato (1957, p. 390), invocando Labeão (Digesto, liv. 28, tít. 1º, fr. 2), a sanidade de espírito exige-se ao testador. Então é nulo o testamento feito por quem não estiver, na oportunidade em que o fez, em pleno gozo de suas faculdades mentais. Ressalte-se que o ordenamento jurídico pátrio desconsidera os chamados intervalos lúcidos, já que a incapacidade mental é considerada de forma permanente e contínua.

E, na lição de Carvalho Santos (1981a, p. 381), se o testador, ao tempo da feitura do testamento, estava interditado judicialmente, a prova de sua incapacidade está no ato de interdição. E mediante prova da interdição não se pode fazer cumprir o testamento, que é nulo. Mas, embora o testador não esteja interditado, se a vontade que determinou o testamento não estiver hígida, o testamento há de ser tão nulo quanto aquele de quem estava interditado. A prova, porém, do vício da vontade incumbe ao interessado na declaração de nulidade do testamento.

E, se a deserdação exige a sua declaração em testamento e a lavratura deste requer discernimento mental, deve-se ter que o desamparado pelo descendente em alienação mental somente estará apto a ordenar a exclusão daquele que o desamparou se recobrar o siso e a hígidez mental, pois, caso não haja esse recobrimento, o seu ato de última vontade invariavelmente é nulo.

Zeno Veloso (2003, p. 335), em boa hora, defende que, não podendo o ascendente testar, porque não recuperou o juízo, a conduta iníqua e torpe de seu descendente, que o desassistiu e abandonou à própria sorte durante a alienação mental,

¹¹⁹ CP – Art. 244.

devia, *de lege ferenda*, ser incluída entre as causas de indignidade, que não exige para tanto declaração em testamento válido.

Por outro lado, há duas causas exclusivas de deserdação do ascendente pelo descendente. A primeira delas são as relações ilícitas mantidas por aquele com a mulher ou companheira do filho ou do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta. A segunda é o desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Há de se entender desnecessário discorrer mais demoradamente sobre essas causas, já que elas diferenciam daquelas exclusivas de deserdação do descendente pelo ascendente em apenas um ponto. No mais, os apontamentos e argumentos antes apresentados são idôneos para explicar essas duas causas de exerdção de ascendentes.

E esse ponto de divergência está na primeira dessas duas causas. Na causa de exclusão do descendente, prevê-se o afastamento apenas se ele mantiver relações ilícitas com a madrasta ou padrasto, o que significa dizer com o cônjuge de seu ascendente. Aqui, nas causas de deserdação do ascendente, além das relações com o cônjuge, o seu envolvimento com o companheiro do filho ou neto também autoriza a sua exclusão.

Como asseverado anteriormente, essa previsão de exclusão daquele que com o companheiro do descendente mantém relações ilícitas é, no entanto, de todo dispensável porque esse envolvimento, por si mesmo, configura injúria grave, que é uma das causas comuns de deserdação de descendentes e ascendentes.

7 A INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO EM FACE DE ALGUNS INSTITUTOS PENAIIS

Por primeiro, consigne-se que existem algumas particularidades do Direito Penal, em especial as excludentes de ilicitude, também denominadas justificativas, que impõem a seu respeito algumas observações, já que essa legislação pontifica inexistir crime quando o agente acobertado por elas pratica o fato delituoso, o que implica a sua ressonância no reconhecimento ou não da indignidade e deserdação. São elas o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito.

Quanto ao estado de necessidade, segundo o artigo 24 do CP (BRASIL, 1940), considera-se em tal estado quem pratica o fato para salvar-se de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Desse conceito legal, pode-se extrair que quatro são as condições cumulativamente indispensáveis para se configurar a excludente em estudo, a saber: existência de perigo atual para um interesse juridicamente protegido; não ter esse perigo sido provocado voluntariamente por quem invoca a justificativa; inevitabilidade do perigo; e proporcionalidade entre a conduta do agente, ao salvar o direito, e a natureza do perigo que se lhe deparava. (GARCIA, 1982, p. 323).

De tais condições, pode-se ter que o estado de necessidade diz respeito ao um conflito de interesses legítimos de titularidade diversa que implica o lícito perecimento de um deles para que o outro possa manter-se incólume. É a permissão estatal para que se sacrifique interesse alheio para salvar interesse próprio ou de terceiro diante de um perigo atual não provocado pela vontade do salvador ou, mesmo, que não podia ele evitar. O fato de o sacrifício ser de interesse próprio ou de terceiro determina a classificação do estado de necessidade como próprio ou de terceiro. Ainda, se o bem ofendido for de estranho à relação jurídica estabelecida, tem-se o estado de necessidade de agressivo, enquanto, se ele for de quem contribuiu para a formação do

perigo atual, será ele estado de necessidade defensivo. Tais classificações são, contudo, irrelevantes para este estudo.

E, se há essa permissão estatal para que assim aja aquele que, em tais circunstâncias, sacrificou interesse próprio ou alheio, não há de se falar em punição. Di-lo o artigo 23, *caput* do CP (BRASIL, 1940), que dispõe não haver crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade.

Assim, dada a inexistência de crime, *rectius*, de homicídio para o que interessa ao presente estudo, deve-se entender que, na hipótese, não há a incidência da exclusão da sucessão. Afinal, a espécie exige que o herdeiro ou legatário tenha sido autor, coautor ou partícipe de crime de homicídio doloso, tentado ou consumado.

Não se olvide que a excludente de ilicitude em tela, para ser reconhecida, pressupõe a inexistência de dever legal de enfrentar o perigo, já que não pode alegar estado de perigo quem tem esse dever¹²⁰. Daí é que, se o perigo é característica da atividade a que o agente está obrigado, a excludente não pode ser reconhecida. Tal ocorre, por exemplo, com o miliciano, que, ao deixar de enfrentar meliantes por estarem eles armados, concorre voluntariamente para a morte de terceira pessoa. Não pode ele alegar a justificativa para livrar-se de sua responsabilidade penal por tal morte. Conquanto não se possa alegar a excludente, a pena pode ser reduzida.¹²¹

Por não ser reconhecida a justificativa, a conduta do agente que tem o dever legal de enfrentar o perigo há de ser vista como delituosa, pelo que é ela idônea para dar azo ao eventual reconhecimento da exclusão da sucessão daquele que a perpetrou.

Note-se, ainda, que essa vedação de se alegar estado de perigo se restringe àquele que tem dever legal, pelo que não alcança o dever meramente contratual ou moral.

A segunda excludente de ilicitude é a legítima defesa. Sua previsão legal está no

¹²⁰ CP – Art. 24, § 1º.

¹²¹ CP – Art. 24, § 2º.

artigo 25 do CP (BRASIL, 1940), segundo o qual está acobertado por essa justificativa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Aqui, ao contrário do estado de necessidade, em que dois interesses lícitos se contrapõem, apenas um dos interesses em litígio, que se põe de encontro a uma agressão injusta, é jurídico. Aquele que age em legítima defesa age sob o império de urgente necessidade, bem como o faz à maneira daquele que se encontra em estado de necessidade.

Quatro também são os seus pressupostos, *rectius*, reação a agressão injusta, atual ou iminente; defesa de direito próprio ou de terceiro; moderação no emprego dos meios necessários; e conhecimento da agressão e da necessidade de defesa. Não é necessário que a agressão, desde que injusta e atual ou iminente, constitua, em si mesma, um ilícito penal. Ainda, ela pode ser praticada por meio de ação ou omissão. Se omissiva for a conduta do agressor, ele deve ter o dever legal de agir¹²². A reação há de ser imediata à agressão ou tentativa dela, já que, se não no for, descaracterizada está a excludente.

A exemplo do que se dá com o estado de necessidade, o reconhecimento da justificativa em estudo, com o que se pode dizer que na espécie não houve crime, *scilicet*, homicídio no que ao presente trabalho interessa, indica que na hipótese não há a exclusão da sucessão. Isso porque o afastamento da herança ocorre se o herdeiro ou legatário tiver sido autor, coautor ou partícipe de crime de homicídio doloso, tentado ou consumado.

Também não se terá a exclusão da sucessão se a conduta do herdeiro ou legatário estiver acobertada pelas excludentes do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular do direito, uma vez que, diante delas, tais como aquelas anteriormente estudadas, não há crime.

De fato. Aquele que cumpre um dever legal, dentro dos seus limites, não pode,

¹²² Damásio de Jesus (2012, p. 428) exemplifica a hipótese: comete agressão o carcereiro que, diante do alvará de soltura, por vingança, se nega a libertar o recluso.

ao lado do cumprimento da lei, estar cometendo um ilícito penal, já que tal seria um verdadeiro paradoxo. E a lei não apresenta contradições. Ainda, o reconhecimento desta excludente impõe que o dever cumprido seja determinado por lei, pelo que excluídos estão os deveres moral, religioso ou social. O que cumpre o dever legal há de ser agente público ou, pelo menos, investido de função pública, que é o que ocorre com perito, mesário eleitoral, jurado.

Igualmente não há crime se o agente praticar o fato no exercício regular de um direito, que pode ser penal ou extrapenal. Daí é que não se pode ver como delituosas as eventuais consequências derivadas de prática esportiva como boxe e luta livre, desde que seus praticantes não ultrapassem os limites de suas regras. Ainda, têm-se como exercício regular de direito as intervenções médicas e cirúrgicas, se autorizadas pelo paciente ou seu representante legal. Se não o forem, poderá ter-se a justificativa estado de necessidade em favor de terceiro.

Não se deve esquecer de que, mesmo presentes de início essas justificativas, se pode ter eventual excesso quando praticadas. E esse excesso pode ser doloso ou culposo. Será doloso se o agente, conquanto de início se tenha mantido dentro dos limites da excludente, a eles extrapola ao buscar um resultado antijurídico desnecessário ou mesmo não autorizado pela lei. Por outro lado, será culposo o excesso se o agente, embora agindo dentro da excludente no início, a extrapola por imprudência, negligência ou imperícia.

Com relação à exclusão do herdeiro ou legatário da sucessão, aquele excesso doloso acarreta o afastamento da justificativa inicialmente reconhecida, pelo que pode ensejar o reconhecimento da indignidade e deserdação, o que, contudo, não se dá com o excesso culposo, já que a mera culpa não tem o condão de afastar a legitimação para se recolher a herança.

Ainda, paralelamente às excludentes de antijuridicidade, há as causas excludentes de culpabilidade que são: inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inimputabilidade por menoridade

penal, que verdadeiramente se enquadraria no desenvolvimento mental incompleto, inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, erro de proibição, coação moral irresistível e obediência hierárquica.

Impõe-se seja cada uma dessas excludentes estudadas a fim de aferir se, presente uma delas, a prática do homicídio doloso ensejará ou não o afastamento do herdeiro ou legatário da herança ou legado.

Quanto às excludentes de culpabilidade em razão da inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inimputabilidade por menoridade penal, inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, somente aquelas em que o agente esteja, de fato, privado totalmente de discernimento podem afastar a perda do direito de recolher a herança ou legado. Isso porque essa perda há de derivar, pois, da voluntariedade da prática do ato molesto, do desamor, da ingratidão, do ato que rompe, violenta, astuta e contumeliosamente, pela força, pela malícia ou pelo vilipêndio, os laços de respeito e solidariedade, que devem prender o herdeiro ao hereditando.

E quem esteja por completo privado de discernimento não tem essa voluntariedade, pelo que não pode estar sujeito à privação da herança ou legado, mesmo retirando a vida do autor da herança, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, ou contra eles praticando os atos outros capitulados na lei capazes de possibilitar a declaração de indignidade e deserdação.

Daí é que o homicídio doloso ou esses atos outros não têm o condão de ser causa de indignidade e deserdação, se perpetrados por quem apresenta doença mental ou desenvolvimento mental retardado, bem com esteja ele sob os efeitos de embriaguez completa derivada de caso fortuito ou força maior. Ao contrário, deve ser havido por indigno e deserdado aquele que, ao tempo da prática do homicídio ou daqueles atos, possuía, ainda que parcialmente, capacidade de entender o caráter de sua conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Agora a embriaguez voluntária e a preordenada, mesmo que completas, não podem isentar o

ébrio das consequências civis de seus atos, dando-lhe o direito de recolher a herança ou legado. Afinal, na embriaguez voluntária embriagou-se por iniciativa própria ou, na preordenada, fê-lo justamente para praticar o ato de desamor.

Suposto o menor de dezoito anos, seja penalmente inimputável¹²³, não resta dúvida de que ele, em princípio, possui discernimento para os atos da vida civil. A fixação da idade para a imputabilidade penal e, mesmo, para a capacidade civil é mera questão de política legislativa. Lá se optou pelo critério biológico e aqui, pelo do discernimento. Tanto assim o é que, quanto ao aspecto civil, na capacidade de testar, a idade cai para dezesseis anos¹²⁴ ou, com o casamento, agora independentemente de idade, o menor passa a ser civilmente capaz¹²⁵ (mais uma vez tem-se uma política legislativa). E, tendo aquele discernimento, a prática por ele de homicídio ou qualquer outro dos atos de que se falou há de ser causa suficiente a possibilitar o seu reconhecimento como indigno ou a sua deserdação.

O erro de proibição, por sua vez, é aquele que incide sobre a ilicitude do fato. O agente, em razão do erro, imagina ser lícito o fato por ele perpetrado. Esse erro diz respeito, indiferentemente, à lei penal ou extrapenal. Ele pode ocorrer nas hipóteses de o agente (1) saber o que faz, sem conhecer a normal jurídica que proíbe a sua prática ou, conhecendo-a, interpreta-a erroneamente, (2) supor incorretamente a existência de uma causa excludente de ilicitude não reconhecida juridicamente ou (3) imaginar, também de forma equivocada, a existência uma causa de ilicitude. (JESUS, 2012, p. 533). Ainda, classifica-se ele em erro evitável ou inescusável e em erro inevitável ou escusável.

Pouco importam, entretanto, aquelas hipóteses de sua ocorrência ou essa sua classificação. Isso porque, não obstante, no campo penal, haja a impossibilidade de o agente conhecer a ilicitude penal da sua conduta, não se pode descartar, na seara civil,

¹²³ ECA – Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Logo, o homicídio é ato infracional, pelo que, se praticado por menor, presente se terá uma das causas de exclusão da herança. Nesse sentido: Venosa (2003, p. 82).

¹²⁴ CC – Art. 1.860, par. único.

¹²⁵ CC – Art. 5º, par. único, inc. II.

o seu conhecimento acerca do caráter ignominioso da sua conduta, que é o que o faz perder a legitimação para o recolhimento da herança ou recebimento do legado.

Por outro lado, o homicídio e os demais atos de que se tem falado, não obstante elencados na lei como causa de exclusão da sucessão, não devem, se praticados sob coação moral irresistível, ser havidos como idôneos para o fim a que se destinam. Veja que coação é toda e qualquer ameaça exercida sobre alguém para que, contra a sua vontade, faça ou deixe de fazer alguma coisa. A coação pode ser física (*vis absoluta*) ou moral (*vis compulsiva*). Naquela se tem o emprego da força física, com o que se elimina a vontade do agente, e, nesta, o emprego de grave ameaça, que apenas vicia essa vontade. Daí é que, no campo cível, com a coação física tem-se ato nulo e com a coação moral, ato anulável. No campo penal, com a primeira, por não haver conduta voluntária, do que resulta a inexistência de um dos elementos do fato típico, não se terá crime praticado pelo coato, que foi na hipótese mero instrumento do coator, verdadeiro agente do delito. Com a coação moral, tem-se crime praticado pelo coato, mas não há culpabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa.

Dada essa inexigibilidade de conduta diversa na violência moral, a conduta praticada sob o manto da coação irresistível não pode ensejar do coato a retirada de sua legitimação para o recolhimento da herança ou recebimento do legado. Do coator deve, porém, essa legitimação ser subtraída. Ele, em última instância, é, pois, o autor do ato que dá azo à exclusão por indignidade e deserdação.

A coação deve ser, entretanto, em qualquer caso, irresistível. E por irresistível entenda-se inevitável, insuperável, inelutável, uma força de que o coato não pode subtrair-se, tudo sugerindo situação à qual ele não pode opor-se, recusar-se ou fazer face, mas tão-somente sucumbir ante o decreto do inexorável. É indispensável que a acompanhe um perigo sério e atual de que ao coagido não é possível eximir-se, ou que lhe seja extraordinariamente difícil suportar. Nessa hipótese, não se deve impor ao indivíduo a atitude heróica de cumprir o dever jurídico, qualquer que seja o dano a que se arrisque. (MIRABETE, 1986, p. 204).

No campo penal, a obediência hierárquica é outra dirimente. Se ela é a ordem não manifestamente ilegal não se punirá o subordinado. Na hipótese, punir-se-á tão-só o superior hierárquico. Agora, se a ordem for legal crime algum cometerão aquele e este. A ordem que ora se estuda pressupõe tenha ela sido emanada de autoridade pública para um seu subalterno. A espécie não trata de obediência familiar ou doméstica, bem como daquela derivada de uma relação de emprego.

No exame da legalidade da ordem, deve-se ter em conta a sua forma, a competência da autoridade que a proferiu e a qualidade do seu executor. Também, suposto o subordinado não esteja alçado a julgador dos atos de seus superiores, é veraz que ele pode negar-se a cumprir ordens que não preencham esses requisitos de legalidade.

Ainda, a excludente de culpabilidade apenas se fará presente no cumprimento da ordem, caso o subordinado, ao cumpri-la, não tenha ultrapassado os precisos lindes da obediência devida.

E, se o herdeiro ou legatário agem dentre desses parâmetros, não se deve tê-los como inabilitados para receber a herança ou legado. Sua conduta, embora consista em causa que gera a indignidade e deserção, dada a *necessitas obediendi*, não terá o condão de afastar-lhes a legitimação sucessória. (MAXIMILIANO, 1952, p. 97; LACERDA, 1918, p. 337).

Explicitadas as consequências na exclusão sucessória dos delitos praticados sob o manto das diversas dirimentes, impõe-se discorrer acerca do erro sobre a pessoa.

No *error in persona*, o herdeiro ou legatário, com a pretensão de atingir determinada pessoa, ofende terceira pessoa pensando que se trata daquela que queria atingir. Trata-se, pois, de erro quanto à pessoa, já que a pessoa atingida, por equívoco na avaliação, é diversa daquela originariamente visada. A lei penal determina que nesse caso se considerem as condições ou qualidade da pessoa contra quem se queria

praticar o delito¹²⁶.

Na hipótese, têm-se a vítima real e a pessoa contra quem o herdeiro pretendia agir. Mesmo sendo a vítima real o autor da herança, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, não há se falar em exclusão da herança. Tal se dá porque na espécie não se pretendeu cometer ato algum de desamor, ingratidão contra a vítima real. Não houve por parte do herdeiro a necessária *voluntas occidendi*. Ela entrou no roteiro da história apenas por acaso. E, mesmo sendo a pessoa contra quem se queria praticar o delito uma dessas pessoas protegidas pela lei (isto é, o autor da herança, seu cônjuge etc.), por não tê-la, igualmente não haverá a mencionada exclusão, uma vez que contra ela efetivamente não se praticou nenhum ato de desamor, ingratidão, muito embora fosse essa intenção do herdeiro. Nesse sentido está Carvalho Santos (1981a, p. 214).

Na *aberratio ictus*, também denominada *aberratio delicti*, tem-se o erro na execução. O herdeiro quer atingir o autor da herança, mas acaba por acertar terceira pessoa. Na hipótese, o agente, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa¹²⁷. Então, aqui, houve uma falha na mira.

Há, portanto, na *aberratio ictus*, a vítima real, que é quem realmente é atingido, e a pessoa visada pelo agente. Se agente atinge apenas a vítima real, mesmo que dela seja ele herdeiro ou sucessor, não há se falar em indignidade ou deserdação. Tal se dá porque na conduta do agente não houve qualquer voluntariedade em praticar contra aquele a quem vai suceder qualquer ato de desamor ou ingratidão. E assim sendo, inexistente na espécie causa subjacente que possa motivar a exclusão da sucessão. De igual forma, se da pessoa visada o agente for herdeiro ou legatário, em razão de contra ela nenhum ato ter sido praticado, ainda que incolumidade tenha derivado de acidente ou erro na execução, também não deve ele ser excluído da herança ou legado.

¹²⁶ CP – Art. 20, § 3º. O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

¹²⁷ CP – Art. 73.

Agora, se essa pessoa visada igualmente tiver sido ofendida, sendo ela o autor da herança ou aquelas pessoas cuja integridade as regras da indignidade e deserdação protegem, será caso de o agente, apesar do acidente ou erro, ser afastado da sucessão.

A *aberratio criminis*, que é disciplinada sob a rubrica **resultado diverso do pretendido**, ocorre quando, por acidente ou erro na execução, sobrevém resultado diverso do pretendido¹²⁸. Aqui, também por acidente ou erro na execução, se obtém outro resultado que não aquele almejado. Na *aberratio criminis*, o objetivo é, por exemplo, quebrar uma vidraça, mas, por acidente ou erro na execução, lesionar o autor da herança.

A ausência de causa subjacente para a exclusão por indignidade ou deserdação determina que, na *aberratio criminis*, aquele que, por acidente ou erro na execução de seu propósito, alcança resultado diferente daquele originariamente pretendido, não seja excluído da herança, ainda que o ofendido em razão desse resultado diverso seja o autor da herança ou pessoa protegida pela lei. Deveras. Falta-lhe no ato o necessário desamor, a indispensável ingratidão, reveladores de que ele não é merecedor de suceder sua vítima.

Suposto seja irrelevante para o presente trabalho, já que, no que tange à indignidade e deserdação, não há diversidade de tratamento na ocorrência das figuras *error in persona*, *aberratio criminis* e *aberratio ictus*, elas não se confundem. Por questões de clareza, no entanto, vejamos as diferenças. No *error in persona*, por equívoco na avaliação, supõe-se que a pessoa visada seja uma quando na verdade se trata de outra. O agente **pensa errado**. Na *aberratio criminis*, por acidente ou erro na execução, perpetra-se uma ação diversa da visada. O agente **erra na dose**. Já na *aberratio ictus*, visa-se uma pessoa, mas, por acidente ou erro nos meios de execução, atinge-se outra. O agente **erra o alvo**.

Similar solução deve também ser dada à hipótese em que há crime preterintencional, igualmente denominado preterdoloso. Esse delito é aquele em que

¹²⁸ CP – Art. 74.

da ação do agente deriva um resultado mais grave do que o pretendido. Diz-se que em tal delito há dolo no antecedente e culpa no consequente. Tal ocorre, por exemplo, no crime de lesão corporal seguida de morte, no crime de aborto em que haja a lesão grave ou morte da gestante. A exclusão da sucessão na espécie deve estar ligada ao antecedente, já que era esse o seu intento. Aí reside o seu dolo. No resultado há mera culpa, pelo que irrelevante para o deslinde da questão. E, no caso de lesão corporal seguida de morte, por se considerar apenas o antecedente, em que há crime de lesão corporal, *rectius*, ofensa física, cuja previsão para exclusão está apenas no âmbito da deserdação, a hipótese deve circunscrever-se a essa modalidade de afastamento da herança, o que significa dizer que ela é estranha ao instituto da indignidade.

Sobre a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, a doutrina penal, no estudo da tentativa, ensina que, na análise da materialidade dos atos que convergem para o evento criminoso, se vislumbram, no aspecto objetivo, o início de execução e a não consumação do delito, enquanto, no aspecto subjetivo, quanto ao agente, portanto, o seu propósito de atingir a *meta optata*. Ainda, aprofundando-se naqueles dois elementos objetivos, urge, para que se dê a tentativa, que, uma vez iniciada a execução, a não consumação seja independente da vontade do agente, o que significa dizer que ele quer o resultado, que não se realiza por circunstâncias inteiramente alheias à sua vontade. Mas, ao contrário, se o resultado não foi obtido em razão de o agente ter desistido do *iter criminis*, o que ocorreu por terem cessado os atos por meio dos quais buscava o seu intento criminoso, ter-se-á a desistência voluntária. (GARCIA, 1982, p. 257).

Por outro lado, essa mesma doutrina leciona que o arrependimento eficaz tem lugar na hipótese de o agente, já tendo esgotado todos os atos de execução do crime, pôr-se frutiferamente em nova atividade, cujo objetivo agora é impedir o resultado que normalmente adviria da prática desses atos. Logo, sendo necessário que efetivamente ele impeça a consumação do delito por si perpetrado, não há se falar em arrependimento eficaz se o delito se consumou.

Ambos os institutos exigem seja voluntária a conduta do agente, embora até

possa não ser espontânea.

Tanto na desistência voluntária, quanto no arrependimento eficaz, no campo penal, o agente responde pelos atos já praticados. Na esfera das sucessões, tais institutos obstam à exclusão apenas se o efetivo resultado de seus atos não configurarem qualquer das hipóteses ensejadoras da indignidade e deserdação. Exemplificando, no caso de o agente, embora tenha em mente a morte da vítima, voluntariamente não efetuar novos disparos, mesmo ainda tendo munição, e dos disparos efetuados não sobrevierem lesões ou tentativa de homicídio, não poderá o agente ser excluído. Agora, se dele advierem lesões, poderá ser deserddado com fulcro, *v.g.*, no artigo 1.962, inc. I do CC (BRASIL, 2002), caso o ofensor seja descendente e o ofendido, ascendente.

O arrependimento posterior, por seu turno, é irrelevante para os institutos da indignidade e deserdação. Veja, pois, que ele consiste, se o crime tiver sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, na reparação do dano ou na restituição da coisa, o que, voluntariamente, deve dar-se até o recebimento da denúncia ou queixa¹²⁹.

Daí é que, não obstante aí haja no campo penal uma causa especial de diminuição de pena, em nada o arrependimento posterior altera o resultado da ação delitiva. Logo, se houve a prática de crime que enseja a exclusão, o que pode levar ao afastamento da sucessão, a diminuição da pena criminal é irrelevante para a esfera da sucessão.

Também são irrelevantes para obstar à exclusão a anistia, graça e indulto. A anistia é o esquecimento jurídico do ilícito e tem por objeto fatos definidos como crimes, de regra, políticos, militares ou eleitorais. Não se destina a determinadas pessoas ou grupo de pessoas, já que verdadeiramente a anistia diz respeito a fatos, pelo que atinge uma generalidade de pessoas. A graça tem por escopo determinada pessoa condenada irrecorrivelmente pela prática de crime comum, extinguindo-lhe a punibilidade. E o indulto, também com o objetivo de extinção da punibilidade, visa a

¹²⁹ CP – Art. 16.

grupo de condenados que é delimitado, dentre outros requisitos, pela natureza do crime e quantidade da pena aplicada. Na doutrina, a graça hoje é chamada de indulto individual, e indulto, de indulto coletivo ou simplesmente indulto.

Na lição de Carlos Maximiliano, não se livra da exclusão da sucessão o desamoroso que agiu criminalmente, por ódio político, e foi pela anistia libertado da prisão, como também apenas se livra da prisão o indultado, sem que fiquem expungidos os outros efeitos da condenação, pelo que não está ele isento de indignidade (MAXIMILIANO, 1952, p. 100) e, acrescenta-se, deserdação.

A renúncia e o perdão são institutos penais que aqui merecem atenção. Aquela pode ser expressa ou tácita. A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes expressos¹³⁰. Ressalte-se que esse procurador necessariamente não precisa ser advogado. E a renúncia tácita ao direito de queixa deriva da prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo, excetuado o fato de o ofendido receber indenização do dano causado pelo crime¹³¹. O perdão, por sua vez, é o ato pelo qual, iniciada a ação penal privada, o ofendido ou o seu representante legal desiste de seu prosseguimento. Daí, dizer-se que o perdão obsta ao prosseguimento da ação penal privada¹³².

Qualquer desses institutos não tem o condão de livrar o agente das garras da indignidade e deserdação. Não se olvide, contudo, que aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento ou em outro ato autêntico¹³³. Logo, se a renúncia e o perdão criminais adotarem a forma solene exigida pela lei civil, ao contrário do antes asseverado, anulada estará a causa para exclusão.

Há de se ressaltar que o perdão de que se falou anteriormente não deve ser confundido com o perdão judicial, instituto diverso existente na lei penal, que autoriza

¹³⁰ CPP – Art. 50, *caput*.

¹³¹ CP – Art. 104, par. único.

¹³² CP – Art. 105.

¹³³ CC – Art. 1.818, *caput*.

o juiz deixar de aplicar a pena em razão de determinadas circunstâncias expressamente previstas naquela legislação. Essa espécie de perdão é irrelevante para a indignidade e deserdação.

Igualmente não militam em favor daquele que incorreu nas causas para a exclusão da herança a prescrição, decadência e preempção penais. Prescrição é a perda pelo Estado de seu direito de punir, o que ocorre pelo decurso do prazo. O Estado, em razão de sua inércia, perde a sua pretensão punitiva, se ainda não tiver havido a condenação, ou a sua pretensão executória, se ela já tiver ocorrido. Decadência é a perda do direito de ação do ofendido em face do decurso do tempo; aqui, por primeiro ela atinge o direito de ação para depois, por via oblíqua, incidir sobre o *jus puniendi* do Estado. Preempção é a perda do direito de o querelante, em face de sua inércia, prosseguir na demanda ajuizada; ela ocorre tão-somente em ação penal privada. Esses institutos são causas de extinção da punibilidade¹³⁴.

O argumento no sentido de que a ocorrência desses institutos não beneficia aquele que deu azo à exclusão da herança está no fato de que a condenação criminal não é pressuposto para o afastamento da herança. A responsabilidade civil independe, pois, da criminal, embora não se possa mais questionar sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal¹³⁵.

A *abolitio criminis*, também denominada *novatio legis*, por sua vez, constitui no campo penal fato jurídico extintivo da punibilidade. A lei posterior deixa de considerar crime aquilo que o era pela lei anterior. Diversamente, porém, tem-se a *novatio legis* incriminadora, a *novatio legis in peius* e a *novatio legis in melius*. Por aquela primeira, um fato que antes não era considerado crime passa a sê-lo. A *novatio legis in peius*, sem criar ilícitos penais, cria novas agravantes para o delito já existente. E a *novatio legis in melius*, sem descriminalizar qualquer conduta, cria benefícios.

¹³⁴ CP – Art. 107, inc. IV.

¹³⁵ CC – Art. 935.

A *quaestio vexata* que ora se impõe é, primeiro, definir a aplicação da lei penal nova no campo das sucessões com a sua retroatividade ou não. Esse impasse instalado pela lei penal nova fica ainda mais intrincado em razão de essa lei poder ser ou não mais benéfica. Suposto aparentemente difícil a questão, a sua solução, na verdade, é fácil. Deveras. São inaplicáveis aos institutos da indignidade e decadência as novas regras do direito criminal. As esferas jurídicas são independentes. Cada qual possui uma unidade orgânica própria com suas respectivas normas. Então, tendo o direito das sucessões regras que lhe são particulares, eventual alteração havida na seara penal não tem o condão de, por si só, modificar os institutos civis. Não se esqueça, pois, de que a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão regula não só a ela própria, mas também a legitimação para suceder¹³⁶.

É veraz que a exclusão do herdeiro e legatário da herança ou legado, por vezes, se vale de institutos penais¹³⁷. Em outras, entretanto, assim não no faz¹³⁸. Diante de tal alternância deve-se concluir que não há um servilismo da indignidade e decadência às regras penais.

Logo, *abolitio criminis*, a *novatio legis* incriminadora, a *novatio legis in peius* e a *novatio legis in melius* não possuem qualquer relevância para a exclusão da sucessão.

¹³⁶ CC – Art. 1.787.

¹³⁷ Dizem-no, por exemplo, o art. 1.814, incs. I e II do CC.

¹³⁸ Agora, veja o art. 1.814, inc. III e o art. 1.962, inc. III, ambos do CC.

8 A INDIGNIDADE E A DESERDAÇÃO DIANTE DO NOVO DIREITO DE FAMÍLIA

8.1 Princípios do direito de família

Sem sombra de dúvida, a vigente CF (BRASIL, 1988) e as novéis legislações sobre direito de família fizeram o direito de família evoluir em proporção nunca dantes vista.

No plano constitucional, no que é pertinente ao presente trabalho, fica, desde logo, assegurado que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado¹³⁹.

Daí é que hoje o direito de família não pode ser estudado apenas como mero instituto do direito privado. Verdadeiramente, seu estudo há de ter uma nova dimensão. Deve ele ser examinado pelos modernos e percucientes ângulos que a Constituição, com as suas atuais normas sobre a matéria, proporciona.

Dessa forma, impõe-se um estudo dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família. Isso porque essa nova dimensão que indubitavelmente interfere na compreensão daqueles princípios morais ou mesmo, como alguns doutrinadores preferem¹⁴⁰, de ordem pública, já que para eles à consciência social repugna que uma pessoa a outra suceda depois de contra ela haver cometido grave ato lesivo, cuja prática, por sua vez, determina a retirada da necessária legitimação para a aceitação da herança com a conseqüente exclusão da sucessão por indignidade ou deserdação.

Neste estudo, por primeiro, tem-se o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana¹⁴¹. Por dignidade humana, deve-se entender um atributo imanente ao ser humano para que ele possa exercer a liberdade e os direitos como garantia de uma existência plena e saudável.

¹³⁹ CF – Art. 226, *caput*.

¹⁴⁰ Dentre eles, pode-se citar Washington de Barros Monteiro (2003c, p. 63).

¹⁴¹ CF – Art. 1º, inc. III.

Já se ensinou que a República repousa todos os seus alicerces sobre o compromisso da realização da dignidade humana, que tem como ponto de convergência o ser humano. Para que o indivíduo humano tenha a possibilidade de existir, de se realizar, é indispensável que a ele se assegure a inviolabilidade de sua vida e dignidade sob pena de não haver razão de ser de todos os demais direitos. Daí é que a vigente Constituição (BRASIL, 1988) consagra a vida humana como valor supremo, declarando-a inviolável. (RENON, 2009).

A dignidade humana é, portanto, inerente à pessoa.

Possivelmente a dignidade humana seja uma das poucas características comuns e essenciais presentes nas mais diversas culturas, que, mesmo submetida a circunstâncias externas adversas, preserva a sua essencialidade comum, constituída por sua consciência, seus medos, suas virtudes, seus defeitos e, principalmente, suas necessidades. (BOLDRINI, 2003).

Não se olvide que esse princípio da proteção à dignidade da pessoa humana tem norteado não só a edição de novas leis, como também julgados vários nos mais diversos tribunais pátrios. Nesse sentido, *v.g.*, tem-se a lei que institui a impenhorabilidade do bem de família¹⁴² como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna. De igual forma, editou-se a lei que preconizou especial proteção ao idoso¹⁴³, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, pelo que se consagra a ele a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural e situando-o, por conseguinte, como parte integrante dessa família. Aplicando o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, prolatou-se o julgado, cuja ementa, a título de exemplo, se transcreve:

Processo civil. Direito civil. Execução. Lei 8.009/90. Penhora de bem de família. Devedor não residente em virtude de usufruto vitalício do imóvel

¹⁴² Lei n. 8.009/90.

¹⁴³ Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741/03.

em benefício de sua genitora. Direito à moradia como direito fundamental. **Dignidade da pessoa humana.** Estatuto do idoso. Impenhorabilidade do imóvel¹⁴⁴.

Ladeando o princípio da dignidade humana, no direito de família não se pode esquecer do princípio da solidariedade familiar. É iniludível que o ordenamento jurídico pátrio, capitaneado pela vigente CF (BRASIL, 1988), pretende uma sociedade livre justa e solidária, o que foi eleito objetivo fundamental da República¹⁴⁵.

O CC (BRASIL, 2002), por seu turno, na esteira desse princípio, que traz para o seu bojo, impõe nas relações entre os cônjuges sejam deveres a mútua assistência e sustento, guarda e educação dos filhos¹⁴⁶, bem como nas relações pessoais entre os companheiros sejam deveres a lealdade, respeito e assistência, e, igualmente, a guarda, sustento e educação dos filhos¹⁴⁷.

Há de se ressaltar que a solidariedade familiar ultrapassa os lindes patrimoniais para alcançar os redutos da afetividade e moral.

Daí é que, fundamentado no princípio da solidariedade familiar, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência. Nesse particular, tem-se o artigo 1.694 do CC (BRASIL, 2002).

Então, exemplificando, os tribunais, da mesma maneira, têm considerado esse princípio em seus julgados:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato c.c. pedido de alimentos. União estável. Caracterização. Situação de dependência econômica da alimentanda caracterizada. Obrigação de prestar alimentos configurada¹⁴⁸.

¹⁴⁴ STJ – Resp. nº 950663/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 10.4.12.

¹⁴⁵ CF – Art. 3º, inc. I.

¹⁴⁶ CC – Art. 1.566, incs. III e IV.

¹⁴⁷ CC – Art. 1.724.

¹⁴⁸ STJ – Resp nº 995538/AC, Rel. Min. Nancy Andriighi, j. 4.3.10.

Há de se considerar, também, por outro lado, a relevância do princípio da afetividade no atual direito de família. Com efeito. O elo entre os diversos membros de uma família é o amor. É o amor que os une e os reúne. Sem o amor, ter-se-á a desagregação da família. E, se a família, como antes dito, merece especial proteção do Estado, igualmente a afetividade familiar, sustentáculo daquela, deve também ser objeto de proteção jurídica.

É veraz que esse princípio não possui previsão legal específica no ordenamento jurídico pátrio. Isso não o torna, entretanto, menos importante ou, mesmo, subsidiário a qualquer outro, já que cada vez mais ele se faz presente na interpretação de inúmeras disposições legais.

Dentre inúmeros dispositivos legais que poderiam ser citados para exemplificar a presença na legislação do princípio em estudo, há de se invocar que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata estatuto pertinente, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade¹⁴⁹.

Também, há de se ver o princípio da afetividade presente, ainda que por via oblíqua, na hipótese legal em que o pai ou a mãe perderá por ato judicial o poder familiar, se praticar atos contrários à moral e aos bons costumes¹⁵⁰, que hoje poderiam ser exemplificados com a falta de pudor, a libertinagem, o sexo sem recato e, até mesmo, o alcoolismo, a vadiagem, a mendicância, o uso de substâncias entorpecentes.

Ao se dispor que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges¹⁵¹, demonstram-se a afeição e o companheirismo que devem existir no relacionamento conjugal. Também, agora ao se invocar que a união estável deve ser estabelecida com o objetivo de constituição de

¹⁴⁹ ECA – Art. 3º.

¹⁵⁰ CC – Art. 1.637, inc. III.

¹⁵¹ CC – Art. 1.511.

família¹⁵², de igual maneira, está falando-se da necessária presença dessa mesma afeição e companheirismo entre os conviventes.

De igual forma, o princípio da afetividade está presente na jurisprudência pátria.

Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido¹⁵³.

Hoje as relações familiares devem ser vistas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. E tal se dá porque se deve ter que a socialidade também há de se aplicada aos institutos do direito de família. (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 25).

Surge então, nas relações familiares, o princípio da função social da família. Exemplificam-no a paternidade socioafetiva, o casamento homoafetivo e a união estável homoafetiva, bem como a possibilidade da conversão dessa união naquele casamento.

¹⁵² CC – Art. 1.723, *caput*.

¹⁵³ STJ – REsp. nº 1159242/SP, Rel.Min. Nancy Andriighi, j. 24.4.12.

Aqui se pode, ainda, invocar a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana e de outras garantias constitucionais de igual relevância, em razão do que se vem mitigando a importância da análise estritamente financeira da contribuição de cada um dos cônjuges na partilha de relacionamentos desfeitos, que cede espaço à demonstração da existência de vida em comum e comunhão de esforços para o êxito pessoal e profissional dos cônjuges ou companheiros, o que à evidência terá reflexos na formação do patrimônio do casal.

Ilustra esse raciocínio o julgado:

Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Direito civil. Família. Ação de inventário que visa à partilha de bens adquiridos na constância de sociedade conjugal formada sob o regime de separação legal de bens. Art. 258 do CC/1916. Esforço comum. Súmula n. 377/STF. Precedentes do STJ¹⁵⁴.

Também é de vital importância no estudo do atual direito de família a igualdade entre os cônjuges e também entre os conviventes, ao que se dá foro de princípio. Trata-se do princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros.

Sabe-se que no passado não muito remoto essa igualdade inexistia. O marido era, pois, o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a representação legal da família, a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, o direito de fixar e mudar o domicílio da família, o direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal¹⁵⁵.

E assim também era no direito alienígena. Em França, por exemplo, a jurisprudência admitia que o marido pudesse solicitar a força pública, a fim de obrigar a mulher regressar ao teto conjugal, que desertara. Mas essa violência repugna ao conceito, que hoje se forma da vida conjugal, pelo que atualmente não é lá mais praticado, embora algumas legislações ainda a consagrem. (BEVILÁQUA, 1977, p. 589).

¹⁵⁴ STJ – AgRg no REsp nº 1008684/RJ, Rel.Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 24.4.12.

¹⁵⁵ Di-lo a redação original do art. 233 do Código Civil de 1916.

É veraz que tais vetustas normas foram, com o tempo, preteridas, dando lugar a outras que mais se amoldam ao princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros.

Nesse sentido, advieram o Estatuto da Mulher Casada, a própria vigente Magna Carta, que à família dedica especial capítulo, a Lei n. 8.971/94 (BRASIL, 1994), que regula o direito dos companheiros a alimentos e a sucessão, a Lei n. 9.278/96 (BRASIL, 1996), que disciplinou a união estável, o vigente CC (BRASIL, 2002), dentre inúmeros outros diplomas legais.

Não se deve olvidar, entretanto, que muitas vezes a verdadeira isonomia consiste em tratar desigualmente os desiguais. Tal se dá, *v.g.*, na interpretação do artigo 100, inc. I do Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 1973), que institui o foro privilegiado da mulher para a ação de separação dos cônjuges¹⁵⁶ e a conversão desta em divórcio, e para a anulação do casamento. De fato. Em que pese os cônjuges terem sido equiparados, a jurisprudência dominante conclui pelo acerto do privilégio, já que, com o término do casamento, o ônus suportado pela mulher derivado da guarda de fato dos filhos, da mudança de domicílio pelo marido, de sua reinserção no mercado de trabalho, na maioria das vezes, é substancialmente superior ao do marido, o que justifica esse tratamento desigual com o objetivo de atingir uma ideal igualdade.

Nesse diapasão:

Competência – Ação de separação judicial – Foro do domicílio da esposa – Cabimento – Previsão expressa do artigo 100, I do CPC – Constitucionalidade reconhecida – Hipótese, ademais, de competência relativa, indeclinável *ex officio* – Recurso provido¹⁵⁷.

Ainda, no moderno direito de família não menos importante é o princípio do melhor interesse da criança, que foca de maneira diversa daquelas outras anteriormente aqui apresentadas a valorização da pessoa humana. Esse princípio está esculpido na CF (BRASIL, 1988): é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança,

¹⁵⁶ Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, há de se entender, na esteira da doutrina majoritária e de expressivos julgados, pelo fim da separação judicial, bem como pela extinção das causas subjetivas e objetivas do rompimento da sociedade conjugal.

¹⁵⁷ TJSP – AI nº 990.10.071844-4 – Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, j. 5.10.10.

ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁵⁸

No plano infraconstitucional, o ECA (BRASIL, 1990), no seu já citado artigo 3º, garante aos infantes, sem prejuízo da proteção integral assegurada por este diploma legal, o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Também, não se deve esquecer de que o vigente CC (BRASIL, 2002) com o escopo de dar uma realidade existencial àquela proteção integral e a esses direitos fundamentais, prevê a guarda unilateral ou compartilhada. Compreende-se por guarda unilateral aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua e por guarda compartilhada, a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. Ainda, a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto nas relações com o outro genitor e com o grupo familiar, saúde e segurança, bem como segurança. Ressalte-se, por outro lado, que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos¹⁵⁹.

Efetivamente, o princípio do melhor interesse do menor está resguardado na legislação pátria.

E a jurisprudência, igualmente, tem-no prestigiado:

Adoção. Recurso especial. Menor que mora, desde o casamento de sua genitora com seu padrasto, em dezembro de 2000, com este. Paternidade socioafetiva. Moldura fática apurada pelas instâncias ordinárias demonstrando que o menor foi abandonado por seu pai biológico, cujo paradeiro é desconhecido. Aplicação do princípio do **melhor interesse da criança**. 1. As instâncias ordinárias apuraram que a genitora casou-se com o

¹⁵⁸ CF – Art. 227, caput, com a redação que lhe foi dada pela EC 65/2010.

¹⁵⁹ CC – Art. 1.583, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.698/08.

adotante e anuiu com a adoção, sendo "patente a situação de abandono do adotando, em relação ao seu genitor", que foi citado por edital e cujo paradeiro é desconhecido. 2. No caso, diante dessa moldura fática, afigura-se desnecessária a prévia ação objetivando destituição do poder familiar paterno, pois a adoção do menor, que desde a tenra idade tem salutar relação paternal de afeto com o adotante - situação que perdura há mais de dez anos -, privilegiará o seu interesse. Precedentes do STJ. 3. Recurso especial não provido¹⁶⁰.

Suposto não sejam os princípios aqui elencados os únicos trazidos à doutrina pelo moderno direito de família, indiscutivelmente eles são aqueles que maior relevância possuem para este trabalho em face da aplicação da indignidade e deserdação às famílias homoafetivas e famílias desfeitas.

8.2 Famílias homoafetivas

Desde logo, deve-se consignar que até há pouco tempo o casamento era indissolúvel. A família, consagrada pela lei, tinha um modelo conservador. A entidade matrimonial era, pois, patriarcal, patrimonial, hierarquizada e heterossexual. O vínculo conjugal, conquanto nascido da livre vontade dos nubentes, era mantido independente e até mesmo contra a vontade dos cônjuges.

Nem mesmo com o advento da Lei do Divórcio¹⁶¹ se modificou por completo essa situação, já que o êxito na separação judicial e divórcio dependia do cumprimento de determinados prazos e do reconhecimento da culpa imputada a um ou a ambos os cônjuges. Daí é que a dissolução do casamento exigia que frutiferamente se atribuísse a culpa pela falência do matrimônio ao outro cônjuge, o que evidenciava a intenção de a legislação em tão-somente punir aquele que simplesmente não mais quisesse permanecer casado. (DIAS, 2008, p. 169).

Há de se ressaltar, entretanto, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Ainda, homens e mulheres são iguais em direitos e

¹⁶⁰ STJ – REsp. nº 120718/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.10.11.

¹⁶¹ Lei n. 6.515/77.

obrigações¹⁶². Não se pode, por outro lado, olvidar que constitui objetivo fundamental da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹⁶³.

Ainda, dê-se o especial relevo à assertiva de que o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença.

Derivada daquela igualdade e desse objetivo fundamental, recentemente veio à tona, e somente veio à tona, uma vez que a sua existência fática remonta à mais longeva época, a união de pessoas do mesmo sexo.

Essa nova realidade afetiva, vedado que era¹⁶⁴ qualquer amparo jurídico a ela, se restringia, no campo legal, à mera sociedade de fato, ignorando-se por completo o seu aspecto amoroso. Não constituía, pois, uma família ou, mesmo, entidade familiar. Interpretavam-se de forma literal os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam de relacionamento amoroso. E nessa interpretação tais dispositivos sempre fazem menção a homem e mulher, pelo que descabida a relação entre pessoas do mesmo sexo. De fato. A vigente Carta Magna (BRASIL, 1988) fala que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.¹⁶⁵ Em passagem anterior, ela dispõe que, para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar¹⁶⁶. Disso, por seu turno, não diverge o novel CC (BRASIL, 2002)¹⁶⁷.

Na verdade, um pleito judicial que importasse reconhecer direitos derivados de união entre duas pessoas do mesmo sexo, excetuados aqueles decorrentes de sociedade de fato prevista no direito das obrigações, era tido como juridicamente impossível¹⁶⁸.

¹⁶² CF – Art. 5º.

¹⁶³ CF – Art. 3º, inc. IV.

¹⁶⁴ O uso do pretérito, na hipótese, deriva do fato de que a jurisprudência hoje já admite não só a conversão da união homoafetiva em casamento, assim como o casamento, independentemente de anterior união estável.

¹⁶⁵ CF – Art. 226, par. 5º.

¹⁶⁶ CF – Art. 226, par. 3º.

¹⁶⁷ CC – Arts. 1.514 e 1.723.

¹⁶⁸ TJMG – Apelação Cível nº 1.0024.04.537121-8/002, Rel. Des. Domingos Coelho, j. 24.5.06.

Então, esse relacionamento, tratado como simples sociedade de fato, proporcionava tão-somente efeitos patrimoniais, desde que comprovado o esforço comum das partes e na medida desse esforço. A ele era estranho o direito a alimentos, a meação e a sucessão. Também, não se falava em dependência para fins de imposto de renda e em plano de assistência médico-odontológica, bem como em pensão previdenciária em razão da morte do companheiro. Ainda, desassisado era o pedido de adoção e de conversão da união em casamento. Tal relacionamento não constituía, enfim, entidade familiar.

Ocorre, contudo, que, por influência dos princípios do direito de família acerca dos quais anteriormente se discorreu, se consolidou, inicialmente, na doutrina e, há pouco, na jurisprudência, que a união de pessoas do mesmo sexo, ao contrário do que se entendia, constitui entidade familiar.

Em especial o princípio da proteção da dignidade humana em muito colaborou para essa nova visão da união homoafetiva. Da aplicação desse princípio, viu-se presente nessa união a necessidade de se reconhecer o dever à mútua assistência, bem como de serem as relações pessoais entre os companheiros pautadas pela lealdade, respeito e assistência. Ainda, como já dito, essa solidariedade familiar deve ultrapassar os seus antigos limites obrigacionais para atingir a afetuosidade e a moral, assim como o patrimônio, quer seja aquele amealhado pelos companheiros, quer seja, querendo-se, o particular de qualquer um deles.

Essa nova visão da doutrina acabou por fortemente atingir os tribunais pátrios, que começaram a admitir a possibilidade jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo, às quais, além da denominação união homoafetiva, também se dão os nomes de união homoerótica, união homoamorosa, família isossexual, união homossexual.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, para coroar essa nova interpretação da CF (BRASIL, 1988) e do CC (BRASIL, 2002), na ADPF n. 132-RJ e da ADI n. 4277-DF, relatadas pelo Ministro Ayres Britto, admitiu o reconhecimento de uniões estáveis constituídas por pessoas do mesmo sexo. Esse julgado se embasou no fato de

que o sexo das pessoas, como regra, não se pode prestar à desigualdade jurídica. Houve o reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à autoestima e no direito à busca da felicidade. Viu-se na autonomia da vontade uma cláusula pétrea do ordenamento constitucional pátrio. Exclui-se, portanto, a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso e discriminatório do artigo. 1.723 do CC (BRASIL, 2002), pelo que, em consequência, se afastou desse dispositivo qualquer significado que possa impedir o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família, que há de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências jurídicas da união estável heteroafetiva¹⁶⁹.

Reconhecidas essas mesmas consequências jurídicas, passou-se igualmente a admitir a conversão da união estável homoafetiva em casamento.

É veraz que até mesmo em passado recente os tribunais pátrios, a exemplo do que ocorria com os pedidos de reconhecimento de união estável homoafetiva, indeferiam as habilitações de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Faziam-no com o argumento de impossibilidade jurídica do pedido, já que, na hipótese, segundo o que se entendia, a interpretação judicial ou a discricionariedade do juiz não tinham o alcance de criar direito material. Mesmo que fosse desejável o reconhecimento jurídico dos efeitos civis de uniões de pessoas do mesmo sexo, a hipótese não passava pelo casamento, que, sempre e sempre, teve suas raízes na regulamentação do patrimônio dos cônjuges e na legitimação da prole dele resultante. Também não há falar em lacuna legal ou mesmo de direito, sob a afirmação de que o que não é proibido é permitido, porquanto o casamento homossexual não encontrava identificação no plano da existência, o que significa que esse casamento não constituía suporte fático da norma. E a discricionariedade do juiz não tinha a extensão necessária para estar apta a inserir elemento substancial na base fática da norma. Ainda que sob a inspiração de constitucionalização do direito civil, não era possível ao juiz fundamentar questão de tão profundo alcance sem que estivessem claramente definidos os lindes do poder

¹⁶⁹ STF – ADF 132-RJ e ADI 4277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5/5/2011.

jurisdicional. Em resumo desses argumentos, tem-se a ementa:

Apelação civil. Casamento homossexual. Habilitação. Ausência de possibilidade jurídica do pedido. Entidade familiar. Não caracterização. Inteligência dos arts. 226, § 3º da Constituição Federal e 1.514, 1.517, 1535 e 1.565 do Código Civil que tipificam a realização do casamento somente entre homem e mulher¹⁷⁰.

No entanto, dado o reconhecimento judicial da união estável homoafetiva e a sua possibilidade de conversão em casamento, igualmente e por consequência, contrariamente ao entendimento que antes aqui se expôs, há de se autorizar o casamento de pessoas do mesmo sexo, mesmo não tendo havido anterior união estável entre elas. Afinal, *qui potest maius, potest et minus*. Também aplicável à espécie o anexim *ubi eadem est ratio, ibi eadem ius*. Onde for idêntica a razão, deve o direito ser o mesmo.

Para tanto, passou-se a argumentar que, se de um lado é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família e, de outro, sendo o pluralismo familiar reconhecido pela vigente Carta Magna (BRASIL, 1988), não pode ser negada a juridicidade a qualquer forma de união chamada família, independentemente da orientação sexual dos seus partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas formadas por casais heteroafetivos, que são a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. Afinal, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito à diferença, o direito à autoafirmação e o direito à opção de projeto de vida diverso daquele preconizado pelas tradições e ortodoxias. E assim, por exemplo, acerca da matéria se concluiu:

Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar¹⁷¹.

¹⁷⁰ TJRS – Apelação Civil nº 70030975098, Rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza, j. 30/9/09.

¹⁷¹ STJ – REsp nº 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25/10/2011.

Então, por essa nova postura doutrina e por esses recentes julgados, que se curvaram ante aqueles vitoriosos princípios do novo direito de família, deve-se ter que passaram a integrar o ordenamento jurídico pátrio a união estável e o casamento homoafetivos, desde que preenchidos os requisitos legais pertinentes, excetuado, por óbvio, a diversidade sexual entre seus membros.

Dessa integração ao tal ordenamento jurídico defluem direitos e deveres.

Dentre os direitos, encontram-se o direito de família e o sucessório que devem existir nas relações homoafetivas, obedecidas as regras legais para tanto impostas.

Daí é que o convivente homoafetivo, sem prejuízo de sua meação¹⁷², que será fixada segundo o regime de bens adotado, no que tange aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, participa da sucessão de seu companheiro¹⁷³.

Ainda, no casamento homoafetivo, de igual forma, ao cônjuge supérstite, também sem prejuízo de sua meação e de seu eventual direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar¹⁷⁴, será deferida a sucessão legítima ou testamentária nos termos da lei civil¹⁷⁵.

Em imagem especular a esses direitos, o companheiro e o cônjuge homoafetivos possuem seus deveres desse relacionamento amoroso derivados. Dentre esses deveres, encontra-se a obrigação de ele dedicar ao seu consorte amor, amizade, gratidão familiares.

Daí é que, se algum de seus membros demonstrar, por meio das condutas legalmente previstas para o seu afastamento da herança, ingratidão, desamor, tal

¹⁷² CC – Art. 1.725.

¹⁷³ CC – Art. 1.790.

¹⁷⁴ CC – Art. 1.831.

¹⁷⁵ CC – Arts. 1.832, 1.836 e 1.838.

conduta deve ser havida por juridicamente relevante. De fato. Tratando-se de parentesco socioafetivo, no qual há o exemplar predomínio de carinho, desvelo, dedicação, a ausência desses sentimentos, se manifestada por meio daquelas condutas, efetivamente deve, atendidas as demais regras legais pertinente, implicar o reconhecimento de indignidade e deserdação daquele que assim se portou.

Em conclusão, aos consortes e companheiros em relacionamentos homoafetivos devem-se, com relação à indignidade e deserdação, aplicar as mesmas regras que regulam a matéria nos relacionamentos heteroafetivos.

Note-se que essa conclusão não significa que na hipótese se esteja aplicando uma interpretação analógica, o que é vedado, mas verdadeiramente está ampliando-se o conceito de casamento e união estável segundo os novos lindes a eles impostos pelas recentes decisões dos tribunais superiores pátrios.

8.3 Famílias desfeitas

Atualmente, em razão da maior liberdade individual existente, o casamento, outrora tido por indissolúvel, ou mesmo quase sagrado, passou a ter uma efemeridade nunca dantes vista, do que, em consequência, se banalizou a dissolução da sociedade conjugal de fato, bem como se multiplicou o abandono efetivo da prole.

Não restam dúvidas de que, paralelamente a esse abandono afetivo da prole, se tem também o abandono afetivo do ascendente, que, não poucas vezes, distante da jovial hígidez que teve, se encontra provector, débil e doente.

Essas três situações, *rectius*, separação de fato dos cônjuges, abandono da prole e abandono do ascendente, constituem matéria pertinente ao estudo dos institutos da indignidade e deserdação.

No tocante à separação de fato, tal circunstância, por si só, impõe seja ela vista

como estranha ao afastamento do supérstite da linha sucessório de seu finado cônjuge. Isso porque o consorte separado de fato há mais de dois anos deixa de ser herdeiro. E se não o é, descabido falar em exclusão da sucessão.

Neste particular, não se pode olvidar que somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicial, nem separados de fato há mais de dois anos¹⁷⁶.

Poder-se-ia questionar aqui a relevância da discussão da culpa do cônjuge que separado de fato está para se tê-lo ou não como herdeiro. O questionamento seria, entretanto, despiciendo, já que a novel EC n. 66/2010 afastou da dissolução da sociedade conjugal os requisitos objetivos e subjetivos que, até o advento dessa disposição constitucional, para o sucesso da dissolução, se exigiam.

Em conclusão, deve-se ter que o cônjuge separado de fato por período inferior ao biênio de que fala a legislação civil continua herdeiro, pelo que com relação a ele se aplicam as regras pertinentes à deserdação e indignidade. Se, contudo, separado de fato por prazo superior a esse biênio, deixa ele de ser herdeiro, o que o torna estranho a esses dois institutos.

Na linguagem até aqui neste trabalho adotada, nessas famílias, justamente por terem sido desfeitas, a causa subjacente que gera a exclusão, que é a ofensa ao amor, amizade, gratidão familiares, não mais existem. Daí é que, se algum de seus membros, por meio das condutas legalmente previstas para o seu afastamento da herança, demonstrar ingratidão, desamor, isso nada, no campo sucessório, significará.

Ao contrário do que se sucede com o cônjuge separado de fato, a prole e o ascendente abandonados, em tese, continuam herdeiros.

Ocorre, entretanto, que aquela prole, não obstante dela o seu ascendente se tenha afastado, e este ascendente, embora por sua prole tenha sido relegado, fazem jus

¹⁷⁶ CC – Art. 1.830.

aos idênticos nobres sentimentos que merecem os filhos e os pais não abandonados. Diga-se a propósito, se fazem jus a iguais sentimentos, aquela e este nem mesmo poderiam ter sido alijados do convívio e afetividade comuns.

Neste particular, ressalte-se que o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, embora não o esteja sob essa rubrica, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, as quais podem ser observadas no tratamento à família dado pela CF (BRASIL, 1988), do que se conclui que o abandono afetivo enseja compensação por danos morais¹⁷⁷.

E o que causa esses danos morais que não aquela injúria grave de que se fala nas causas de deserdação¹⁷⁸? Deveras. Com o abandono, o abandonador realmente está ofendendo a honra subjetiva do abandonado, do que, sem qualquer hesitação, se pode inferir que, ao se ter tal conduta, se está cometendo contra o abandonado injúria grave, passível, se preenchidos os demais requisitos, de acarretar a deserdação do abandonador.

¹⁷⁷ STJ – Resp nº 1159242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.5.12.

¹⁷⁸ CC – Arts. 1.962, II e 1.963, II.

9 EFEITOS DA INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

9.1 Noções gerais

O reconhecimento judicial da indignidade ou deserdação acarreta ao herdeiro ou legatário, naquela primeira hipótese, bem como ao herdeiro necessário, neste segundo caso, o efeito principal de afastá-los da herança ou, se caso, legado.

Não se pode olvidar, como já visto, que, tanto na indignidade quanto na deserdação, para que o herdeiro ou legatário da herança seja excluído é necessária a respectiva sentença de exclusão. Sem essa sentença, não há se falar naquele ou neste instituto em exclusão do herdeiro, tornando-se irrelevante qualquer ato de desamor que se tenha praticado ou, mesmo, inócua a cláusula testamentária. Os efeitos dessa sentença, seja da indignidade, seja da deserdação, retroagem à data da abertura da sucessão, pelo que se diz que sua eficácia é *ex tunc*.

Daí é que, com o afastamento da herança de que ora se fala, o herdeiro, ou legatário, é considerado com se tivesse morrido antes do hereditando. Os institutos em questão estão, portanto, equiparados à premoriência. Para tanto, o CC (BRASIL, 2002), referindo ao indigno, usa da expressão **como se morto fosse**¹⁷⁹. A doutrina ensina que essa expressão não configura uma relíquia do instituto da morte civil, desconhecido do direito pátrio, mas de simples comparação, a que qualifica como figura expressiva e enérgica. (NONATO, 1957, p. 124).

9.2 Efeitos pessoais

Para mais bem expor essa equiparação à premoriência, neste particular, por primeiro, discorrer-se-á acerca da indignidade para, posteriormente, tratar da

¹⁷⁹ CC – Art. 1.816, *caput*.

deserdação.

Na indignidade, diz-se, quanto à sucessão legítima, que são pessoais os efeitos da exclusão. Em razão dessa pessoalidade, os bens que o indigno herdaria são devolvidos a quem os herdaria como se o indigno fosse pré-morto ao autor da herança. Ainda, diz-se que tal se dá porque *nullum patris delictum innocenti filio poena est*. No vernáculo, nenhum crime do pai pode prejudicar o filho inocente. (DINIZ, 2007, p. 57).

Conquanto veraz a conclusão de que os herdeiros herdaram como se morto o excluído fosse, ao anexim que a explica não se pode aquiescer. A exclusão, como anteriormente visto, não é pena. Ao indigno não se impõe, pois, pena, mas tão-somente lhe é retirada a legitimação para o recolhimento da herança.

Aliás, a rigor essa pessoalidade, o que autoriza a sucessão pelos herdeiros do indigno, não obedece à lógica jurídica, já que ela dá representante a pessoa viva, que herda sem ser herdeira; ainda, considera, contra a razão e a verdade, morto quem vivo está; e, diante da obrigatoriedade da propositura da ação de indignidade, ignora os sentimentos de afeição e respeito que deve haver entre filhos e pais, ainda que indignos estes. (BEVILÁQUA, 1977, p. 787).

Também, ao determinar tal pessoalidade, o dispositivo legal que dela trata, na verdade, acrescenta, igualmente, que os descendentes do herdeiro excluído sucedem como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão¹⁸⁰.

Aqui, impõe-se seja consignado que esse dispositivo se refere apenas à sucessão na linha reta descendente. Então, exemplificando, o *de cuius* tinha dois filhos e, descendentes de um desses filhos, dois netos. O genitor desses dois netos é excluído. Esses netos herdaram, por representação, os bens que o indigno herdaria. Agora, considerada essa mesma descendência, mas com a pré-morte desse genitor dos netos, se reconhecida a indignidade do filho, os netos, por direito próprio, herdariam. Ainda,

¹⁸⁰ CC – Art. 1.816, *caput*.

se o autor da herança, sem netos, com um daqueles dois filhos declarado indigno, a herança caberia ao outro dos filhos. Em todas as hipóteses *retro*, deve-se ter o autor da herança como viúvo.

Não obstante o citado dispositivo legal se refira a descendentes, é patente, entretanto, que, não os havendo ou tendo sido declarado indigno o único descendente, que, por sua vez, não tem filhos, os demais herdeiros, obedecida à vocação hereditária, sucedem. Assim, se o único filho foi excluído, herdaram os ascendentes em concorrência com o cônjuge e, na falta daqueles ascendentes, apenas o cônjuge e, não o havendo, os colaterais.

Seguem-se aqui as regras da sucessão legítima. Herdam, por primeiro, os descendentes em concorrência, se caso, com o cônjuge, preferindo-se, entre aqueles, os mais próximos aos mais remotos. Na falta de descendentes, defere-se a herança aos ascendentes em concorrência com o cônjuge, com igual preferência. Não havendo ascendentes, recebe-a o cônjuge. Na sequência, inexistindo cônjuge, herdaram os colaterais, dentre eles por primeiro aos irmãos do excluído devolve-se a herança, respeitado o direito de representação dos filhos de irmão pré-morto em concorrência com irmão sobrevivente. Concorrendo à herança que o indigno herdaria irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar. Na falta de irmãos, sucederão os filhos destes e, não os havendo, os tios. Na concorrência de filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, estes recebem metade do que aqueles herdarem. Por fim, não sobrevivendo nenhum desses parentes sucessíveis, herdaram os colaterais em quarto grau do indigno e, na falta destes, o Município ou o Distrito Federal, se localizada a herança nas respectivas circunscrições¹⁸¹.

Anote-se que, na hipótese de o excluído viver em união estável, o convivente nada herdará, já que a ele a herança deferida se restringe aos bens adquiridos

¹⁸¹ CC – Art. 1.829 e seguintes.

onerosamente na constância do relacionamento¹⁸².

O cônjuge supérstite do indigno, independentemente do regime de bens adotado, não sucede o hereditando, bem como não faz jus a meação dos bens que o excluído herdaria se não fosse a indignidade. Tal se dá porque o indigno é considerado como tendo morrido antes do autor da herança, pelo que, quando da abertura da sucessão desse autor, dissolvido já estava o casamento.

Ainda, o indigno perde em favor daqueles seus herdeiros eventual adiantamento de legítima, doação de bens da parte disponível e seu quinhão em partilha feita por ato entre vivos, levados a efeito pelo autor da herança antes de o excluído tê-lo ofendido ou, se posteriormente à ofensa, desde que seja ela do hereditando desconhecida. Caso o indigno tenha sido contemplado com aquelas liberalidades após a prática da ofensa, que, por sua vez, já era de conhecimento do autor da herança, pode ele suceder no limite daquilo com o que foi aquinhoado, já que pressupõe, na hipótese, ter havido perdão tácito.

No tocante ao herdeiro testamentário e ao legatário, sendo declarados indignos, há de se ter por ineficazes as disposições de última vontade que os beneficiavam. A hipótese não autoriza que os sucessores dos excluídos herdem por representação, já que tal instituto sucessório é estranho à sucessão testamentária. Admissível, entretanto, que ocorra o direito de acrescer entre os herdeiros instituídos e os legatários¹⁸³.

As regras da indignidade devem prevalecer ainda que a sucessão testamentária se dê por meio de fideicomisso. Sabe-se que nessa substituição testamentária se têm as figuras do fideicomitente, fiduciário e fideicomissário. Aquele primeiro é testador que institui herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário. Estabelece ainda que, por morte do fiduciário, a certo tempo ou sob certa condição, o direito testado se resolve em favor do

¹⁸² CC – Art. 1.790.

¹⁸³ CC – Art. 1.941 e seguintes.

fideicomissário¹⁸⁴. Diante dessa disposição testamentária, é iniludível que fiduciário e fideicomissário, herdeiros testamentários ou legatários que são, podem, preenchidos os requisitos legais pertinentes, ser declarados indignos. E, se o forem, não de ser afastados da herança ou legado, sem possibilidade de os seus herdeiros assumirem seu lugar, já que se trata de sucessão testamentária.

Assim, se o fiduciário for declarado indigno por ter contra o testador, que é o originário autor da herança, praticado qualquer ato de indignidade, os bens hereditários passarão, sem qualquer intermediário, ao fideicomissário, que deles terá a propriedade plena, já que se terá o fiduciário como morto antes da abertura da sucessão¹⁸⁵. Note-se, no entanto, que a substituição fideicomissária somente se permite em favor de não concebidos ao tempo da morte do testador¹⁸⁶, pelo que, sendo o fiduciário declarado indigno, se deve nomear um administrador para os bens fideicometidos na hipótese de ainda não ter sido concebida a prole nomeada fideicomissária ou, mesmo, se concebida, não ter ela nascido.

Se, em razão de o fideicomissário ter praticado contra aquele originário autor da herança ofensa capaz de gerar indignidade, for ele declarado indigno, a propriedade dos bens fideicometidos se consolida nas mãos do fiduciário, não havendo disposição em contrário do testador¹⁸⁷.

Ainda, a doutrina ensina que as causas ensejadoras da indignidade devem ser igualmente aplicadas ao fideicomissário com relação ao fiduciário, pelo que, perpetrada qualquer delas por este contra aquele, se deve dar a exclusão do fideicomissário, embora o segundo não seja o autor da herança dos bens sob sua propriedade resolúvel. (VENOSA, 2005, p. 309; DIAS, 2011, p. 312). Essa assertiva não pode, contudo, ser aceita. E tal se dá porque necessariamente não há qualquer liame de amor, afeição ou gratidão entre fideicomissário e fiduciário. Aliás, ambos

¹⁸⁴ CC – Art. 1.951.

¹⁸⁵ O fato de a morte do fiduciário preceder à do testador não desconfigura o fideicomisso, cujos bens, desde logo, passam para o fideicomissário.

¹⁸⁶ CC – Art. 1.952, *caput*.

¹⁸⁷ Essa é a solução dada pelo art. 1.858 do CC para o caso de o fideicomissário morrer antes do fiduciário.

podem mesmo odiar-se, já que aqueles sentimentos deve haver na relação particular de cada um deles com o testador e deste com cada um daqueles.

Na deserdação, a exemplo do que já dito, os efeitos são igualmente pessoais. Logo, os herdeiros herdam como se, na abertura da sucessão, morto fosse o deserdado. Seguem-se, portanto, as regras sucessórias antes expostas para a indignidade. Nesse diapasão, tem-se posicionado a doutrina pátria. Para Arnaldo Rizzardo (2008, p. 535), por exemplo, a deserdação tem caráter personalíssimo, não atingindo terceiros. Os descendentes do excluído substituem-no ou ficam no seu lugar por direito de representação.

Assim, igualmente, tem-se julgado:

Deserdação de herdeira necessária – Castigo não incidente sobre os sucessores da indigna – Circunstância em que não se admite a pena além da pessoa do delinquente – Inteligência do art. 1.741 do CC. Ainda, a deserdação tem um sentido de pena e, por isso, em regra produz efeitos puramente pessoais, privando o descendente de sua legítima¹⁸⁸.

Dessa forma, na deserdação de descendente por seu ascendente, deserdado um filho dentre vários filhos, os filhos daquele herdam por representação o que o deserdado herdaria. Havendo um único filho, a sucessão do deserdado por seus filhos se dará por direito próprio. Mas, sendo o deserdado filho único, que, por sua vez, não tem filhos, herdam os avós do deserdado. Na deserdação de ascendente por descendente, deserdado o pai, herda a mãe. Igualmente herda o pai se deserdada a mãe. Lembre-se de que não há direito de representação na linha ascendente. Ainda, nas hipóteses dadas deve sempre ficar resguardado o direito hereditário do cônjuge, se caso.

Não se olvide, aqui, que o cônjuge, de igual forma, com fulcro no artigo 1.961 do CC (BRASIL, 2002), pode ser deserdado, caso em que o sucedem seus herdeiros, que necessariamente não os mesmos daquele que o deserdou.

¹⁸⁸ RT 691/89 e RT 502/189, respectivamente. Estes julgados fazem referência a artigos do Código Civil de 1916, cujos correspondentes no Código atual são os artigos 1.961 e 1.962.

Há de se observar que o herdeiro do deserddado não será afastado da herança que esse excluído receberia, ainda que o testador assim disponha em seu testamento. Se, entretanto, assim dispuser, tal herdeiro perderá tão-somente a parte disponível que lhe couber¹⁸⁹, o que poderia ocorrer independentemente da deserdação em questão. Somente estará ele privado de sua legítima se, da mesma maneira, for deserddado.

Em conclusão, os efeitos da deserdação também não se estendem aos herdeiros do deserddado, que sucedem como se morto fosse o afastado. É veraz que o atual CC (BRASIL, 2002), repetindo o revogado, não é expreso quanto a esses efeitos, o que leva alguns doutrinadores a concluir que não só o deserddado é excluído, como também o são seus herdeiros. (MONTEIRO, 2003c, p. 246).

Na lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Francisco José Cahali (2003, p. 390), os motivos que ensejam a deserdação coincidem com aqueles que de igual forma autorizam a dissolução do vínculo parental advindo da adoção, pelo que, deserddado o adotado pelo adotante ou este por aquele, automática rompe-se o vínculo da adoção. Anote-se, entretanto, que essa posição não é compartilhada pela legislação, que prevê a irrevogabilidade da adoção ao determinar que ela é medida excepcional e irrevogável¹⁹⁰, assim como não no é pela jurisprudência¹⁹¹.

Há de se observar que, se o excluído da sucessão for o cônjuge sobrevivente, perderá ele não somente a herança, como também, por ser instituto do direito hereditário, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família¹⁹².

Não há, contudo, de se falar em perda pelo deserddado dos alimentos, benefícios relativos à previdência pública ou privada, bem como indenização derivada de seguro obrigatório e de seguro em geral, ainda que tais benefícios estejam ligados à pessoa do cônjuge pré-morto, já que, conquanto eles advenham da morte desse consorte, contra

¹⁸⁹ Em sentido contrário: Maximiliano (1952, p. 152), dentre outros.

¹⁹⁰ ECA – Art. 39, § 1º.

¹⁹¹ TJSP – Ap. Cível nº 38.708-4, Rel. Des. Soares Lima, j. 24/6/98.

¹⁹² CC – Art. 1.831.

quem o supérstite perpetrou a ofensa prevista em lei como ensejadora da exclusão, são eles estranhos ao direito hereditário. Pertencem, pois, ao seu respectivo campo jurídico. Nesse diapasão já se julgou:

Civil. Direito de Sucessão. Ação declaratória de indignidade. Deferimento de pensão previdenciária. O deferimento de pensão previdenciária nada tem a ver com as regras de sucessão, regendo-se por legislação própria. Agravo regimental não provido¹⁹³.

Ainda:

Seguro. Assassinato da segurada pelo próprio marido. Direito dos filhos à indenização. Art. 1.436 do Código Civil. Se há dois ou mais beneficiados do seguro e somente um foi o responsável pelo assassinio, o outro nomeado ou os outros nomeados fazem jus ao recebimento da prestação. Agravo improvido¹⁹⁴.

Não se olvide, por outro lado, que a meação do supérstite e os seus bens particulares são estranhos à herança do ofendido, pelo que não sofreram qualquer abalo com a exclusão.

Ainda, questão interessante é aquela em que o genro mata o sogro. Não resta dúvida de que o homicida não é herdeiro da vítima. O cônjuge daquele, igualmente filha deste, o é. Ele é mero meeiro dela. Daí a pergunta: perderia ele a meação relativamente aos bens pelo seu cônjuge adquiridos por herança da qual seu autor é a vítima? A resposta deve ser positiva. Isso porque o homicida é, ainda que por afinidade, descendente da vítima. Logo, está ele incurso na descrição legal de hipótese de exclusão.

É veraz que essa conclusão pode ser questionada com o argumento de que as causas que autorizam a exclusão de herdeiro ou legatário da sucessão estão taxativamente enumeradas na lei, constituindo *numerus clausus*, pelo que não admitem interpretação extensiva.

¹⁹³ STJ – AgRg no REsp nº 2007/0085781-1.

¹⁹⁴ STJ – AgRg no Ag. nº 69.537 (95.14990-7).

Conquanto não se entenda que tal conclusão se embase em interpretação extensiva, adotando igualmente a ideia de que o genro não deve ser meeiro de bens pelo seu cônjuge herdados do sogro assassinado, já se julgou que, se há omissão na identificação das pessoas integrantes do suporte fático das causas de exclusão, de tal omissão não se ressentem os princípios, que devem sempre ser identificados para ser invocados quando se verifica uma lacuna na lei. Assim, se há omissão de norma legal, deve sempre prevalecer o princípio consagrado pelo legislador que, indiscutivelmente, é o de não permitir a quem atenta contra a vida de outrem possa dele receber alguma coisa, seja como sucessor, seja como cônjuge ou companheiro do sucessor. Eis a ementa do julgado:

Meação. Divórcio. Indignidade. Quem matou o autor da herança fica excluído da sucessão. Este é o princípio consagrado no inc. I do art. 1.595 do CC, que revela a repulsa do legislador em contemplar com direito sucessório quem atenta contra a vida de algum, rejeitando a possibilidade de que, que assim age, venha a ser beneficiado com seu ato. Esta norma jurídica de elevado teor moral deve ser respeitada ainda que o autor do delito não seja herdeiro legítimo. Tendo o genro assassinado o sogro, não faz jus ao acervo patrimonial decorrente da abertura da sucessão. Mesmo quando do divórcio, e ainda que o regime do casamento seja o da comunhão de bens, não pode o varão receber a meação constituída dos bens percebidos por herança. Apelo provido por maioria, vencido o relator¹⁹⁵.

Igual conclusão se deve aplicar à união estável.

No tocante ao companheiro, a doutrina e a jurisprudência são vacilantes em considerá-lo ou não herdeiro necessário, o que é relevante tão-somente para a deserdação. De fato. Se ele tiver conduta de desafeto contra o seu convivente, sendo ele considerado ou não herdeiro reservatário, será ele declarado indigno tal como o é o cônjuge, ressalvadas as diferenças existentes entre a sucessão de um e a do outro. No entanto, se se tiver o companheiro como herdeiro necessário, além de declarado indigno, poderá ele ser deserddado

¹⁹⁵ TJRS – Apelação Civil nº 70005798004, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, com voto vencedor da Des. Maria Berenice Dias, j. 9.4.03.

9.3 Retroação dos efeitos da sentença declaratória

De um lado, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários¹⁹⁶, inclusive ao indigno e ao deserddado. Trata-se de aplicação do princípio da *saisine*.

De outro, a indignidade e a deserdação não operam, como já visto, de pleno direito. Exigem elas pronunciamento judicial que as declare. E declarada a exclusão, a situação jurídica do indigno e do deserddado é idêntica, *scilicet*, ambos são afastados da herança.

No entanto, deve-se ter em mente que, antes dessa declaração, contra o indigno milita apenas a sua conduta desamorosa, a sua ingratidão, enquanto contra o deserddado, além de sua conduta, há a disposição testamentária em que o sucedendo descreve a causa em razão da qual pretende a deserdação.

Daí, até que se reconheça a indignidade, o indigno conserva a condição de sucessor, pelo que ele se mantém titular do patrimônio, embora o seja sob condição resolutiva. Com aquele reconhecimento perde ele tal titularidade e a posse dos bens que lhe foram transmitidos. Assemelha-se ele ao possuidor de má-fé, já que era de seu conhecimento o ato de ingratidão que poderia levá-lo à exclusão e à ação para tanto contra ele ajuizada. (CAHALI; HIRONAKA, 2012, p. 134). Nas palavras de Carlos Maximiliano (1952, p. 119), o indigno sabe, melhor que qualquer outro, da sua falta, pelo que ele tem consciência de que não deve herdar. E é, com justiça, tratado como possuidor de má-fé.

Mas, no tocante ao deserddado, conquanto a ele, em razão do princípio da *saisine*, igualmente se transmitam a posse e a propriedade da herança, dada aquela disposição testamentária em seu desfavor, a doutrina dominante tem entendido que, ajuizada a respectiva ação de deserdação, pelo que tornada litigiosa a herança, os bens

¹⁹⁶ CC – Art. 1.784.

hereditários devam ser deixados com o inventariante ou depositário judicial, que terá a sua custódia até o trânsito em julgado (LEITE, 2003, p. 638), oportunidade em que, confirmado afastamento da herança, são eles devolvidos aos herdeiros do excluído ou ao Município ou Distrito Federal, conforme o caso, bem como, não comprovada a causa da deserção, são eles deferidos àquele que seria afastado da herança, mas não no foi.

Ainda, em resumo, tanto na indignidade quanto na deserção, ação que exclui o herdeiro ou legatário, julgado procedente o seu pedido, terá os seus efeitos retroagindo à data da abertura da sucessão.

9.4 Usufruto, administração e sucessão dos bens hereditários

Como exposto anteriormente, declarado indigno ou deserçado o sucessor, deixa ele de recolher os bens hereditários que, por sua vez, são deferidos ao seu herdeiro ou ao Estado, conforme o caso.

Questiona-se, então, acerca da possibilidade de o indigno ou deserçado, sendo menor esse herdeiro, ter o usufruto ou, mesmo, a mera administração dos bens que deixou ele de herdar.

Quanto à indignidade, há expressa determinação no sentido de que o excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança¹⁹⁷. Suposto essa vedação legal não exista na hipótese de deserção, deve ela aqui também imperar. *Ubi eadem est ratio, ibi eadem ius*. Onde for idêntica a razão, deve o direito ser o mesmo.

Por certo essa norma diz respeito ao usufruto legal, já que, tratando-se de usufruto convencional, ao proprietário cabe a faculdade de constituir ou não em favor de quem quer que seja esse direito real. Mais uma vez, cabe o anexim *qui potest*

¹⁹⁷ CC – Art. 1.816, par. único.

maius, potest et minus. Quem pode o mais, pode o menos.

De fato. Se o herdeiro do indigno pode deixar de ajuizar a ação de indignidade, por meio do que, se frutífera, obteria a titularidade do domínio dos bens hereditários que caberiam ao excluído, não há porque não poderia ele gravá-los com tal ônus real. Por certo, aqui se refere a herdeiro maior, porque, se menor, é improvável que se tenha autorização judicial para a constituição do usufruto, uma vez que a hipótese ao infante nenhum benefício traria. E essa autorização é necessária nos termos do artigo 1.691, *caput* do CC (BRASIL, 2002).

De igual forma, a administração dos bens hereditários, que não pode ser confiada ao indigno, é aquela que o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar, têm dos bens dos filhos menores sob sua autoridade¹⁹⁸. Tratando-se, pois, de filhos maiores, cabe-lhes ampla liberdade na condução de seus negócios, inclusive, como regra, a possibilidade de aliená-los; por certo também estão autorizados a eleger pessoa de sua confiança a quem entrega a administração de seus haveres a terceiras pessoas, dentre as quais o eleito pode ser o indigno.

Ainda, há também óbice legal à eventual sucessão pelo indigno dos bens hereditários havidos por seu sucessor em razão de sua exclusão¹⁹⁹, o que, por simetria, se deve da mesma maneira aplicar à sucessão pelo deserdado dos bens dos quais foi afastado. Assim é que, não podendo o desamoroso herdar esses bens, deve a sucessão deles ser deferida aos demais herdeiros do excluído. Então, se o filho foi excluído da sucessão pai, pelo que o neto em seu lugar recebeu a herança avoenga, na sucessão desse neto, não tendo ele descendentes, deve sucedê-lo, nesta ordem, seus ascendentes, apenas seu cônjuge, seus colaterais e, por fim, o Estado, sem prejuízo dos direitos hereditários de sua companheira, se houver.

E a exemplo do que se concluiu acerca do usufruto e administração desses bens por esses excluídos, há de se consignar aqui que tal proibição atinge tão-somente a

¹⁹⁸ CC – Art. 1.689, inc. II.

¹⁹⁹ CC – Art. 1.816, par. único.

sucessão legítima, em razão do que estranha à sucessão hereditária. Com efeito, se não é legalmente defeso àquele sucessor dispor livremente dos bens sucessórios de que ora se fala por ato *inter vivos*, impedimento algum há de se ver em deles dispor por ato de última vontade.

Nessas três vedações em que a legislação impede que o ingrato aufera proveito do espólio do que foi excluído, o espírito da lei busca não permitir que ele *pleno iure* se beneficie por via oblíqua, *scilicet*, por meio de eventual sucessão de seus herdeiros, daquilo que lhe não foi permitido diretamente, *rectius*, herdar daquele contra quem perpetrou o ato de desamor.

Aqueles usufruto e administração devem ficar a cargo do cônjuge do excluído, igualmente ascendente dos herdeiros beneficiados com a exclusão, já que a indignidade e a deserdação são restrições personalíssimas que, em consequência, não ultrapassam a pessoa do ingrato. Nada obsta, entretanto, a que, sendo o caso, se nomeie um administrador para tanto.

Consigne-se aqui que já se lecionou que aquele cônjuge pode conservar o usufruto e a administração ainda que tenha sido cúmplice do excluído, uma vez que os efeitos da exclusão não ultrapassam a pessoa do excluído. Daí é que, num parricídio, o cônjuge do homicida, embora partícipe do crime, não tendo ele sido excluído, é pessoa estranha, pelo que está incólume aos seus efeitos.

9.5 Alienações onerosas e atos de administração

Lembre-se, por primeiro, de que, na indignidade, mesmo ajuizada a respectiva ação, o herdeiro continua na posse dos bens hereditários, que, contudo, perderá se procedente o pedido nela formulado, enquanto, na deserdação, dada disposição testamentária que da herança exclui o herdeiro necessário, fica ele, aberto o testamento, sem a posse daqueles bens, que permanece em poder do inventariante ou depositário judicial.

Ainda, deve-se ter que o CC (BRASIL, 2002) dispõe serem válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé e os atos de administração praticados pelo herdeiro, antes da sentença que o declara indigno²⁰⁰.

Mas, diante daquela manutenção da posse pelo indigno até a sentença e da sua perda com a abertura do testamento, o estudo dessas alienações e atos de administração é pertinente não só no que tange à indignidade, mas também quanto à deserdação. Aqui, até que se abra o testamento do qual conste a disposição de exclusão.

Também, essa regra de validade das alienações e atos de administração, conquanto seja expressa apenas com relação à indignidade, há de se estender à deserdação, o que se faz com fulcro naquela simetria de que já se falou.

Dessa forma, tendo-se por eficazes as alienações feitas, a título oneroso, e os atos de administração legalmente praticados. como explicar a preterição do herdeiro real em prol do indigno ou deserdado? A resposta está na adoção pelo artigo 1.827, *caput* do CC (BRASIL, 2002) da teoria do herdeiro aparente. Nesse sentido está a lição de Clovis Beviláqua (1977, p. 788), para quem, igualmente, o indigno, antes da sentença que o exclui da sucessão, é um herdeiro aparente, e, como tal, em condições de dispor dos bens da herança. A sentença declaratória da indignidade, que o fere pessoalmente, não deve atingir a terceiros, que com ele trataram de boa-fé. E, quanto à deserdação, em razão de sua semelhança com a indignidade, a ela se deve aplicar esse ensinamento, desde que as alienações e os atos tenham sido praticados antes da abertura do testamento.

Acerca da figura do herdeiro aparente, deve-se ter que a posse da herança, no todo ou em parte, pode dar-se *pro herede* ou *pro possessore*. Naquela, o possuidor a possui como herdeiro aparente e como herdeiro se comporta. Na lição de Giselda Hironaka (2003, p. 202), o herdeiro aparente é o reputado herdeiro legítimo, por força de erro comum ou geral. Em outras palavras, é aquele que, não sendo titular de direitos

²⁰⁰ CC – Art. 1.817, *caput*.

sucessórios, é tido, entretanto, como legítimo proprietário da herança, em consequência de erro invencível e comum. Enfim, é aquele que nunca foi herdeiro pela essência, mas o foi pela aparência. Ao contrário, o herdeiro *pro possessore* é aquele que a herança possui sem título, pelo que, conquanto a possua, não reivindica para si a qualidade de herdeiro.

Consigne-se que a posse *pro herede*, que é a que interessa para o presente trabalho, é a mais comum. Dá-se, na espécie, ao possuidor o nome de herdeiro aparente, em oposição ao herdeiro real, que é o verdadeiro herdeiro.

E o fundamento da adoção dessa teoria objetiva prestigiar aquele que contrata a título oneroso e de boa-fé. *Certat de damno vitando*. Procura-se evitar o prejuízo. Não se dá, em oposição, benefício algum àquele que contrata com o declarado indigno ou deserddado em inventário já aberto, uma vez que esses são equiparados a possuidor de má-fé. Provada a *mala fides*, deve-se ter por nulo o ato praticado²⁰¹. Ter-se-á ele por realizado *a non domino*.

Da mesma maneira, ainda que *contra legem*, há de se ter presente a má-fé na conduta do terceiro, mesmo que não declarada a indignidade ou aberto o testamento, pelo que o ato não pode subsistir, se ele tinha conhecimento da circunstância que levaria o herdeiro à exclusão. (SANTOS, 1981a, p. 236). Então, deve-se ter que, na hipótese de indignidade, são nulos, ainda que consumados no período que vai da abertura da sucessão à sentença de exclusão, os atos praticados em concerto fraudulento entre o indigno e terceiros contratantes no intuito manifestamente lesivos aos interesses do herdeiro real, bem como, no caso de deserdação, são igualmente nulos os atos aperfeiçoados no período que permeia a abertura da sucessão e a do testamento, se presente conluio entre tais pessoas. A fraude não deve, pois, esperar benesses por parte do direito.

É relevante ressaltar que o estudo da boa-fé a classifica em subjetiva e objetiva.

²⁰¹ Lembre-se de que a decisão que declara a indignidade ou reconhece a deserdação impera *erga omnes*, com seus efeitos retroagindo *ex tunc*.

Aquela se resume no erro ou ignorância que a pessoa tem com relação a determinados fatos considerados pelo direito em dada relação jurídica. É a intenção do sujeito dessa relação. E o seu estado de consciência, o seu entendimento, embora equivocado, de que está agindo conforme o direito. A boa-fé objetiva, por seu turno, constitui uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé na suas relações recíprocas. É uma regra de conduta, que verdadeiramente deixa de ser esse mero princípio geral para transmudar-se em cláusula geral. (GONÇALVES, 2012d, p. 56). E assim se deve comportar o terceiro que com o herdeiro aparente contrata, sob pena de não no fazendo ser tido como de má-fé, o que implicará a invalidade do negócio pactuado.

E, no que interessa ao presente trabalho, a exigência dessa boa-fé por parte desse terceiro é ratificada pela determinação de que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração²⁰².

Deve-se, ainda, ressaltar que as alienações de que se falou são as onerosas. Se, entretanto, a alienação for gratuita, não se aplica a solução ora apresenta. Isso porque, independentemente de o terceiro que com o herdeiro aparente contratar estar ou de má-fé, não se aproveita o ato, já que, dada a gratuidade do ato, eventual declaração de sua nulidade prejuízo algum trará ao beneficiado com a liberalidade, que tão-somente ficará privado de um ganho. O terceiro, na hipótese, conquanto deixe de ganhar, não perde.

Neste particular, o CC (BRASIL, 2002) revogado não era expresso no sentido de que tais alienações deviam ser onerosas. Daí é que para parte da doutrina não havia distinção entre as alienações onerosas e as transmissões feitas a título gratuito. (LACERDA, 1918, p. 374). Não obstante, Carlos Maximiliano (1952, p. 123), na esteira da maioria dos doutrinadores²⁰³, entendia que as doações, bem como a constituição de quaisquer ônus a título gratuito deviam ser revogadas, já que ninguém faz presente daquilo que não é seu.

²⁰² CC – Art. 113.

²⁰³ Dentre outros, pode-se citar Carvalho Santos (1981a, p. 237) e Beviláqua (2000, p. 125).

Consigne-se que o vigente CC (BRASIL, 2002) se utilizou do termo **alienação** no seu sentido amplo, pelo que nele, além das transmissões de domínio ou qualquer outro direito real propriamente ditas, estão também inclusas as constituições de hipoteca, servidões e quaisquer outros ônus reais.

Por outro lado, de igual forma, prevalecem os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, enquanto, por óbvio, na posse dos bens hereditários. O fato de esses atos terem sido legalmente praticados dispensa comentários outros acerca da boa ou má-fé do terceiro com que o herdeiro contrata, já que, se resultantes de concerto fraudulento entre o herdeiro e esse terceiro, a presença de má-fé na prática de tais atos é iniludível. Ainda, da mesma maneira estarão de má-fé esses contratantes se a prática dos atos ocorreu após ter sido prolatada a sentença que declarou a indignidade ou reconheceu a deserção.

A permissão ao excluído para a prática de atos de mera administração autoriza-o, nas circunstâncias antes expostas, a arrendar os bens hereditários, locá-los, dá-los em comodato, cobrar dívidas de que o autor da herança era credor, pagar outras de que esse hereditando era devedor, efetuar despesas na conservação de tais bens.

Ressalte-se, ainda, que, haja ou não malícia por parte do terceiro, o que redundará apenas na validade ou não do ato praticado, eventual proveito advindo desse ato ao excluído jamais se aproveitará.

Não se olvide, entretanto, que, suposto sejam válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé e igualmente eficazes os atos de administração legalmente praticados por quem da herança ou legado foi afastado, é veraz que, se prejudicados, ao herdeiro real, em face desse excluído, cabe indenização por perdas e danos.

E acerca dessa indenização, cumpre salientar que, salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além

do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar²⁰⁴. Na hipótese em estudo, esse credor é herdeiro real.

Daí que se deve ter que as perdas e danos englobam o dano emergente e o lucro cessante²⁰⁵. Por dano emergente, entende-se o efetivo prejuízo sofrido pelo herdeiro real em razão da conduta do excluído. É a diferença entre os bens hereditários que a esse herdeiro se haveria de deferir e aquilo que a ele efetivamente se deferiu. Lucro cessante, por sua vez, é a perda de um ganho que o herdeiro real poderia ter obtido com os bens hereditários se eles a si tivessem sido deferidos desde logo, o que, no entanto, não ocorrera por culpa do excluído.

Então, nos danos patrimoniais não de ser considerados tanto a diminuição dos bens hereditários cabentes ao herdeiro real, quanto o possível aumento de seu patrimônio que teria havido se não fosse a conduta do excluído.

E na fixação de sua indenização, sabe-se que, regra geral, é de pouca ou nenhuma importância o fato de o excluído tê-los praticado dolosa ou culposamente²⁰⁶. Ainda, se sua conduta foi culposa, irrelevante é o grau da culpa. Isso se dá porque a indenização se pede pela extensão do dano²⁰⁷. Ocorre, contudo, que, em determinadas circunstâncias, considerada apenas a extensão do dano, o *quantum* indenizatório, por elevado, não obstante tenha havido culpa levíssima, poderá acarretar extrema injustiça. Então, autorizada está a hipótese para que se decida por equidade. De fato. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização²⁰⁸.

Ressalte-se que, nessas perdas e danos, se pode incluir igualmente o dano

²⁰⁴ CC – Art. 402.

²⁰⁵ Verdaderamente, há de se ver pleonasmos na expressão *perdas e danos*, já que tanto **perdas** quanto **danos** significam os prejuízos sofridos pelo herdeiro real em consequência de concreta diminuição do seu patrimônio e também pela cessão de lucros que normalmente deveria ter percebido.

²⁰⁶ Diz-se regra geral em razão do teor do art. 392 do CC, segundo o qual, nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça [...].

²⁰⁷ CC – Art. 944.

²⁰⁸ CC – Art. 944, par. único.

moral, com cuja indenização, que é de responsabilidade do excluído, se persegue recompor a dignidade do ofendido e apenas reparar o *pretium doloris*, a dor sofrida.

Ainda, nessa reparação de danos, a que está obrigado o excluído, não se inclui a responsabilidade de ele, por ter pago de boa-fé um legado, ter de prestar o equivalente ao sucessor real, ressalvado, no entanto, a este o direito de proceder contra quem o recebeu²⁰⁹.

9.6 Restituição dos frutos e rendimentos percebidos pelo excluído e seu direito à indenização por despesas de conservação

Desde já, uma observação há de ser apontada. Trata-se da lição que, neste particular, é dada pela doutrina majoritária no sentido de que essa restituição é devida em razão de os efeitos da sentença ocorrerem *ex tunc*, já que nela apenas se reconhece um direito a ela pré-existente, o que significa que seus efeitos devem retrotrair à data da abertura da sucessão. Carvalho Santos (1981a, p. 228), por exemplo, alerta que essa disposição, conquanto pareça odiosa, não o é, uma vez que efetivamente a indignidade (e o mesmo, acolhendo-se essa conclusão, se deve dizer acerca da deserdação) já existia. A sentença nada mais fez do declarar um estado de fato já existente antes do seu pronunciamento.

Ainda, acolhido esse ensinamento, na sua esteira há de se ter que o excluído faz jus à indenização pelas despesas que teve com a conservação do legado e dos bens da herança. De fato, se o excluído não merece os frutos e rendimentos porque a *fructum perceptio* inere o domínio, que ao herdeiro real pertence, *a contrario sensu*, sob pena de enriquecimento sem causa por parte desse herdeiro, o excluído que tiver tido despesas com aquela conservação, por não ser titular do domínio dos bens hereditários, merece por tais gastos ser indenização.

Prima facie, a correção dessa conclusão é inquestionável. Isso porque o CC

²⁰⁹ CC – Art. 1.828.

(BRASIL, 2002) peremptoriamente determina que o excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado pelas despesas com a conservação deles²¹⁰. Interpretação diversa daquela exposta viria de encontro ao anexim *ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet*. Deveras. Onde a lei não distingue, ao intérprete não é lícito distinguir.

Orosimbo Nonato (1957, p. 118), entretanto, invocando Planiol, ensina que essa regra jurídica, suposto excessivamente rigorosa, não o é a ponto de desatender flexões em favor de um princípio superior de equidade, bem como, agora apontando Pacifici-Mazzoni, admoesta no sentido de que ela cede à imperiosa necessidade de se integrar o texto de lei à harmonia orgânica do sistema a que pertence.

E àquele mestre e a esses doutrinadores alienígenas por ele citados assiste razão. A prevalência desse anexim dar-se-ia se o CC (BRASIL, 2002) ou diploma outro do ordenamento jurídico pátrio não estabelecessem restrições expressas ou implícitas outras. E tais restrições advêm das regras que disciplinam os efeitos da posse²¹¹. Neste particular, não se pode olvidar que o mesmo CC (BRASIL, 2002), ao dispor acerca da restituição dos bens do acervo pelo possuidor da herança ao herdeiro real, reza que se fixam a responsabilidade desse possuidor segundo a natureza de sua posse²¹².

E com a declaração de exclusão impõe-se a restituição da herança ou legado, pelo que, em atenção àquele princípio superior de equidade e às restrições expressas ou implícitas de que se falou, deve-se estudar a responsabilidade daquele que restitui ao herdeiro real os bens hereditários.

Não se olvida que essa responsabilidade deriva das regras relativas aos efeitos da posse, o que, por si só, implica um estudo de tais efeitos.

²¹⁰ CC – Art. 1.817, par. único.

²¹¹ CC – Art. 1.210 e seguintes.

²¹² CC – Art. 1.826.

Ressalte-se (TORRANO, 2007) que a relevância da análise desses efeitos deriva do fato de a posse dos bens hereditários, que até então estava em poder do excluído, passar para o herdeiro real em razão da procedência do pedido inicial da ação de exclusão de indignidade ou da abertura do testamento que contém a cláusula de deserdação. Essa alteração implica a necessidade de aferir a responsabilidade daquele e os direitos deste, bem como os direitos daquele e a responsabilidade deste.

Não se pode, entretanto, examinar os efeitos da posse, sem antes defini-la e dar-lhes as classificações.

E muitos foram os estudos que a conceituaram. As diversas teorias, historicamente, podem, contudo, ser reduzidas a dois grandes grupos: as teorias subjetivas, cujo principal representante foi Savigny, e as teorias objetivas, capitaneadas por Ihering (MONTEIRO, 2003a, p. 16 e ss).

Segundo Savigny (VENOSA, 2003a, p. 49), posse é o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa, com a intenção de tê-la para si e de defendê-la contra a intervenção de outrem. Desse conceito surgem os seus dois elementos constitutivos, que são *corpus* e *animus*. Aquele é a detenção física da coisa, é o fato de a coisa estar à disposição do possuidor. Daí afirmar-se, como corolário, que não podem ser objeto de posse os bens não passíveis de serem apropriados. Este, por seu turno, é a intenção de o possuidor ter a coisa como se sua fosse, a intenção de exercer sobre ela o direito de propriedade, *animus rem sibi habendi*. *Corpus* é o elemento objetivo da posse, e *animus*, o seu elemento subjetivo.

Para as teorias subjetivas, a posse configura-se então com a necessária presença cumulativa de ambos os elementos. Isoladamente nenhum deles lhe dá existência. Na verdade, se presente tão-só o *corpus*, ter-se-á na hipótese apenas mera detenção. O *animus*, por seu turno, solitariamente, não passa de um mero sonho, de uma simples quimera.

Não se olvide que esses dois elementos da posse, através dos tempos, sofreram,

dentro das próprias teorias subjetivas, importantes alterações conceituais, as quais, no entanto, são aqui irrelevantes.

As teorias objetivas, ao contrário, veem que, para configurar a posse, basta o *corpus*. Ihering (BEVILÁQUA, 1977, p. 968), sem negar a influência da vontade na conceituação da posse, leciona que nela a vontade tem ação tão preponderante quanto em qualquer outra relação jurídica. Ainda, esse doutrinador a compreende como a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica.

Na verdade, para esse mestre, conquanto o *corpus* constitua o único elemento visível e suscetível de comparação, o *animus* também encontra-se presente na posse. Não é ele, no entanto, um elemento autônomo, mas implícito no *corpus*. O *animus* exsurge da forma como se exercita o *corpus*. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 22), a posse, em nosso direito positivo, não exige a intenção de ser dono, nem reclama o poder físico sobre a coisa. É relação de fato entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. É a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente agiria o dono. É a visibilidade do domínio.

Para as teorias objetivas, a posse, em resumo, é a exteriorização da propriedade.

Na lição de Clóvis Beviláqua (1977, p. 968), o CC/1916 (BRASIL, 1916), e o mesmo pode ser dito acerca do vigente CC (BRASIL, 2002), afastou-se das teorias subjetivas por não corresponderem elas à realidade dos fatos, nem à lógica do direito. Adotou o CC (BRASIL, 2002) a teoria de Ihering, para quem, como já asseverado, posse é a visibilidade do poder, que a lei reconhece ao proprietário. Tanto o Código revogado como o atual rezam, pois, que se considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade²¹³.

Daí é que para o CC (BRASIL, 1916; 2002), seja o revogado, seja o atual, a posse é o exercício do poder que a lei atribui ao proprietário. Abrange ela o domínio e

²¹³ CC/1916 – Art. 485 e CC/2002 – Art. 1.196.

os demais direitos reais.

Noutras palavras, por ser a posse a exteriorização, o exercício do direito de propriedade e, em geral, dos direitos reais, há de se concluir que é possuidor aquele que exterioriza ser proprietário ou titular de um dado direito real, independentemente de sê-lo. Se não o for, será mero possuidor. Se o for, será possuidor e, ao mesmo tempo, proprietário ou titular de direito real outro. Exemplificando: o locatário exterioriza ser proprietário, já que, nos lindes do bem locado, age como se proprietário fosse. É ele, então, possuidor, mas não é proprietário. Já o proprietário que age como tal é possuidor e também proprietário.

Nesse particular, não se pode esquecer de que não é possuidor o servo da posse, *rectius*, aquele que a conserva em nome ou em cumprimento de ordens ou instruções de outrem²¹⁴. Esse é o detentor.

Consignadas essas observações acerca da conceituação de posse, cabe perquirir a sua natureza jurídica. A questão é controvertida, já que a solução a respeito dessa natureza depende do fundamento da proteção jurídica que à posse se dá. Insta, dessa maneira, questionar se a posse é fato ou é direito.

Sobre essa matéria, de igual forma, manifestaram-se Savigny e Ihering (GOMES, 1998, p. 27). Para aquele, posse é, ao mesmo tempo, fato e direito. Considerada em si mesmo, ela é um fato. Segundo os efeitos que produz (usucapião e interditos possessórios) é um direito. Seguem essa teoria: Windscheid, Zachariae, Pothier, Laurent (GOMES, 1998, p. 27), dentre outros. Na lição de Ihering, posse é tão-só um direito. Assim entende, porque direito é o interesse juridicamente protegido. E a posse reúne os elementos substancial e formal exigidos para a existência de um direito. O elemento substancial consiste em um interesse derivado da utilização econômica da coisa possuída, enquanto o elemento formal diz respeito à proteção jurídica dada àquele interesse. Sintetizando, a posse reveste o caráter de relação jurídica, o que equivale a um direito. São seus seguidores: Molitor, Ortolan,

²¹⁴ CC – Art. 1.198.

Demolombe.

A maioria da doutrina entende, hoje, que posse é um direito. A posse é, pois, *non tantum corporis, sed et juris est*.

Sendo posse um direito, deve-se definir a sua natureza: se de direito real ou de direito pessoal. Aqueles que a veem como direito real argumentam no sentido de que na posse não há um sujeito passivo determinado, tal como existe no direito pessoal. Não existe um sujeito passivo, porque todas as pessoas estão obrigadas a respeitar o direito do possuidor. Esse direito é, portanto, *erga omnes*. A sujeição da coisa possuída ao possuidor é direta e imediata, o que significa dizer sem qualquer intermediário. E tal característica, estranha ao direito pessoal, é própria do direito real. Daí a natureza jurídica da posse ser de direito real.

Aqueles que a têm como direito pessoal, a exemplo do que ocorre com Savigny (MONTEIRO, 1998, p. 20), concluem que a posse é um fato, cuja existência não depende de regras de direito. Mas, apesar de fato, ela produz consequências jurídicas. Daí é que, sendo simultaneamente fato e direito, a posse, pela sua natureza, está incluída entre os direitos pessoais.

A jurisprudência, por sua vez, mantinha-se vacilante em concluir por ser a posse direito real ou pessoal. A questão é importante, uma vez que, se direito real, na propositura de ações possessórias, haveria necessidade de vênua conjugal, enquanto, se pessoal, despicienda seria a intervenção do outro cônjuge²¹⁵.

Hoje, não obstante a doutrina majoritária²¹⁶ continue reconhecendo o caráter de direito real da posse, essa antiga controvérsia acerca da necessidade ou não de intervenção do outro cônjuge nas ações possessórias ficou resolvida por meio da Lei nº 8.952/94 (BRASIL, 1994) que introduziu o § 2º no artigo 10 do CPC, segundo o qual,

²¹⁵ Exigem a vênua conjugal: RT 562/154, 530/79, 514/203, 463/270, JTJ 58/120; não a exigem: RT 578/213, 515/226, 508/88, JTJ 67/250.

²¹⁶ Existem, entretanto, vozes dissonantes, dentre as quais se pode citar Nery Júnior; Nery (2006, p. 170 – nota 11 ao art. 10).

nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composses ou de ato por ambos praticado.

Expostas as principais teorias sobre a posse, das quais se extraiu o conceito desse instituto e a sua natureza jurídica, que é o que interessa ao presente trabalho, urge estudar a sua classificação.

A posse é tradicionalmente classificada em direta e indireta, justa e injusta, de boa e má-fé, posse *ad interdicta* e *ad usucapionem*, posse nova e velha. Ocorre, contudo, que, para se discutirem as relações entre o herdeiro e o excluído, são relevantes a posse justa e injusta, bem como a posse de boa e má-fé, uma vez que os artigos 1.214 a 1.222, de que fala o artigo 1.817, tão-somente a essas espécies de posse fazem referência.

Haverá posse justa e injusta se analisadas sob o aspecto de o possuidor ter ou não conhecimento de vícios objetivos que a inquinem. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária²¹⁷. Logo, é injusta a posse que tiver na sua origem um desses três vícios. Na verdade, a qualidade justa ou injusta da posse deriva de sua forma de aquisição.

A posse violenta é aquela adquirida pela força (*vi*). Sem a força física não há essa posse. A violência inicial é a que constitui o vício. Se obtida a posse sem essa violência, ainda que a força passe a existir no curso da duração da posse, não se terá posse violenta. A posse isenta de violência é a posse mansa e pacífica ou tranquila. A posse clandestina é a que se estabelece às ocultas daquele que tem interesse jurídico em conhecê-la (*clam*). Se não for clandestina, a posse será pública, que é aquela exercida na presença de todos. Por fim, a posse precária é aquela obtida com abuso de confiança por parte daquele que recebeu a coisa possuída com a obrigação de devolvê-la, embora não o faça (*precario*). A posse precária, por conseguinte, é a derivada da retenção indevida do bem que deveria ser restituído.

²¹⁷ CC – Art. 1.200.

Não se olvide que, salvo prova em contrário, se entende manter a posse com o mesmo caráter com que foi adquirida²¹⁸. Se foi ela obtida com violência, clandestinidade ou precariedade, jamais a posse deixará de ser injusta. Ainda, não autorizam a aquisição da posse os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessada a violência ou a clandestinidade²¹⁹. Essa regra diz respeito unicamente à posse violenta e à clandestina que são adquiridas pelo esbulhador apenas quando terminadas a violência e a clandestinidade. É ela, portanto, estranha à posse precária.

Não confundir essas três espécies de posse com posse de má-fé, que, como se verá, advém da presença de vício subjetivo.

De fato. Ao lado dos vícios objetivos de que se falou, existe o vício subjetivo, consistente no fato de o adquirente da posse conhecer, ao adquiri-la, algum obstáculo que impeça a aquisição da coisa. Para que alguém seja possuidor de boa-fé de um dado bem, preciso é que esteja convencido de que, possuindo-o, a ninguém prejudica. O direito concebe a boa-fé de modo negativo, como ignorância e não como convicção. Na dicção de Ulpiano, *quic auctore iudice comparavit, bone fidei possessor est*. Ao contrário, se o adquirente da posse tiver consciência de que há obstáculo ou vício que o impede de adquirir a coisa, será possuidor de má-fé. Esse vício ou obstáculo é a *mala fides*, é o conhecimento que o possuidor tem da ilegitimidade de sua posse, na qual, entretanto, se mantém. (GOMES, 1998, p. 41).

A boa-fé pode ser real ou presumida. Ter-se-á boa-fé real na hipótese de o possuidor estar alicerçado em elementos objetivos tão evidentes que dúvida alguma há quanto à legitimidade da sua aquisição. A boa-fé será presumida se o possuidor tiver justo título²²⁰. E justo título é aquele que seria hábil para conferir ou transmitir o direito à posse. Isso porque, se não fosse o vício ou obstáculo no título existente, desconhecido é certo pelo adquirente, seria ele perfeito para a transmissão daquele direito. No entanto, não o transmite em razão desse mesmo vício ou obstáculo.

²¹⁸ CC – Art. 1.203.

²¹⁹ CC – Art. 1.208, 2ª parte.

²²⁰ CC – Art. 1.201.

Essa presunção de boa-fé é *juris tantum*, já que ela cede diante de prova em contrário ou de sua inadmissão por lei expressa. Pode-se exemplificar essa prova em contrário com a confissão do próprio possuidor de que sem título possui o bem. E a lei expressamente não admite boa-fé havendo a citação válida, já que ela, ainda quando ordenada por juiz incompetente, tem o condão de constituir em mora o devedor.²²¹

A posse de má-fé não se converte em posse de boa-fé. Isso porque, tendo o possuidor conhecimento do vício ou obstáculo que impede a sua aquisição, jamais deixará de tê-lo. No entanto, a posse de boa-fé pode perder este caráter e o perderá no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não mais ignora que indevidamente possui a coisa²²².

Observe que essa conversão de boa em má-fé ocorre no momento em que as circunstâncias determinarem aquela presunção de que o possuidor está ciente de que sua posse é indevida. Relevante para essa conversão o instante em que ele tem conhecimento da existência do vício ou do obstáculo. Veja, pois, que, como antes asseverado, o direito vê a boa-fé de modo negativo, como ignorância, e não como convicção.

Ainda antes de iniciar os estudos das relações entre o herdeiro real e o excluído²²³, insta discorrer sobre os frutos e benfeitorias.

Com relação à percepção dos frutos, por primeiro, consigne-se que eles, os frutos, são produções orgânicas periódicas de uma coisa que dela se destacam sem diminuir-lhe a substância, determinando sua produção econômica (NERY JÚNIOR; NERY, 2006, p. 230)²²⁴. Também, frutos são bens que de outro nascem periodicamente, sem destruição ou prejuízo para este. *Fructus est quidquid ex re nasci et resnasci solet.*

²²¹ CPC – Art. 219, *caput*.

²²² CC – Art. 1.202.

²²³ Essas relações são pautadas pelos arts. 1.214 a 1.222 do CC.

²²⁴ Nota 2 ao art. 95.

São, portanto, características dos frutos a periodicidade, a inalterabilidade da substância da coisa principal que os produz e sua separação dessa mesma coisa principal. Quanto à origem, os frutos podem ser naturais, se renovados periodicamente em razão da força orgânica da coisa que os produz; industriais, se produzidos pela intervenção do esforço humano sobre a natureza; e civis, se constituídos por rendas derivadas da utilização de coisa frugífera por quem não lhe é proprietário. São exemplos: as colheitas, de frutos naturais; a produção de uma fábrica, de frutos industriais; e juros, aluguéis, foros, de frutos civis²²⁵. No tocante ao estado, os frutos podem ser pendentes, se ainda unidos à coisa principal que os produziu; colhidos, ou percebidos, se já separados dessa coisa; percepiendos, se ainda não colhidos, mas se já deveriam tê-lo sido; colhidos com antecipação, se percebidos antes do tempo próprio; e consumidos, se já não existirem por utilizados pelo possuidor.

Há de se ter em mente que os frutos naturais e industriais se consideram colhidos e percebidos logo que são separados da coisa que os produziu, enquanto os civis reputam-se colhidos dia por dia²²⁶.

Benfeitorias, por sua vez, são melhoramentos, obras ou despesas que se fazem em bem, móvel ou imóvel, próprio ou alheio, para conservá-lo, aumentar-lhe ou facilitar-lhe o uso ou, simplesmente, torná-lo mais agradável ou aprazível. É necessário que os melhoramentos e obras não resultem apenas de obra da natureza, já que não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor²²⁷.

As benfeitorias classificam-se em necessárias, se tiverem por fim a conservação do bem, evitando-lhe o perecimento ou deterioração; úteis, se aumentarem ou facilitarem o uso da coisa; e voluptuárias, se forem de mero recreio ou deleite, por tornarem a coisa mais agradável ou aprazível.

²²⁵ Deve-se observar que a expressão *frutos e rendimentos* de que fala o art. 1.817, par. único do CC, é pleonástica, já que rendimentos são frutos civis.

²²⁶ CC – Art. 1.215.

²²⁷ CC – Art. 97.

A respeito desses tópicos, como anteriormente exposto, o CC (BRASIL, 2002) reza que o excluído da sucessão é obrigado ao restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles²²⁸.

Já estudados os aspectos doutrinários necessários, cabe, agora, examinar a percepção dos frutos produzidos pela coisa reivindicada pelo herdeiro real enquanto ela esteve na posse do excluído, a indenização das benfeitorias nela realizadas também na oportunidade em que esteve na posse desse último e o seu direito de retenção em virtude da indenização perseguida, bem como a sua responsabilidade pela deterioração e perda da coisa.

Acerca da *fructum perceptio*, deve-se consignar que o possuidor de boa-fé, *rectius*, excluído de boa-fé, tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos²²⁹. Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a sua boa-fé, bem como os colhidos com antecipação a esse momento devem ser restituídos ao herdeiro real, assegurado, entretanto, ao excluído o direito de abater do valor a ser restituído as despesas de produção e custeio. Esse abatimento objetiva evitar o enriquecimento sem causa do herdeiro real, uma vez que, se a posse da coisa reivindicada com ele estivesse, para conseguir os frutos que lhe devem ser restituídos teria a necessidade de ter aquelas mesmas despesas de produção e custeio.

Se, no entanto, o excluído estiver de má-fé, responderá ele pelos frutos colhidos e percebidos durante todo o período em que foi possuidor de má-fé. Responderá, também, pelos frutos que, por culpa sua, deixou de perceber. A ele também assiste, em razão do mesmo motivo antes exposto, o direito às despesas da produção e custeio²³⁰.

Algumas observações a respeito da boa-fé merecem ser consignadas.

A primeira delas refere-se à possibilidade de o excluído, de início, estar de boa-

²²⁸ CC – Art. 1.817, par. único.

²²⁹ CC – Art. 1.214.

²³⁰ CC – Art. 1.216.

fé que, em dado momento, se converte em má-fé. Nesse caso, ao tempo em que esteve de boa-fé emprega-se a disciplina do artigo 1.214 e, a partir do momento em que se constituiu de má-fé, aplica-se o disposto no artigo 1.216.

Há de se notar, também, que o ônus da prova da culpa de que se fala nesse artigo 1.216 incumbe ao herdeiro real, já que, na ausência dessa culpa, reside o fato impeditivo do direito de o herdeiro real ver-se indenizado pelos frutos não percebidos. Segundo Washington de Barros Monteiro (1990, p. 70), em matéria possessória, dá-se, geralmente, inversão do ônus da prova, que passa a ser incumbência do adversário do possuidor. E esse adversário, na espécie, é o herdeiro excluído, que os bens hereditários possuía. Aplica-se, destarte, à espécie o anexim *in pari causa possessor potior haberi debet*. Ou, ainda, a vetusta locução *beati possidentis*. Afinal, *possideo quia possideo*.

Ainda, o *quantum* da indenização derivada dos frutos que, por culpa do excluído, se deixou de perceber é calculado por arbitramento, segundo a quantidade de frutos que se podia perceber, caso o herdeiro real tivesse explorado a coisa dentro de critérios técnicos médios e comuns. (RIZZARDO, 2004, p. 133).

No que tange à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção, tem-se, de início, que, por um lado, distinguir se a posse do excluído, era de boa ou má-fé e, de outro, classificar a benfeitoria, cuja indenização se persegue.

De fato. Se de boa-fé, o excluído tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis. Ainda, assiste-lhe o direito de retê-las, em razão do que pode ele conservá-las em seu poder até que seja cabalmente indenizado pelo herdeiro real²³¹. Por óbvio, adimplida a indenização fixada, cabe ao excluído devolver a benfeitoria antes retida.

No tocante ao direito de retenção, já se ensinou que não é lícito ao juiz atribuir direito de retenção a quem quer que seja. Cabe-lhe, pois, tão-somente, declarar se justa

²³¹ CC – Art. 1.219.

ou injusta, legal ou ilegal a retenção exercida. A retenção é, então, de um direito negativo. Consiste na faculdade de sustar a entrega da coisa até que se indenize o retentor. Seus pressupostos são a detenção da coisa, a existência de um crédito do retentor e a relação de causalidade entre esse crédito e a coisa retida. (MONTEIRO, 1990, p. 68). Ausente qualquer um desses pressupostos, descabida será a retenção.

Também, esse direito de retenção deve ser exercido por meio de embargos de retenção por benfeitorias²³². Nada obsta, entretanto, a que, se não exercido tal direito, a indenização pelas benfeitorias realizadas no bem hereditário, cuja restituição se busca, seja demandada por ação autônoma.

Quanto às benfeitorias voluptuárias, se também de boa-fé o excluído, pode ele, se não lhe forem pagas, levantá-las, quando puder fazê-lo sem detrimento da coisa. Trata-se do *jus tollendi* a ele deferido. Mas esse direito de levantar as benfeitorias voluptuárias exige dois requisitos cumulativos, a saber, o não pagamento da indenização por essas benfeitorias pelo herdeiro real e a ausência de ofensa à integridade do bem hereditário, do qual se pretende suprimirem as benfeitorias voluptuárias. Dessa forma, se não houver o pagamento e não puderem essas benfeitorias ser levantadas, o excluído as perderá em favor do herdeiro real.

Não se pode olvidar que as pertenças²³³ não têm o mesmo tratamento dado às benfeitorias. Essas, acessórias que são ao bem principal, a ele aderem, pelo que ao herdeiro real são, conjuntamente ao bem principal, devolvidas quando restituído esse bem, restando, então, regra geral, ao excluído, que as realizou, tão-só a indenização estudada, ainda que com direito de retenção. As pertenças, por seu turno, ao contrário, são bens que, não constituindo parte integrante do bem principal, se destinam, de modo duradouro, ao uso, serviço ou aformoseamento dele, em razão do que podem ser separadas e alienadas de per si. E, se tal podem, quando da restituição do bem principal, não há se cogitar em sua restituição vinculada a esse bem principal e respectiva indenização compulsórias.

²³² CPC – Art. 744.

²³³ CC – Art. 93.

Por outro lado, se o excluído esteve de má-fé, ser-lhe-ão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias. Não lhe cabe, ainda, direito de retenção pela importância indenizatória dessas benfeitorias, nem o direito de ver-se indenizado pelas benfeitorias úteis, nem o de levantar as voluptuárias²³⁴. Aquelas e essas ficam para o herdeiro real como compensação do tempo em que ficou privado da posse dos bens restituídos, o que afasta eventual argumento de enriquecimento sem causa. O legislador deu, portanto, ao excluído, se possuidor de má-fé, severo tratamento. Deu-o justamente para punir a sua má-fé.

Acrescente-se que, se a posse do bem hereditário pelo excluído foi em parte de boa-fé e em parte de má-fé, a indenização das benfeitorias se dará segundo a boa ou má-fé da ocasião em que elas foram realizadas.

Quanto ao pagamento da indenização, insta consignar que o valor das benfeitorias se compensa com o dos danos. Para tanto, levam-se em conta tanto aquelas quanto estas se existentes à época da restituição. Trata-se de hipótese de compensação legal²³⁵.

Relativamente à fixação do *quantum* indenizatório das benfeitorias, mais uma vez urge identificar se o excluído esteve de boa ou má-fé. No caso da boa-fé, o herdeiro real deverá indenizá-lo pelo valor atual das benfeitorias, pouco importando se esse valor na oportunidade seja maior ou menor do que o custo delas. Se de má-fé, o herdeiro real tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo²³⁶. Aqui, a existência da má-fé impõe punição ao excluído, já que, por certo, a opção será pelo menor desses dois valores.

No que diz respeito à responsabilidade pela deterioração e perda do bem hereditário, de igual forma há de se considerar a boa ou má-fé do excluído.

Se esteve de boa-fé na posse desse bem, o excluído não responderá pela perda

²³⁴ CC – Art. 1.220.

²³⁵ CC – Art.1.221.

²³⁶ CC – Art. 1.222.

ou deterioração a que não der causa²³⁷. Então, por ser possuidor de boa-fé, detinha ele a coisa como se sua fosse, com *animus domini*, pelo que, para fins de indenização, eventuais perecimento ou estrago por ele não causados lhe são irrelevantes. Afinal, o herdeiro aparente cuidava do bem como se seu fosse e não foi ele o causador do dano. Assim, obrigado a restituir o bem hereditário ao herdeiro real, fá-lo-á no estado em que ele se encontre. Deve esse herdeiro real buscar a indenização, em consequência, junto ao causador do dano.

Mas se a posse do excluído é de má-fé, responderá ele pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais²³⁸. Pune-se, aqui, outra vez, a má-fé. Nem mesmo o caso fortuito e a força maior são excludentes dessa punição. Estará, no entanto, afastada a indenização, se o excluído provar que a perda ou deterioração de igual modo se teriam dado estando o bem hereditário na posse do herdeiro real.²³⁹ Ressalte-se que o ônus dessa prova incumbe ao herdeiro aparente, uma vez que nela reside fato extintivo do direito do herdeiro real²⁴⁰.

Por fim, insta considerar que, aqui, ao herdeiro real e ao excluído se atribuíram direitos relativamente à percepção dos frutos, indenização por benfeitorias, direito de retenção e indenização por deterioração ou perda do bem hereditário. Esclareça-se que, apenas por questões didáticas, se referiu tão-somente ao excluído. Na verdade, por excluído deve-se entender tanto o indigno quanto o deserddado.

²³⁷ CC – Art. 1.217.

²³⁸ CC – Art. 1.218, 1ª parte.

²³⁹ CC – Art. 1.218, 2ª parte.

²⁴⁰ CPC – Art. 333, II.

10 ASPECTOS PROCESSUAIS DA INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

10.1 Noções gerais

Desde logo, há de se consignar que o CC (BRASIL, 2002) determina que a exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer dos casos de indignidade ou deserdação, será declarada por sentença²⁴¹. Ainda, igualmente esse diploma legal reza que, ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada.

Logo, segundo o CC (BRASIL, 2002), para o desamoroso ser excluído da sucessão, há de se aforar em face dele ação ordinária na qual necessariamente se deverá apurar a efetiva ocorrência da causa invocada, que é o ato de ingratidão.

Na ação de deserdação, esse ato de ingratidão que será provado é aquele que na cláusula testamentária consta. Anote-se que, na ação de ingratidão, não há essa cláusula. Basta que se alegue, e prove, aquele ato.

É veraz que essa conclusão acerca da necessidade da ação ordinária não é unânime na doutrina. Há vozes discordantes. Dentre elas, pode-se citar Arnaldo Rizzardo (2008, p. 93), que, invocando julgado que cita, entende ser, em casos especiais, dispensável essa ação. Tal se dá, *v.g.*, quando o ato contra o hereditando ou as demais pessoas elencadas consistiu em homicídio, ou qualquer outro crime grave. Máxime, leciona esse festejado professor, se há sentença criminal condenatória, restando, então, definida a culpabilidade do indigno. Ele conclui que a conjugação do juízo de reprovação na esfera criminal à orientação familiar de excluí-lo da partilha permite dispensar a ação própria, porque todo o processo pressupõe uma angularização, um contraditório. E, no caso, dada aquela condenação criminal, nada mais há a se proclamar, porque nenhuma defesa será possível. A ação cível seria, então, o demandar pelo demandar. (RIZZARDO, 2008, p. 93).

²⁴¹ CC – Art. 1.815, *caput*.

Igual entendimento leciona José Luiz Gavião de Almeida (2003, p. 163).

Parece, entretanto, que a doutrina majoritária se inclina pela necessidade da dita ação ordinária. Nesse sentido, estão: Carlos Maximiliano (1952, p. 112), Orosimbo Nonato (1957, p. 164), Paulo de Lacerda (1918, p. 352), dentre os vetustos doutrinadores pátrios, bem como Carvalho Santos (1981a, p. 222), Washington de Barros Monteiro (2003, p. 67) e Zeno Veloso (2003, p. 337), dentre os novéis estudiosos da matéria.

E, neste trabalho, adota-se que a ação ordinária é imprescindível para demonstrar a veracidade da imputação feita ao desamoroso, com a qual se obtém sua exclusão da sucessão do ofendido.

Trata-se, pois, de matéria de ordem pública, pelo que insuscetível de alteração pelo arbítrio das partes envolvidas. Daí, mesmo que a pessoa cuja exclusão da linha sucessória se pretende tenha confessado a causa do afastamento, dispensada não estará a sua frutífera prova na ação ordinária.

De igual forma, na hipótese de a causa da exclusão ser um ilícito penal, não é suficiente a mera condenação criminal daquele cujo afastamento da sucessão se busca. Não se olvide, pois, que os institutos da indignidade e deserdação não operam de pleno direito.

E necessário que exclusão seja declarada por sentença, já que tanto o indigno quanto o deserddado são sucessores, pelo que, como antes já dito, na correta assertiva de Orlando Gomes (2004, p. 31), a eles, independentemente da prática do cuja autoria se imputa, a herança é devolvida, embora a lei os prive do direito hereditário. *Potest capere sed non retinere*. Efetivamente, diz-se que eles herdaram, mas não retêm.

Observe que não milita em favor daquela desnecessidade da ação cível o fato de que a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se

acharem decididas no juízo criminal²⁴². Deveras. Se assim o fosse, condenado o homicida na esfera criminal, não se haveria de falar em ação cível para se obter a respectiva indenização, o que, contudo, é necessário ainda que seja para mera liquidação. No caso da exclusão da herança em que a sua causa já foi objeto de condenação no juízo criminal, deve-se ter que a ação cível é igualmente necessária não para mais se questionar a existência do fato ou a sua autoria, por já decidida no juízo criminal, mas para declarar a consequência dessa prática de fato pelo sucessor, que é a exclusão.

Acolhe esse ponto de vista o julgado:

Sucessão. Exclusão do herdeiro. Indignidade. Homicídio. Sentença condenatória transitada. A decisão do Tribunal do Júri, condenando o filho pelo homicídio do cometido contra seus pais, devidamente transitada, faz coisa julgada no juízo cível. Neste caso, coberta a discussão sobre a existência do fato ou de sua autoria, o juízo de reprovação civil é mero consectário para declarar a indignidade já proclamada [...]”²⁴³.

Ainda, hoje é pacífico que o ajuizamento da ação de exclusão, seja com o objetivo de declarar a indignidade, seja com o escopo de se reconhecer a deserdação, deve ocorrer após a morte do hereditando. Nesse diapasão está Itabaiana de Oliveira (1952, p.144), para quem, no tocante à ação de indignidade, somente pode ser proposta depois de aberta a sucessão, quando, então, haverá herdeiros ou interessados nela.

Nesse sentido também está a jurisprudência: “Apelação. Ação de deserdação ajuizada por pessoa viva, que quer deserdar um herdeiro necessário seu. Impossibilidade jurídica do pedido [...]”²⁴⁴. Ainda: “Apelação cível. Ação ordinária de exclusão de herdeiro ascendente (pai) por indignidade. Sucessão não aberta. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção do feito. Recurso desprovido.”²⁴⁵

Verdadeiramente, abertura da sucessão para a propositura seja da ação de

²⁴² CC – Art. 935.

²⁴³ TJRS – Apelação Cível nº 599204930, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 9.6.99.

²⁴⁴ TJRS – Apelação Cível nº 70034811208, Rel. Des. Rui Portanova, j. 20.5.10.

²⁴⁵ TJRS – Apelação Cível nº 700110080745, Rel. Des. Alfredo Guilherme Englert, j. 10.3.05.

indignidade, seja da ação de deserdação constitui, na legislação atual, pressuposto processual de ambas as ações.

A título de argumento, para que a ação ordinária em tela seja proposta tão-somente depois da abertura da sucessão, invoca-se o anaxim *hereditas viventis non datur*. Não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva. Ainda, não há herdeiro de pessoa viva, pelo que, antes da morte do hereditando, falta, na linguagem de Paulo de Lacerda (1918, p. 353), ao ingrato a qualidade de que a ação tenta despojá-lo.

Mas de fato não se pode aceitar esse argumento. A vedação da propositura da ação de exclusão ainda quando vivo o hereditando é mera opção legislativa e doutrinária.

Milita em prol dessa tese o fato de que é válida a partilha feita por ascendente por ato entre vivos²⁴⁶, o que significa dizer que essa partilha é levada a efeito antes da abertura da sucessão desse ascendente. E, se aqui se pode tratar de herança de pessoa viva, há de concluir ser inidôneo o argumento representado pelo aforismo *hereditas viventis non datur*.

A história também trabalha contrariamente à assertiva embasada nesse brocardo. Com efeito. O assento de 20 de junho de 1780, assim como o projeto de Teixeira de Freitas²⁴⁷ autorizam que a prova da veracidade da causa da deserdação mencionada pelo autor da herança podia ser por ele mesmo defendida. Aquele assento reza que

[...] veio em dúvida se o pai em sua vida pode intentar ação contra a filha para ser julgada deserpada no caso do § 1º da Ord., Livro 4, tít. 88, ou se só no Testamento – e por sua morte a pode deserdar [...]. Assentou-se pela maior parte dos votos que o pai pode intentar ação em sua vida para se declarar a filha incurso na pena de deserdação; porque ainda que esta regularmente se costuma fazer no testamento, não há lei que proíba usar o pai em sua vida do direito que pelo mesmo fato da filha logo se transfere; posto que o efeito da deserdação só se verifique depois da morte, e seja esse revogável, quando o pai pode remitir a injúria; especialmente atendida a

²⁴⁶ CC – Art. 2.018.

²⁴⁷ Arts. 982, § 4º e 1.017.

disposição [...]. (NONATO, 1957, v. II, p. 166).

Igual trilha seguiu o projeto de Felício dos Santos, no qual consta que o próprio testador pode, em vida, provar a causa da deserdação, em processo regular, intentado contra a pessoa que pretende deserdar. Esse doutrinador defendeu a conveniência desse preceito com o argumento de que esta faculdade dada ao testador é de grande utilidade, já que os fatos, enquanto recentes, podem ser provados com mais facilidade, o que não acontece depois de passados vários anos²⁴⁸.

Ainda, na legislação estrangeira há exemplos da possibilidade legal de se excluir o desamoroso quando ainda vivo o ofendido²⁴⁹.

Não obstante esses argumentos, é pacífico que a propositura tanto da ação de indignidade, quanto da ação de deserdação, como dito, pode ocorrer tão-somente após a abertura da sucessão. Nesse sentido já se decidiu:

DESERDAÇÃO – Pretensão de reconhecimento judicial – Impossibilidade – Questão possível de ser apreciada após aberta a sucessão. Exigência, portanto, de disposição de última vontade – Inclusão de cláusula em testamento como pressuposto indispensável – Impossibilidade jurídica do pedido judicial manifesta – Sentença confirmada – Recurso improvido²⁵⁰.

10.2 Pressuposto processual da ação de deserdação

A disposição testamentária em que o autor da herança lança a causa da deserdação é pressuposto processual para o aforamento da ação ordinária na qual se pede seja o desamoroso reconhecido como deserdado. Inexistindo essa disposição testamentária, não há, pois, se falar em exerdação. Sem ela, se proposta a respectiva ação, ter-se-á na hipótese a ausência de pressuposto processual de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

²⁴⁸ Art. 1.802.

²⁴⁹ *Vide* capítulo: **A indignidade e deserdação nos ordenamentos jurídicos alienígenas.**

²⁵⁰ TJSP, Ap. nº 544.816.4/6-00, Rel. Des. Elcio Trujillo, j. 17.6.09.

Veja, contudo, que, em razão de algumas das causas ensejadoras da deserdação também o serem da indignidade, na falta de disposição testamentária, nada obsta a que, tratando-se de causa comum a ambos os institutos, o interessado persiga o afastamento do ingrato por meio de sua declaração de indignidade, que não exige anterior disposição testamentária para o seu sucesso, pelo que não requer esse pressuposto processual.

Dado o fato de essa disposição testamentária ser pré-requisito para a propositura da respectiva ação pela qual se busca afastamento do herdeiro necessário de sua cota disponível, deserdando-o, impõe-se que acerca dessa disposição de última vontade se discorra. E é o que se fará a seguir.

Já se falou neste trabalho em diversas oportunidades que a deserdação ocorre tão-somente se nesse sentido o autor da herança tiver deixado em testamento essa sua vontade. A deserdação deve, portanto, ser expressa, embora não se exijam dela expressões sacramentais ou, mesmo, termos técnicos. Daí é que não há deserdação tácita.

É irrelevante a forma dada ao testamento em que se lança a cláusula deserdativa. Basta que não seja forma legalmente vedada. Pode, pois, o testamento ser ordinário ou especial. Se ordinário, independe ser ele cerrado, público ou hológrafo. Se especial, é indiferente seja ele marítimo ou aeronáutico. Anote-se que, embora no passado a escritura pública fosse meio hábil para se decretar a deserdação, hoje não mais o é. O testamento deve, entretanto, ser válido, porque, se nulo for ou vier a romper-se, ineficaz será a deserdação.

Palavras desabonadoras, referências de desprezo, maldições lançadas são insuficientes para ensejar a deserdação. Também o é a instituição de um herdeiro no lugar de outro.

É indispensável, pois, que o testador decline claramente a causa em razão da qual ele ordena a deserdação. Isso porque essa forma de exclusão excepciona aquela

regra geral que reserva aos herdeiros necessários – descendentes, ascendentes e cônjuge – pelo menos a metade dos bens deixados pelo falecido, parte esta a que se denomina quota indisponível. (CAHALI; HIRONAKA, 2012, p. 356). Sem essa expressa declaração de causa, não haverá deserdação e nulo será o testamento quanto à disposição de exclusão. Ainda, declarada pelo sucedendo em testamento uma causa para a deserdação, se não for ela provada na respectiva ação ordinária, o desamoroso estará livre para receber sua legítima, ainda que uma outra causa, igualmente idônea para ensejar o afastamento, mas que da cláusula testamentária não conste, vier a ser demonstrada. Essa outra causa poderá, porém, dar azo, se legalmente prevista para tanto, à declaração de indignidade.

A deserdação pode, entretanto, derivar da combinação de diversas disposições do ato de última vontade.

A disposição testamentária pela qual se deserda não pode impor uma exclusão condicional ou, mesmo, um afastamento a termo. Deve ela ser pura e simples.

E condição é a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto²⁵¹. Futuridade e incerteza são, portanto, elementos conceituais da condição. Daí a invalidade da disposição que se achar na dependência de um evento futuro e incerto. Nada obsta, entretanto, a que a deserdação seja apenas aparentemente condicional, o que se dá se sua dependência se der de fato anterior, de cuja existência o testador não tenha plena certeza. É válida, exemplificando, a deserdação em que o testador determina que dada pessoa seja excluída de sua sucessão se ela o difamou. Aqui se tem a incerteza, mas não há futuridade. É pretérita da difamação em que se embasou a exclusão.

De igual forma, inválidas são as disposições testamentárias que impõem ao deserdado um afastamento temporário dos bens hereditários. Deserda-se e, em consequência, o ingrato fica afastado de vez desses bens ou não se deserda, caso em que a ele a herança será normalmente deferida. Igualmente inválidas aquelas outras

²⁵¹ CC – Art. 121.

que fixam um termo inicial para o recebimento da herança.

Por exceção, pode-se ter, no entanto, a deserdação que, por via reflexa, seja condicional. Dá-se ela na hipótese de perdão ou revogação da exclusão condicionais. Se houver o implemento da condição imposta para que ocorra o perdão ou revogação, a deserdação se frustrará; ao contrário, se não houver esse implemento, a exclusão se dará. Exemplificando: dispõe-se em ato de última vontade que a privação da herança constante de anterior testamento fica sem efeito se ocorrer determinado evento futuro e incerto. Veja que condicional não é deserdação, mas o perdão dado.

10.3 Pressuposto processual de ambas as ações de exclusão

Se o excluído houver acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrer em crime contra a sua honra, de seu cônjuge ou companheiro, necessária será a antecedente sentença criminal condenatória, que passa a ser verdadeiro pressuposto processual tanto para ação de indignidade quanto para a ação de deserdação.

A jurisprudência, da mesma maneira, se manifesta:

APELAÇÃO CÍVEL. EXCLUSÃO DA SUCESSÃO POR INDIGNIDADE. ART. 1.814, II DO CC. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. O reconhecimento da indignidade do herdeiro pela prática de crimes como calúnia, difamação ou injúria perpetrados contra o extinto, seu cônjuge ou companheiro exige, consoante o disposto no art. 1.814, II do CC, prévia condenação no juízo criminal. Manutenção da sentença que extinguiu o feito, na forma do art. 167, VI do CPC. Apelação desprovida²⁵².

Na hipótese dos crimes dolosos contra a vida que ensejam a exclusão do agente da linha sucessória do autor da herança não há, entretanto, a necessidade de prévia condenação na esfera penal. Isso porque a prova da exclusão deve ser feita no cível, não obstante a matéria definitivamente julgada no juízo criminal não possa mais ser objeto de questionamento. Assim se posicionam Carvalho Santos (1981a, p. 215),

²⁵² TJRS – Ap. Cível nº 70046924858, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pasti, j. 22.3.12.

Paulo de Lacerda (1918, p. 339), Maria Helena Diniz (2007, p. 53), dentre outros doutrinadores.

Nesse mesmo sentido também está a jurisprudência:

ACÇÃO DE INDIGNIDADE. HOMICÍDIO DO HEREDITANDO. JURISDIÇÃO CÍVEL E CRIMINAL. Inexigível prévia condenação criminal para o ajuizamento da ação de indignidade, despicienda a suspensão enquanto pende de julgamento o feito criminal. Agravo improvido²⁵³.

A diversidade de tratamento aqui dado a estes crimes, se comparados com o homicídio, é explicada na doutrina. Diz-se que, embora o CC (BRASIL, 2002) expressamente não exija a sentença criminal condenatória, ela se faz necessária para demonstra a verdade, já que a intenção difamatória, o *dolus malus*, a má-fé, o propósito de denegrir e aviltar é elemento vital das infrações em questão. Sem a *intentio diffamandi*, sem o *animus injuriandi*, não há calúnia, nem injúria. E essa condição elementar do crime contra a honra pode ser excluída pela retorsão, pela compensação, pelo *animus defendendi* e pela *exceptio veritatis*, segundo a corrente doutrina penal. Parece, em consequência, manifesta a imprescindibilidade de uma decisão que proclame o dolo com que agiu o herdeiro ou legatário, conspurcando o nome do autor da herança, a fim de que ele sofra a exclusão. (LACERDA, 1918, p. 346). Igual posição tem Carvalho Santos (1981a, p. 218).

A prática de ofensas físicas pelo excluído contra o testador, por sua vez, ensejam a deserção ainda que inexista prévia condenação da justiça penal. A hipótese assemelha-se ao crime de homicídio doloso. Nesse sentido, veja Washington de Barros Monteiro (2003c, p. 241), Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 405), Arnaldo Rizzardo (2008, p. 533).

As demais causas que geram a exclusão por indignidade e deserção não são penalmente típicas ou, se o são, não exigem prévia condenação criminal.

²⁵³ TJRS – Agr. Inst. Nº 70002423044, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 30.5.01.

10.4 Pressupostos processuais negativos de ambas ações de exclusão

Então, como visto, o desamoroso, para ser declarado indigno, basta ter perpetrado contra o sucedendo ofensa prevista no CC (BRASIL, 2002). Essa conduta, se provada, é causa suficiente para ensejar o sucesso da competente ação de indignidade. Dispensável é, portanto, qualquer disposição testamentária se afastamento do ofensor da sucessão do ofendido for buscado por meio das regras da indignidade.

Mas, se a exclusão se der por meio da deserdação, a mera prática daquela ofensa não é o bastante para a respectiva ação de exclusão ser frutífera, já que o ofendido em ato de última vontade, ao lado da descrição da ofensa, há expressamente de consignar esse desejo de afastamento de seu ofensor.

Essa declaração expressa de exclusão, para a ação de deserdação, é, portanto, verdadeiro pressuposto processual.

A prática daquela ofensa e a expressa disposição testamentária de exclusão do herdeiro necessário podem, porém, tornar-se inidôneas para a propositura de qualquer dessas duas ações de exclusão. E isso ocorrerá se houver o perdão do indigno ou a revogação da disposição deserdativa, o que deverá dar-se, em ambos os casos, por ato do próprio autor da herança.

Aquele perdão do indigno e essa revogação da disposição deserdativa constituem verdadeiramente pressupostos processuais negativos de ambas as ações em estudo.

Insta, por conseguinte, discorrer sobre esses dois institutos.

Por primeiro, será abordado o perdão que o hereditando dá ao indigno. Esse perdão, também denominado reabilitação, não passa de mera declaração expressa do sucedendo no sentido de que o seu ofensor está livre de futuro afastamento de sua sucessão. Com o perdão, o indigno deixa de perder a sua legitimação para suceder

aquele a quem ofendeu. Note-se que não é a sua capacidade sucessória que lhe é devolvida, já que ele não a perde em momento algum. Ele apenas volta a ter legitimação para tanto.

Essa reabilitação deve dar-se por meio de testamento ou ato autêntico. Com efeito. Aquele que incorreu em ato que determine a exclusão da herança por indignidade será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico²⁵⁴.

Acerca do testamento, pouco se tem a dizer. Consigne-se apenas que o perdão pode ser lançado em qualquer forma de testamento, ordinária ou especial, nas diversas modalidades daquela ou desta. E, se o CC (BRASIL, 2002) exige seja a reabilitação expressa por meio de testamento, descabe fazê-la por codicilo.

Anulado ou declarado nulo o testamento que contém o perdão, efeito algum ele produzirá, pelo que a remissão estará invalidada. Deveras. *Quod nullum est, nullum parit effectum*. O que é nulo gera efeito nulo. O mesmo se diga a respeito da anulação. Mas, se esse testamento for público, pelo que escrito por tabelião ou seu substituto legal em seu livro de notas, sua nulidade não terá o condão de inviabilizar o perdão, já que, mesmo diante dessa nulidade, subsistirá o ato autêntico, outra opção de forma para a reabilitação. Agora, se outra for a forma eleita para o testamento, por inexistir o subjacente ato autêntico, fulminada estará a reabilitação.

Quanto à revogação do perdão dado pelo hereditando ao indigno, basta que o autor da herança, também em testamento ou ato autêntico, assim o declare. Nesse sentido está o escólio de Carlos Maximiliano (1952, p. 117), para quem se restabelece a indignidade ao se eliminar o perdão, o que, sobretudo no solo pátrio, onde existe a deserdação, implica a perda da herança pelo desamoroso. Ainda, na lição desse mesmo doutrinador, subsistirá o perdão na hipótese de não constar de testamento posterior a expressa cláusula revocatória, uma vez que anterior declaração de última vontade persiste em tudo que não for contrário à posterior. Trata-se da vontade presumida do

²⁵⁴ CC – Art. 1.818, *caput*.

falecido. Isso porque o anterior instrumento em que se lançou a disposição testamentária perdeu a sua eficácia.

Para Orlando Gomes (2004, p. 37), a reabilitação é, no entanto, irretratável. Declarada em testamento, prevalece ainda que este tenha sido revogado, ou se tenha tornado inexecutível. No entanto, pode ser impugnada por vício de vontade. De igual forma, Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2012, p. 136) entendem que o perdão, uma vez concedido, é irretratável e impede qualquer discussão posterior.

Ato autêntico, por sua vez, é a escritura pública. É qualquer instrumento que, revestido das formalidades legais, tenha sido lavrado por quem tem fé pública. Não basta a declaração particular, ainda que contenha a autenticidade da firma do remetente.

É veraz já se ter ensinado que ato autêntico não é somente a escritura pública. Também o seria o escrito particular firmado pelo *de cuius*, subscrito por testemunhas, já que serve para traduzir o desejo do hereditando no sentido de que o herdeiro ingrato continue herdeiro. (DIAS, 2011, p. 299). Não se pode, contudo, avalizar tal assertiva, uma vez que, exigindo que a reintegração do herdeiro ou legatário no exercício do direito sucessório decorra de ato autêntico (ou testamento), necessariamente excluídos estão as declarações e escrituras particulares, cartas e atos de que não derivem de serventário da justiça que detenha fé pública. Di-lo o adjetivo **autêntico**. Se assim não no fosse, dispensável seria este vocábulo.

Desnecessário que o ato autêntico seja especial para consignar a remissão. O Código não o exige. Daí é que termo judicial de ação estranha à reabilitação e escritura pública lavrada com escopo diverso podem contê-la.

A reabilitação é faculdade pessoal do autor da herança. Tendo sido ofendido o descendente, ascendente, cônjuge ou companheiro do hereditando, não têm eles, portanto, a devida legitimidade para, em nome do autor da herança, frutiferamente

perdoar o ofensor. Somente o hereditando pode reemitir, com que autoriza a admissão do ofensor ao seu processo sucessório.

Dessas ponderações deve-se concluir que o perdão há de ser expresso, deduzido de fatos inequívocos e concluentes. Se tácito, em regra, será ele ineficaz.

Diz-se em regra porque se admite o perdão tácito, também denominado perdão parcial, limitado ou indireto, que se opera por meio de testamento. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode, pois, suceder no limite da disposição testamentária²⁵⁵.

No tocante à deserdação, não há se falar em perdão. A inexistência de cláusula deserdativa, por si só, implica que o ofensor herdará. Apenas deve-se ter a devida atenção para o fato já aqui alertado. Se a ofensa for causa comum à indignidade e deserdação, mesmo diante a ausência dessa cláusula, os interessados podem buscar a exclusão do ofensor por meio da indignidade. Daí é que, embora não fosse esse o desejo do sucedendo, o seu sucessor será excluído. Para que não no seja, a hipótese requer o perdão de que antes se falou.

A exemplo do que se dá com o perdão parcial daquele que incorreu em atos que determinam a indignidade, anteriormente mencionado, admite-se, de igual forma, a possibilidade da deserdação parcial. Basta que no ato de última vontade o testador assim se manifeste. Ao lado da disposição expressa em que ordena o afastamento do desamoroso, imponha ele os limites desse afastamento. *Qui potest maius, potest et minus*. Afinal, quem pode o mais, pode o menos. É, então, possível ao autor da herança deserdar o filho, afastando-o da legítima, embora em seu favor institua um legado.

Insta, agora, discorrer sobre o segundo daqueles pressupostos processuais negativos, que é a revogação da disposição testamentária pela que se buscou a

²⁵⁵CC – Art. 1.818, par. único.

deserdação daquele que contra o hereditando perpetrou qualquer das ofensas de que já se falou neste trabalho.

O CC (BRASIL, 2002) não trata da possibilidade de o deserdando ser perdoado pelo deserdante. Não obstante tal omissão, por certo deve-se ter por cabível a revogação da cláusula deserdativa. Note-se, pois, que a revogabilidade é ínsita ao instituto do testamento. Ainda mais, dada a similitude existente entre a indignidade e a deserdação, por analogia há de se aplicar àquela as regras do perdão existente nesta. Afinal *ubi eadem est ratio, ibi idem ius*. Onde for idêntica a razão, deve o direito ser o mesmo.

Nesse particular, tem-se a lição de Orosimbo Nonato (1957, v. II, p. 147). A deserdação é suscetível de ser retratada. Não se cuida de ato irrevogável, e ainda assim o seria mesmo que fosse admitida fora do testamento em escritura pública ou por termo judicial, tal como se dava no regime do direito pré-codificado. É, pois, irracional e desumano não possa o autor da herança, repeso do castigo duríssimo, armado por ele próprio, contra seu herdeiro, torná-lo ineficaz pelo perdão.

Mas adverte esse doutrinador: apenas, não bastará, no caso, a simples reconciliação, o reatamento da amizade manifestada de público, à vista e face de todos e por atos de expressão inequívoca. (NONATO, 1957, v. II, p. 147). A revogação da cláusula deserdativa deve ser feita por meio de forma solene. À semelhança do perdão na indignidade, a reabilitação deve constar de testamento ou de outro ato solene. Ressalte-se, contudo, que a forma de testamento adotada na disposição deserdativa não vincula a forma a ser adotada para a sua revogação.

Para Carlos Maximiliano (1952, p. 164), aqueles que declaram irrevogável a indulgência manifestada em favor do deserdado se embasam em ter a lei atribuído ao testador o direito de eliminar a incapacidade, o que se faz com a deserdação, mas não o de criar incapacidade.

Tanto na indignidade, com relação ao perdão, quanto na deserdação, no que se

refere à revogação da disposição testamentária, não se pode fazê-los antecipadamente. Não se remite, pois, o que não existe. Daí é que a renúncia ao direito de excluir não é óbice a que, perpetrada nova ofensa, possa o ofendido ser excluído por essa nova conduta da linha sucessória. Nada aproveita ao desamoroso a anterior remissão se vier a praticar faltas futuras. (MAXIMILIANO, 1952, p. 165).

10.5 Reflexos processuais da morte do deserdando e do excluído

Desde logo, há de se lembrar que a exclusão por indignidade ou deserdação atinge tão-somente o desamoroso. Diz a doutrina clássica que tal se dá porque não se castigam inocentes, que, na hipótese, seriam os sucessores do excluído.

Daí é que falecido o ingrato depois de aberta a sucessão do hereditando, mas antes da propositura da respectiva ação, não tem cabimento o seu aforamento. Isso porque, se improcedente o pedido nela deduzido, dele influência alguma na sucessão derivará e, se procedente ele, de igual forma nenhuma consequência se terá. Note-se que, em qualquer dessas duas hipóteses, terá havido a premonição do herdeiro seja porque efetivamente ele morreu antes de a ação ser ajuizada (hipótese de improcedência da ação), seja porque assim foi declarado (no caso de sua procedência). E aqui se aplica o ensinamento: deserda-se e declara-se indigno quem está vivo. Afinal, se morto estiver aquele que da herança seria afastado, pouco importando o motivo, se por morte real ou por ter sido considerado como se morto fosse, quem herdarão são os seus sucessores.

Idêntica conclusão tem-se no caso de o deserdando morrer antes de aberta a sucessão. Haverá a premonição do deserdando, cujos herdeiros, por direito de representação, serão chamados à sua sucessão.

Agora, falecido o deserdando depois de iniciada a ação de exclusão, a doutrina ensina que ela prossegue. Habilitam-se seus herdeiros. Nesse sentido: Clovis Beviláqua (1977, p. 784), Arnaldo Rizzardo (2008, p. 93), Washington de Barros

Monteiro (2003c, p. 67), dentre outros doutrinadores.

Esse entendimento não pode, entretanto, ser integralmente aceito. Com efeito. Se o resultado da ação, procedente ou não o seu pedido, não vier a prejudicar os interessados, o seu prosseguimento é desnecessário, devendo ela ser extinta por superveniente falta de interesse processual. Ao contrário, se o resultado dela beneficiar um interessado, prejudicando outro, o seu prosseguimento é de rigor.

Falou-se em abertura da sucessão do deserdando. Considerado o fato de a exerdção referir-se a herdeiro necessário, idêntico deve ser o raciocínio para a hipótese de indignidade de herdeiro legítimo. Em ambas as hipóteses o excluído será considerado como pré-morto ao hereditando. E os herdeiros daquele herdam deste por representação.

Se, no entanto, a indignidade disser respeito a herdeiro testamentário ou a legatário, outro deve ser o entendimento, já que na sucessão testamentária não há direito de representação. Logo, se aquele herdeiro ou o legatário, por ter sido declarado indigno, for tido como se morto fosse antes da abertura da sucessão do testador, nada receberão os herdeiros deles, dada a inexistência de direito de representação na espécie.

Em consequência, pode-se asseverar que, na indignidade, a morte do desamoroso, se herdeiro testamentário ou legatário, antes de aberta a sucessão do autor da herança, é óbice ao ajuizamento da respectiva ação, uma vez que no caso o sucedendo é efetivamente pré-morto, pelo que os herdeiros nada receberão. Se essa morte ocorrer após a abertura da sucessão do hereditando e antes da propositura da respectiva ação ou, mesmo, durante a sua tramitação, pertinente será o aforamento e prosseguimento da ação. Isso porque o seu resultado ditará o destino da herança ou legado. Se improcedente o seu pleito, os herdeiros do ingrato serão aquinhoados com a deixa testamentária, enquanto, se procedente, caso em que ele será tido como pré-morto, dela esses herdeiros estarão privados.

10.6 Legitimidade ativa e passiva

Por primeiro, consigne-se que do polo passivo das ações de exclusão deve figurar o herdeiro, ou legatário, que se pretende ver excluído.

Por outro lado, relativamente ao polo ativo, conquanto omissivo quanto à indignidade, o CC (BRASIL, 2002), no tocante à deserdação, determina que, ao herdeiro instituído ou àquele a quem ela possa aproveitar, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador²⁵⁶.

Conclui-se, pois, que a legitimidade ativa para o aforamento da ação de deserdação cabe ao herdeiro instituído e àquele a quem ela aproveita. Com supedâneo, mais uma vez, no brocardo *ubi eadem est ratio, ibi idem ius*, deve-se apontar que igual legitimidade para a ação de indignidade possuem esses aquinhoados.

E quem são aqueles a quem a exclusão aproveita? Na esteira da lição de Carlos Maximiliano (1952, p. 112), passa-se a apontá-los.

Por primeiro, esse mestre repete, aperfeiçoando-a, a regra geral já indicada no texto legal. Leciona ele, a título de exemplo daquele a quem a exclusão beneficia, que detém legitimidade ativa o co-herdeiro (refere-se o doutrinador ao cossucessor legítimo) ou, sendo o excluído o único de sua classe, o herdeiro da classe subsequente, que é aquele a quem a sucessão caberia se o indigno ao hereditando fosse pré-morto. Igualmente têm legitimidade ativa (a) o legatário e o donatário instituído pelo sucedendo na hipótese de a exclusão gerar-lhes proveito; (b) o credor de sucessor do ingrato, suprindo-lhe a iniciativa em caso de inércia que a ele prejudica; (c) terceiro de quem o desamoroso reivindique bem hereditário, se a exclusão o beneficiar; (d) o herdeiro do interessado que morreu antes do aforamento da ação de exclusão ou durante o seu curso; e (e) o Estado, não havendo sucessor legítimo ou testamentário.

²⁵⁶ CC – Art. 1.965, *caput*.

A essa lição, pode-se acrescentar que (f) possui legitimidade ativa o co-herdeiro testamentário na hipótese de ocorrer direito de acrescer entre ele e o excluído, bem como (g) o devedor do sucessor do ingrato se, da mesma forma, a exclusão a esse devedor beneficiar.

A presença de estranhos à sucessão no rol de legitimados ativos pode, *prima facie*, causar estranheza. Indevida ela, no entanto. Deveras. A indignidade e a deserdação não surgiram com o escopo de mero proveito dos interesses familiares ou de simples defesa das pretensões do hereditando e seus sucessíveis. Ensejaram-nas a moral social e motivos de ordem pública. E aquela moral e esses motivos fazem essa legitimidade ativa ultrapassar os lindes domésticos para alcançar quem quer que possa beneficiar-se pela exclusão do desamoroso. Em suma, o fundamento da ação em tela é o interesse econômico advindo do afastamento do desamoroso da linha sucessória.

Aquela regra geral antes apontada, por comum, desmerece qualquer exemplo. Merecem-no, entretanto, as demais hipóteses elencadas. Para (a) e (f), tem-se o direito de acrescer entre os herdeiros testamentários ou legatários. Em uma disposição *re tantum*, o testador deixa, por exemplo, determinado bem para um herdeiro e, noutra, deixa esse mesmo bem igualmente para outro herdeiro. Um dos herdeiros tem legitimidade para a propositura da ação de exclusão do outro, já que, se frutífero o pleito de afastamento, o quinhão do excluído ao do autor da demanda acresce.

Também, elucida (a), agora tendo no exemplo o donatário de que fala a hipótese, a liberalidade feita em comum pelo doador ao filho e sua mulher.²⁵⁷ A mulher dolosamente mata o doador, seu sogro. O filho, igualmente donatário, terá legitimidade de propor a ação de exclusão, já que, excluída a ingrata, subsistirá para ele a totalidade da doação, uma vez que, com exclusão, ela será tida como morta²⁵⁸.

O credor de sucessor do ingrato de que fala (b) é prejudicado pela inércia na

²⁵⁷ CC – Art. 551. Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual.

²⁵⁸ CC – Art. 551, par. único. Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente.

hipótese de esse sucessor ser insolvente. Se excluído for o ingrato, a este sucessor será deferida a herança do sucedendo. Aquele credor requererá, então, a abertura do inventário, no qual habitará seu crédito. Daí a sua legitimidade ativa para, promovendo a ação de exclusão, afastar a inércia que o prejudicava.

Quanto a situações que elucidam a hipótese (d), em que a legitimidade é conferida ao herdeiro do interessado que morreu depois do hereditando, mas antes do aforamento da ação de exclusão ou durante o seu curso (hipótese em que ocorrerá mera habilitação), faz-se aqui remissão aos exemplos dados na seção anterior, na qual se fala dos reflexos processuais da morte do sucedendo e do excluído.

Ainda, em (e), caso o herdeiro legítimo não tenha sucessor ou, tratando-se de herdeiro testamentário ou legatário, caso o hereditando não possua sucessor, aquela legitimidade ativa para a exclusão daquele herdeiro legítimo e deste herdeiro testamentário ou legatário é devolvida ao Estado, a quem a doutrina tradicional chama simplesmente de fisco. É certo que o Estado não é verdadeiramente sucessor do autor da herança. Há de se observar, pois, que as disposições do CC (BRASIL, 2002) acerca da herança jacente²⁵⁹ demonstram na vocação do Estado fundamento diverso daquele que se tem na vocação hereditária. Diz-se, pois, que o Estado é o recolhedor dos espólios sem sucessor. É o proprietário nato dos bens vagos, das heranças vacantes. (NONATO, 1957, v. II, p. 110).

A hipótese (g) aponta a legitimidade ativa do devedor do sucessor do ingrato se, da mesma forma, a exclusão vier a beneficiar a esse devedor. Exemplificando: a fixação de pensão alimentícia embasa-se no binômio possibilidade e necessidade. Se esse credor deixar de ter necessidade, isso pode dar-se inclusive em razão de ele receber bens hereditários, o seu devedor livre estará da obrigação. Daí é que esse devedor tem interesse, porque irá beneficiar-se, em que o seu credor ao ingrato suceda. Logo, a exclusão do ingrato efetivamente beneficiará ao devedor do sucessor do excluído, a quem devia alimentos.

²⁵⁹ CC – Arts. 1.819 e seguintes.

Já se discutiu acerca da legitimação ativa do herdeiro de grau mais distante quando o sucessor do ingrato, *scilicet*, o herdeiro mais próximo, não ajuíza a respectiva ação de exclusão. Na doutrina pátria, conquanto o faça com relação à ação de petição de herança, Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 68) leciona que somente o herdeiro mais próximo, que é aquele a quem os bens por primeiro devem caber, tem legitimidade para essa ação. No mesmo sentido, agora discorrendo acerca da ação de indignidade, é a posição de Carlos Maximiliano (1952, p. 114) e de Paulo de Lacerda (1918, p. 357). Daí é que, intentada a ação de exclusão por interessado mais distante, deverá ser repelida pela *exceptio proximioris heredis*, já que, ao lado de a ninguém ser lícito compelir alguém a demandar, o sucessor mais distante não tem ação para postular direitos do sucessor mais próximo. Ninguém pode, pois, litigar direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado por lei²⁶⁰, exceção essa, entretanto, que não é o caso aqui tratado.

Igualmente, quanto à ação de deserdação, discutiu-se a legitimidade do testamenteiro para a sua propositura. Nesse particular, a doutrina divide-se. De um lado, Washington de Barros Monteiro (2003c, p. 245), por exemplo, ensina que o testamenteiro, por não lhe aproveitar a deserdação, não pode propor a respectiva ação, embora lhe caiba propugnar a validade do testamento, do que, por outro lado, Pontes de Miranda (1984, p. 304) discorda. Sílvio Venosa (2005, p. 324), por seu turno, compartilha de que o testamenteiro, por não ter interesse econômico direto, não tem legitimidade para o aforamento da ação de deserdação, embora dela possa participar com assistente simples.

O Ministério Público deve participar do processo como fiscal da lei. Assim o faz sempre que na sucessão há testamento. Aliás cabe-lhe velar pelo cumprimento do testamento.²⁶¹ Dado faltar-lhe interesse econômico, não detém ele legitimidade ativa para a propositura seja da ação de indignidade, seja da ação de deserdação.

Contrariamente a esse entendimento, já se julgou que o Ministério Público é

²⁶⁰ CPC – Art. 6º.

²⁶¹ CPC – Arts. 1.126 e 1.133.

parte legítima para propor ação de indignidade em prol de criança e adolescente. E assim o é, segundo se decidiu, porque, sendo menores os herdeiros, seus direitos são indisponíveis, cuja defesa lhe incumbe nos termos do artigo 201, inc. V do ECA (BRASIL, 1990) e do artigo 127, *caput* da CF (BRASIL, 1988)²⁶². No mesmo diapasão:

Indignidade de herdeiro necessário. Homicídio do autor da herança. Ação declaratória. Legitimidade ativa do Ministério Público. Inteligência do art. 1.815 do CC/02. Co-herdeiros, ademais, que são menores. Preservação de seus interesses, indisponíveis. Sentença mantida. Recurso desprovido²⁶³.

10.7 O cônjuge nas ações de exclusão

Não se pode olvidar que a natureza jurídica da ação de exclusão em que se busca, indiferentemente, a indignidade ou a deserdação é de ação real. De fato, considerado que o direito assegurado por essa ação é o domínio de bens hereditários, ou de parte deles, ao ingrato transmitido, tem-se que a natureza jurídica dessa demanda é real. Note-se, pois, que domínio é direito real²⁶⁴.

Ainda, nela, ao se buscar a exclusão do desamoroso, por via oblíqua, persegue-se direito à sucessão aberta. E o direito à sucessão é um bem imóvel²⁶⁵, que a doutrina classifica como imóvel por determinação legal. (DINIZ, 2007a, p. 330). Sendo imóvel o direito assegurado pela ação de exclusão, pode-se, por conseguinte, concluir que ela é, além de real, como asseverado, imobiliária.

Diz-se, então, que ela é ação real imobiliária.

E, por ter tal natureza jurídica, se casado for o seu autor, o cônjuge necessitará do consentimento do outro para propô-la, bem como, se casado for o seu réu, o seu

²⁶² TJRS, Ap. nº 70043253103, Rel. Des. Rui Portanova, j. 4.8.2011.

²⁶³ TJSP, Ap. nº 0000078-83.2005.8.26.0627, Rel. Des. Cláudio Godoy, j. 25.10.11.

²⁶⁴ CC – Art. 1.225, inc. I.

²⁶⁵ CC – Art. 80, inc. II.

consorte para ela deverá ser citado²⁶⁶.

Além desse argumento de cunho processual, não se pode esquecer de que, ressalvadas as hipóteses legais das quais a seguir se falará, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, pleitear, como autor ou réu, acerca de bens imóveis.²⁶⁷ E o direito à sucessão aberta, como visto, pertence a essa categoria de bem.

Por certo, a outorga conjugal para o aforamento da ação de exclusão e o litisconsórcio passivo necessário se o réu casado for deixam de existir na hipótese de casamento sob o regime da separação de bens²⁶⁸, convencional ou legal²⁶⁹, ou da participação final nos aquestos, se no pacto antenupcial convencionalizado estiver a livre disposição dos bens imóveis particulares.²⁷⁰ Igualmente desnecessária é a participação do cônjuge, seja como coautor seja como litisconsórcio passivo, havendo suprimento judicial da vênua conjugal²⁷¹.

Robora esse entendimento a pacífica doutrina acerca da ação de inventário, na qual, segundo ensinam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim (2009, p. 355), não se exige a participação do consorte do herdeiro se universal for a partilha, já que dispensável é a sua outorga de procuração. Caso haja, no entanto, ato de disposição de bens, como a renúncia translativa em favor de terceiros, desistência, cessão de direitos, alienação de bens do espólio e, ainda, partilha diferenciada, torna-se indispensável o comparecimento do cônjuge e de demais interessados, assentido com instrumento procuratório. Ainda, igualmente avaliza aquele entendimento o Conselho Nacional de Justiça, para quem os cônjuges dos herdeiros deverão comparecer ao ato de lavratura da escritura pública de inventário e partilha quando houver renúncia ou algum tipo de

²⁶⁶ CPC – Art. 10, caput e seu § 1º, inc. I.

²⁶⁷ CC – Art. 1.647, inc. II.

²⁶⁸ CC – Art. 1.647, *caput*.

²⁶⁹ Theodoro Junior (2006, p. 135). Anote-se, entretanto, que essa regra de dispensa se dá na hipótese de o casamento realizado sob o regime da separação de bens ter ocorrido após o advento do atual CC. Isso porque o CC revogado exigia a vênua conjugal. E, nos termos do art. 2.039 do CC/2002, o regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do CC anterior é o por ele estabelecido.

²⁷⁰ CC – Art. 1.656.

²⁷¹ CC – Art. 1.648.

partilha que importe em transmissão²⁷². Também, no mesmo sentido está:

Arrolamento sumário – Determinação de citação de consorte de herdeiro – Inconformismo – Acolhimento – Desnecessidade da providência, para fins de homologação de partilha, porquanto observada a integridade do quinhão hereditário pertencente ao herdeiro – Ausente ato de alienação, renúncia ou cessão de direitos hereditários, dispensável a ausência de cônjuge de herdeiro-filho, casado sob regime de comunhão parcial – Decisão reformada – Recurso provido²⁷³.

Diz-se que aqueles entendimentos e este julgado roboram a posição aqui adotada no sentido de que, excetuados os casos dos regimes de bens antes mencionados²⁷⁴, há a necessidade da participação do cônjuge do interessado e do excluído na ação de exclusão, uma vez que o deslinde dessa ação, se frutífera, implica aumento patrimonial para aquele e diminuição para este. E de tais entendimentos e julgado deflui que a ausência do cônjuge ocorre justamente por haver partilha universal, o que significa dizer que a ausência não deve dar-se na hipótese de ocorrer aquele aumento e esta diminuição.

10.8 Outras questões processuais

O aforamento de qualquer das ações de exclusão do ingrato não implica a suspensão do processo de inventário. Prossegue ele normalmente. Basta que se reserve o quinhão ou legado que o sucessor receberá se infrutífera for a pretensão deduzida.

Nada obsta a que, no caso de indignidade, a posse desse quinhão ou legado seja, desde logo, transferida ao sucessor, que deverá ser restituída ao herdeiro real no caso de procedência do pleito. No entanto, tratando-se de deserdação, a posse dos bens

²⁷² Art. 17 da Resolução CNJ nº 35, que disciplina, dentre outras matérias, o inventário e a partilha extrajudiciais.

²⁷³ TJSP – A.I. nº 601.695-4/7-00, Rel. Des. Grava Brazil, j. 4.11.08.

²⁷⁴ Além das três hipóteses citadas em que de vênua conjugal prescinde o cônjuge para a alienação de imóvel, bem como para gravá-lo de ônus real, há verdadeiramente uma quarta, que está prevista no art. 978 do CC, segundo o qual *o empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real*. Esta hipótese não foi, entretanto, mencionada no corpo do presente trabalho por ser, na matéria por ele tratada, de difícil ocorrência.

hereditários, até o deslinde da querela, ficará confiada a um depositário ou ao próprio inventariante.

No entanto, caso já se tenha ultimado o inventário, procedente o pleito de exclusão, não há se falar em nulidade ou anulação da partilha, mas de mera sobrepartilha, caso em que o excluído devolverá os bens hereditários. Ainda, suposto válidos as alienações onerosas de bens hereditários feitas a terceiros de boa-fé e os atos de administração legalmente praticados pelo excluído, ele deverá restituir os frutos e rendimentos que houver percebido, restando a eventuais prejudicados o direito de demandar-lhe perdas e danos. É veraz que o excluído tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação dos bens devolvidos. Tudo conforme exposto no capítulo próprio²⁷⁵.

Caso não haja a repetição de que se falou, cabível, em favor de quem com ela se beneficiará, o ajuizamento da ação de petição de herança.

Na lição de Orlando Gomes (2004, p. 231) acerca da deserdação, nada impede que o próprio deserdado proponha, em face dos outros sucessores, a ação no empenho de provar a sua inocência. Trata-se de ação declaratória da inexistência da causa descrita pelo testador. O CC (BRASIL, 2002) revogado fala em ação do deserdado para impugnar a causa de sua deserdação²⁷⁶. Aqui haveria a inversão do ônus da prova, pelo que caberá ao réu provar a veracidade dos fatos descritos na cláusula de deserdação, já que fato negativo (e na espécie busca-se provar que o ingrato não praticou esses fatos) não comporta prova. Essa ação terá no polo ativo o desamoroso e no polo passivo aquele que seria beneficiado por eventual exclusão.

Ainda, o pedido dessa ação consiste na declaração de inexistência da causa alegada para a deserdação, pelo que, se procedente, além de o herdeiro não ser excluído, criará óbice à propositura da ação de deserdação. No entanto, a improcedência desse pedido não acarreta o automático afastamento do herdeiro. Daí

²⁷⁵ Capítulo 9.

²⁷⁶ CC/1916 – Art. 178, § 9, IV.

ser possível ao beneficiado com a eventual exclusão que, nessa ação declaratória, apresente reconvenção, com o que, provada a veracidade da causa da deserdação, se afastará o herdeiro da linha sucessória.

A medida cautelar de justificação não substitui a ação de exclusão. Pode, contudo, o próprio testador, obedecidas às regras processuais, ingressar com medida cautelar de produção antecipada de provas, na qual perseguirá a perpetuação da causa por ele alegada para a deserdação, o que poderá ser feito por meio do interrogatório do ingrato, perícias e inquirição de testemunhas.

Ainda, na lição de Paulo de Lacerda (1918, p. 356), a ação de indignidade é divisível, já que cada interessado pode intentá-la para receber a parte que individualmente lhe caiba em virtude da exclusão. Os bens restantes continuam com o excluído, até que nova sentença venha privá-lo deles ou de parte deles. Então os efeitos da sentença nessa ação prolatada não ultrapassam as partes nela envolvidas. A decisão lançada em feito promovido por um herdeiro não possui, por conseguinte, força de coisa julgada em relação aos demais. Em resumo: abstendo-se qualquer dos herdeiros de promover a ação de indignidade, o quinhão hereditário que lhe caberia não incorpora na parte cabente aos demais herdeiros que contra o excluído frutiferamente promoveram a ação. Ao contrário, ficará ele pertencendo ao indigno. Carlos Maximiliano (1952, p. 111), a esse respeito, de igual forma, ensina que, por ser divisível a ação de indignidade, o herdeiro de parte do espólio pleiteia apenas o seu quinhão e a sentença não logra a imponência de coisa julgada com respeito aos interessados estranhos ao litígio. O indigno continua com o domínio e posse do resto dos bens hereditários. Também, no mesmo sentido, é o entendimento de Orosimbo Nonato (1957, v. II, p. 107).

Essa divisibilidade é, no entanto, estranha à ação de deserdação, que é, portanto, indivisível. A frutífera ação de deserdação intentada por um interessado beneficia a todos, já que, com o seu êxito, o deserdado é por completo afastado da sucessão do autor da herança. Deveras. Como cediço e neste trabalho apontado em diversas oportunidades, deserdação deriva de uma cláusula testamentária, pela qual,

descrevendo a existência de uma causa autorizada por lei, o testador priva o herdeiro necessário da sua legítima. Atente-se, na indignidade não há essa cláusula. Logo, ao ajuizar a ação de deserdação, o seu autor está atendendo ao desejo do testador que quer ver o ingrato afastado da sua sucessão, o que a todos interessados aproveita. Já na ação de indignidade, o hereditando não manifestou previamente desejo algum, do que se conclui que a procedência do pedido de indignidade não pode dizer respeito a toda a herança, mas apenas ao quinhão daquele que a ação ajuizou.

Observe que é cabível a cumulação numa mesma ação, alternativa ou subsidiariamente, dos pedidos de indignidade e deserdação. Para tanto, basta que, na espécie, o fato ensejador da indignidade seja mais amplo do que aquele que foi descrito na disposição testamentária como causa da deserdação. E cite-se, a título de exemplo, o testador que deserda o descendente porque fora por ele caluniosamente acusado em juízo. Não consta do testamento, no entanto, que esse mesmo filho contra a sua vida atentara de forma dolosa. Daí que o beneficiado com eventual exclusão pode ajuizar ambos os pedidos. Num pede-se a deserdação, em virtude da denúncia caluniosa, e noutro a declaração de indignidade em razão do atentado contra a vida do autor da herança. E a procedência de qualquer um deles implicará o afastamento do ingrato da linha sucessória.

Para ultimar esta seção, discorrer-se-á acerca do valor da causa nas ações de indignidade e deserdação. Já se ensinou na doutrina, todas as causas devem ter um valor cuja fixação se dá segundo as regras processuais. Esse requisito define certas consequências processuais, dentre as quais se pode citar o pagamento das custas, o procedimento a ser adotado, a competência das varas dos juizados especiais, o arbitramento dos honorários advocatícios. (GRECCO FILHO, 2007, p. 107).

O valor da causa, em princípio, é o benefício econômico que a parte auferirá. Ocorre, contudo, que muitas causas não têm conteúdo econômico imediato, caso em que ele será estimado. O importante é que seja ele fixado na petição inicial.

Cumprе ressaltar, no tocante às ações de exclusão, que, nas regras processuais

pertinentes, não há previsão expressa para o valor da causa. E por não se ter nessas ações expressão econômica imediata, óbice algum há no sentido de a elas se dar um valor estimado, obedecido os limites da razoabilidade. Tal assertiva não prejudica a parte contrária, já que, posteriormente, passando a ter motivos justificados, ela pode impugnar de forma adequada o valor dado à causa, o que será avaliado à luz dos novos argumentos apresentados.

Nesse sentido já se julgou:

VALOR DA CAUSA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INDIGNIDADE. AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL PARA A HIPÓTESE. VALOR ESTIMÁVEL E, PORTANTO, ESTIMATIVO. POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA E ESPECÍFICA DA PARTE CONTRÁRIA. DECISÃO AFASTADA. VALOR DADO À CAUSA MANTIDO. O valor da causa não ação declaratória de indignidade é inestimável, porquanto a dimensão econômica do pedido não pode ser objetiva e previamente mensurada. Nesses casos, o valor é estimativo e cabe ao autor eleger o importe [...] A agravada, oportuna e adequadamente, poderá impugná-lo, existindo motivos justificantes. Decisão afastada. Valor da causa mantido. Recurso improvido²⁷⁷.

²⁷⁷ TJSP – Agr. Inst. nº 0118647-37.2012.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 3.7.12.

11 PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA?

Indubitavelmente o prazo preclusivo que contra as ações de indignidade e deserdação corre é de quatro anos. Conquanto para ambas ações seja igual esse prazo, o termo *a quo* de uma e o de outra são diversos. O quadriênio da ação de indignidade passa, pois, a fluir da abertura da sucessão²⁷⁸, enquanto o período quadrienal da deserdação inicia-se com a abertura do testamento²⁷⁹.

E essa diversidade de termos iniciais tem a sua razão de ser. A lei e a doutrina vedam a discussão da exclusão ainda quando vivo o hereditando sob o argumento espelhado no aforisma *hereditas viventis non datur*. Não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva. Ainda, não há herdeiro de pessoa viva, pelo que, antes da morte do autor da herança, falta ao ingrato a qualidade de herdeiro ou legatário que a ação de exclusão busca afastar.

Aberta a sucessão, viável o pleito de afastamento do herdeiro da herança. Mas isso apenas se a exclusão for por indignidade, que independe de disposição testamentária. Daí o termo inicial do prazo preclusivo da ação de indignidade ser a abertura da sucessão.

Ao contrário, caso o afastamento seja por deserdação, dada a necessidade da disposição testamentária, além da abertura da sucessão, deve-se ter a existência de testamento válido, ou pelo menos com as suas formalidades extrínsecas reconhecidas, do qual conste essa disposição. E o reconhecimento de tais formalidades dá-se com a abertura do testamento²⁸⁰. Então, sob pena de o respectivo prazo passar a correr sem se ter a notícia da existência de testamento válido, o termo inicial do prazo preclusivo da

²⁷⁸ CC – Art. 1.815, par. único.

²⁷⁹ CC – Art. 1.965, par. único.

²⁸⁰ CPC – Arts. 1.125 e seguintes.

ação de deserdação é a abertura²⁸¹ do testamento do qual consta a cláusula deserdativa.

Com o advento destes termos iniciais, passa a correr o prazo preclusivo para a propositura das ações de indignidade e de deserdação. E esse prazo é prescricional ou decadencial?

Tratam-nos como prazos prescricionais Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2012, p. 131), Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 164), Clovis Beviláqua (1977, p. 784), dentre outros. Dizem-nos prazos decadenciais Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 78), Washington de Barros Monteiro (2003c, p. 68), Carlos Roberto Gonçalves (2012b, p. 107), para não se alongar. Arnaldo Rizzardo (2008, p. 92) ora os taxa de prescricionais, ora os cataloga como decadenciais.

A jurisprudência, por sua vez, já entendeu ser prescricional o quadriênio dentro do qual se tem que propor a ação de indignidade. *Vide*:

SUCCESSÃO. Ação de exclusão de herdeiro por indignidade. Prazo prescricional. A ação fundada no CC-1.595 e CC-1.596 é a ordinária de exclusão de herdeiro por indignidade e não ação de nulidade ou anulação de testamento. O prazo prescricional é de quatro anos, nos termos do CC-178, par.9, inc. IV²⁸².

Veja, portanto, que há dissenso acerca da classificação dos prazos para a interposição da ação de indignidade e ação de deserdação.

Impõe-se, em consequência, sejam estudados os institutos da prescrição e decadência para, após, concluir se tais prazos seriam prescricionais ou de caducidade.

Com esse objetivo, transcrevem-se aqui alguns apontamentos acerca das

²⁸¹ Zeno Veloso insurge-se contra o uso da expressão *abertura do testamento*, uma vez que os testamentos públicos e particulares são sempre abertos, pelo que não se há de falar em abertura, mas de sua apresentação ao juiz. Não obstante essa pertinente observação, neste trabalho optou-se pelo uso da expressão questionada em razão de ela ser tradicionalmente usada para indicar o termo *a quo* do prazo preclusivo em estudo. *Vide* Veloso (2003, p. 337).

²⁸² TJRS – Ap. 5994124315, Rel. Des. Paulo Heerdt, j. 3.395.

diferenças entre prescrição e decadência. (TORRANO, 2011, p. 53). Pode-se, pois, afirmar que aquela é a definitiva consolidação de um estado de fato de que uma pessoa está gozando, oposto ao direito de outra, enquanto esta conserva e corrobora um estado jurídico preexistente. Na prescrição extingue-se uma pretensão e, por via oblíqua, torna indefeso o direito (dessa outra pessoa) antes defendido por essa pretensão extinta, não obstante o direito em si permaneça incólume. Com a decadência, aquele estado jurídico preexistente se torna hígido, pelo que não se pode mais contestá-lo, o que, por si só, em consequência, extingue a pretensão de vê-lo anulado.

Por outro ângulo, violado o direito, surge para seu titular a pretensão, que é a faculdade de se exigir o cumprimento do direito infringido, o que deve, porém, aperfeiçoar-se dentro do prazo prescricional previsto em lei, já que a pretensão se extingue pela prescrição. Decorrido o prazo, o exercício dessa faculdade pode ser obstado por meio da exceção de prescrição. Exemplificando: o inquilino viola direito do locador ao não pagar a ele o aluguel. Descumprido esse direito, nasce para o senhorio a pretensão de recebê-lo, a qual, entretanto, se extingue pela prescrição em três anos²⁸³. Se a lei, contudo, não previr prazo a pretensão será imprescritível.

O objeto da prescrição, em consequência, é essa exceção, que, não obstante seja mera defesa, se trata de uma preliminar de mérito, uma vez que, decidida, fica ela agasalhada pelo instituto da coisa julgada²⁸⁴. Não é, portanto, matéria de defesa processual, a ser abordada antes da análise do mérito como causa extintiva sem a resolução deste.

Na decadência, ao contrário, não há se falar em violação do direito. Inexiste obrigação descumprida. Há apenas alguém que se apresenta como titular de certo direito facultativo. E esse direito se resume na possibilidade de o seu titular, dentro do prazo prefixado em lei, insurgir-se contra a situação jurídica instalada. Trata-se de mera faculdade desse titular, uma vez que aquela situação jurídica não corresponde a um dever jurídico alheio, já que aqui não se tem qualquer violação de direito por parte

²⁸³ CC – Art. 206, § 3º, I

²⁸⁴ CPC – Art. 269, IV.

do *ex adverso* do titular de que se falou.

Exemplificando: o erro, vício de consentimento que é, torna anulável o negócio jurídico²⁸⁵. O contratante que nele incidiu tem, em consequência, a faculdade de vê-lo anulado. Essa faculdade, entretanto, se extingue, pela decadência em quatro anos, contados do dia em que se firmou a avença²⁸⁶. Extinta a faculdade, não mais se falará, por óbvio, em pretensão ou ação que a continue defendendo.

Observe-se que a situação jurídica instalada da qual se falou no corpo deste trabalho é aquela derivada do negócio jurídico, *rectius*, a relação jurídica existente entre os contratantes advinda do contrato anulável. Logo, se aquele contratante, que incidiu em erro, contra a situação instalada não se insurgir no quadriênio, decorrido ele não mais poderá fazê-lo, consolidando-se ela, já que decaído estará o seu direito de insurreição.

E o objeto da decadência é, então, o direito facultativo. Note-se que, como dito, esse direito não é aquele retratado pela situação jurídica instalada contra a qual o titular da faculdade pode rebelar-se. O objeto de que se fala é, sim, o direito de esse titular rebelar-se.

Quanto ao fundamento, tanto da prescrição quanto da decadência, deve-se tê-lo como o interesse maior da sociedade à certeza e segurança jurídicas. À sociedade, não interessa, pois, a instabilidade jurídica, se decorrido o prazo fixado em lei ou pelas partes, derivada da possibilidade de se poder, por um lado, exigir adimplemento de um direito que se diz violado (na hipótese de prescrição) ou, por outro, opor-se contra uma situação jurídica consolidada, que se diz eivada de dada mácula (no caso de decadência).

Ainda, numa visão mais simples, o objetivo da prescrição é estabelecer um termo *ad quem* para o exercício da defesa de um direito violado, enquanto o da

²⁸⁵ CC – Art. 86.

²⁸⁶ CC – Art. 178, II.

decadência é prefixar o tempo em que um direito pode ser eficazmente exercido.

Feitas estas observações, deve-se recordar que a indignidade e a deserdação impedem a conservação da herança pelo sucedendo, já que ao ser afastado, ele, por ser considerado herdeiro, recebe a herança para depois transmiti-la, como se morto fosse, aos seus descendentes. Em ambas, o sucessor fica, portanto, excluído da sucessão.

Igualmente já se viu neste trabalho que o motivo que leva a uma ou a outra exclusão é a falta de carinho, afeto, respeito do excluído para com o autor da herança. Não se pode olvidar que a sucessão hereditária se fulcra na afeição do autor da herança pelo seu sucessor, em quem tal afeição deve gerar apreço, gratidão, estima, ternura àquele e às suas vontades e disposição.

Daí já se ter ensinado que a vocação hereditária nascida do parentesco ou da vontade, legítima ou testamentária, supõe uma relação de afeto, consideração e solidariedade entre o autor da herança e o seu sucessor. (VENOSA, 2005, p. 68).

Veja, então, que, tanto na indignidade quanto na deserdação, não se tem apenas uma mera declaração de que o ofensor deva ser excluído da herança. Verdadeiramente tem-se a imposição de uma censura que resulta na ausência de legitimação para o herdeiro manter consigo a herança (ou legado) que lhe fora deferida. Acerca do indigno, desde o direito romano, diz-se *indignus potest capere, sed non potest retinere*. E o deserdado, neste particular, nada difere do indigno.

Dessa forma, violado o direito de o autor da herança ver-se amado e respeitado por seu herdeiro, o que se deu em razão do ato de desamor por este contra aquele perpetrado, surge para o hereditando a pretensão, que é a faculdade de se exigir, em razão da violação do direito de ser amado e respeitado, a compensação desse direito infringido, o que, na hipótese, se dá com o afastamento do desamoroso de sua linha sucessória. E essa compensação deve, porém, aperfeiçoar-se dentro dos prazos previstos em lei, sob pena de a pretensão, na qual se deduz esse pleito de compensação, se extinguir pelo decurso do tempo. Há de se concluir, portanto, que tais

prazos são prescricionais.

Os prazos extintivos da ação de indignidade e deserdação, ao contrário da parte doutrina que os classifica como decadenciais, devem ser, portanto, tidos como prescricionais, já que, se decorridos *in albis*, eles dão azo à extinção da pretensão nascida com a violação pelo sucessível do direito do hereditando à vida, honra e liberdade de testar, para citar tão-somente as ofensas que ensejam a indignidade.

Ainda, não se olvide que decadência é a perda de um direito facultativo, que se resume na possibilidade de o seu titular insurgir-se contra uma situação jurídica instalada, o que não ocorre na espécie, já que o legitimado ativo para a ação de exclusão não possui qualquer direito à herança, mas mera perspectiva.

Nem se diga que esse raciocínio possa ser solapado pelo fato de que a ação de exclusão deva ser proposta pelos herdeiros do autor da herança, dentre outros legitimados para tanto, pelo que seu aforamento pode dar-se apenas após a abertura da sucessão de que se trata. De fato. Como visto, tal circunstância trata de mera opção legislativa e doutrinária, já que no passado a legislação pátria autorizava e, mesmo hoje, a legislação de certos países, como dito anteriormente, autoriza seja essa ação proposta ainda em vida pelo ofendido.

Também a conclusão em questão não se destrói pelo fato de os prazos de que se fala não estarem no rol próprio dos prazos prescricionais do artigo 206 do CC (BRASIL, 2002), mas nos artigos 1.815, par. único e 1.965, par. único, ambos do CC (BRASIL, 2002). Deveras. O artigo 1.250 desse mesmo CC (BRASIL, 2002) aponta prazo para se pedir indenização no caso de aquisição da propriedade imóvel por aluvião. E a pretensão de cobrança indiscutivelmente extingue-se pela prescrição. Logo, aqui se tem prazo prescricional fora do lugar que a doutrina aponta como próprio para essa espécie de prazo.

CONCLUSÃO

Desde logo, insta consignar que, entre os diversos povos antigos, as regras sucessórias eram diversas. Os egípcios, por exemplo, desconheciam a sucessão testamentária. No direito romano, por meio de reforma pretoriana, ampliou-se a classe dos sucessíveis *ab intestato*, chamando a suceder até os colaterais em sexto grau, ressalvado, até o sétimo grau, o direito dos descendentes dos irmãos do *de cuius*. Nesse mesmo direito peninsular, em época ulterior, deferiu-se a sucessão aos descendentes, ascendentes e irmãos germanos, irmãos unilaterais, colaterais, que não fossem irmãos, e, por fim, cônjuge sobrevivente. Em solo pátrio, no direito pré-codificado, a vocação hereditária dava-se, nesta ordem, aos descendentes, ascendentes, colaterais até décimo grau, cônjuge supérstite e fisco. Já no início do século XX, além de trazer o cônjuge para o terceiro lugar na linha sucessória, limitou-se a sucessão dos colaterais ao sexto grau. Após, reduziu ao quarto grau a capacidade sucessória dos colaterais, o que foi acolhido pelo vigente CC (BRASIL, 2002).

Feitas essas observações diacrônicas, acerca da sucessão legítima, além da hipótese de a pessoa morrer sem testamento, a lei civil determina que ela também ocorre quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento ou se o testamento caducar ou for julgado nulo. Acresce-se que igualmente é caso de sucessão legítima se houver a anulação da disposição de última vontade. A sucessão testamentária, por sua vez, dá-se quando houver disposição de última vontade. O testamento e o codicilo retratam essa última vontade.

Anotadas essas lições doutrinárias, deve-se ter que a indignidade se situa no âmbito não só da sucessão legítima, mas ainda da hereditária, ao passo que a deserção, contrariamente ao apregoado pela doutrina tradicional, apenas na lição da sucessão legítima.

A maioria dos doutrinadores pátrios assevera, de um lado, que a indignidade é o instituto pelo qual se afasta o herdeiro, legítimo ou testamentário, da herança a si

deferida, bem como se priva o legatário do respectivo legado, e, de outro, que a deserdação consiste na retirada da legítima do herdeiro reservatário, em razão de aqueles e de este terem contra o hereditando perpetrado atos legalmente ofensivos.

Desses ensinamentos, pode-se indubitavelmente concluir que a indignidade e a exherdação são mero óbice ao recebimento do quinhão sucessório. Não há maiores diferenças entre ambos os institutos, além de simples cotejos procedimentares.

E eles podem ser assim sintetizados: na deserdação, o próprio autor da herança é quem impõe a privação em testamento, no qual descreverá os atos ofensivos que o levou a deserdar. Já na indignidade, o *de cuius* opta por não impô-la, pelo que deixa o mister de apontar esses atos a quem se beneficiar com o afastamento do herdeiro ou legatário.

Também, ambas as modalidades de exclusão dependem de que aqueles atos considerados ofensivos estejam previstos como tais em lei, bem como sejam eles praticados por aquele que sucederia contra a pessoa do hereditando, ou de outras que a lei aponta. Não se olvide também que tanto na indignidade quanto na deserdação é imprescindível que em ação ordinária o beneficiado com a exclusão prove a veracidade dos atos ofensivos, que, no caso de deserdação, embora descritos pelo autor da herança no seu testamento, devem ser relatados nesta ação ou, na hipótese de indignidade, dada a ausência de testamento, pelo próprio beneficiado hão na ação de ser apontados. Provados eles, a privação da herança ou legado, naquela, e da herança, nesta, será determinada por sentença.

Ainda, mesmo diante dessa prática dos atos ofensivos, o *de cuius* pode perdoar o ofensor. E a remissão, na indignidade, se dá por testamento ou ato autêntico, que é a escritura pública e termo judicial. No caso de deserdação, para que ocorra esse perdão basta que ele nomeie o ofensor herdeiro ou legatário. Não se descuida de que na exherdação o hereditando igualmente pode dar o perdão parcial.

Não se olvidar, por outro lado, que as causas ensejadoras da indignidade são em

número inferior do que aquelas que dão azo à deserdação. Ainda, excetuadas algumas poucas causas, elas também geram a deserdação. Há outras, entretanto, que são exclusivas da exerdção. Os motivos de indignidade têm natureza penal ou, pelo menos, são idôneos à anulação de qualquer negócio jurídico. Eles são de ordem objetiva. As causas exclusivas da deserdação, por sua vez, têm natureza pessoal. Dizem respeito, pois, mais à intimidade do autor da herança, à sua vida no seio de sua família. Daí é que o legislador, na indignidade, considerada aquela natureza penal de seus motivos ensejadores, deixou a sua declaração ao arbítrio de quem com o afastamento do herdeiro ou legatário se beneficiará, sem ceifar, contudo, o hereditando da faculdade de decidir a respeito da matéria, perdoando o ofensor ou punindo-o por meio da deserdação. Agora, na deserdação, mesmo tratando-se de as causas comuns à indignidade, cabe exclusivamente ao *de cuius* a decisão impor eventual castigo ao ofensor, afastando-o totalmente da herança ou, caso opte ele por uma pena mais leve, delimitando a deiza testamentária que a ele transmitirá.

Em conclusão, deve-se ter que a indignidade e a deserdação, conquanto assemelhados, são institutos diversos que não se confundem apenas pela simples razão de o CC (BRASIL, 2002) assim as tratar, já que verdadeiramente elas são, em última análise, apenas dois procedimentos distintos, pelos quais se retira o direito à herança ou legado daquele que ao autor da herança demonstrou desamor, ingratidão ou, mesmo, daquele que rompeu, violenta, astuta e contumeliosamente, pela força, pela malícia ou pelo vilipêndio, os laços de respeito e solidariedade, que o prendiam o hereditando.

A similitude entre ambos é tão intensa que os doutrinadores, na omissão legislativa referente ao destino do quinhão hereditário do deserdado, dizem que os herdeiros desse excluído devem representá-lo como se morto ele fosse, o que fazem por analogia ao direcionamento a esse quinhão dado na hipótese de o excluído tê-lo sido por indignidade.

Pode-se concluir, portanto, que a indignidade e a deserdação são a privação do direito sucessório a quem perpetrou atos considerados pela lei como ofensivos ao

hereditando ou interesses dele.

Quanto à natureza jurídica dos institutos em estudo, deve-se tê-la como a mera ausência de legitimação para a aceitação da herança, que, na oportunidade da delação, lhe foi devolvida. O herdeiro afastado, seja por ter sido declarado indigno seja por ter sido deserdado, verdadeiramente assim o foi por não deter a necessária legitimação para recolher a herança. A ele o quinhão hereditário foi devolvido, mas faltou-lhe legitimação para adi-lo.

Daí correta a assertiva feita pelos doutrinadores no sentido de que ao indigno a herança é devolvida, mas a lei o priva do direito hereditário. *Potest capere sed non retinere*. Efetivamente, no vernáculo diz-se que o indigno herda, mas não retém.

Para apontar semelhanças existentes entre ambos os institutos, deve-se consignar que aquela finalidade comum consistente no afastamento do sucessor se fulcra, tanto na indignidade quanto na deserdação, unicamente na vontade do autor da herança, que indubitavelmente não desejaria ver aquele que contra si agiu de forma ignóbil recolher os bens por ele havidos durante a vida. Se essa similitude há quanto à vontade, é veraz que ela, no entanto, se exterioriza num e noutro caso de forma diversa.

De fato. Na indignidade, a vontade do hereditando é presumida. Diz-se presumida dado o fato de que, na hipótese, o *de cuius* não se manifesta pela exclusão. Mesmo vítima da causa legal de afastamento, mantém-se silente. Entende-se, entretanto, que a privação da herança ou legado é a sua vontade porque, praticado contra si, ou pessoas indicadas na legislação, o ato que a enseja, caso não a desejasse, ele poderá perdoar, expressa ou tacitamente, o seu ofensor. Logo, se não no fez, é forçoso concluir que a sua vontade é pelo afastamento.

Ao contrário, na deserdação, a vontade do autor da herança relativa ao afastamento deve ser por ele ordenada em testamento. Neste particular, há de se ter em mente que somente com manifesta declaração de causa pode a deserdação ser

ordenada em testamento.

Os dois institutos apresentam, ainda, no tocante à sua semelhança, o fato de exigirem, para a sua efetivação, que aquele a quem aproveite a exclusão, em ação própria, prove, na indignidade, a ofensa em que se funda o pedido de afastamento e, na exerdção, a veracidade da causa alegada pelo testador.

Ainda, agora diferenciando ambos os institutos, na doutrina já se lecionou que a exclusão por indignidade resolve uma vocação hereditária existente no momento da abertura da sucessão, enquanto o afastamento do herdeiro necessário na deserdação priva-o de uma vocação legitimária por meio da vontade do testador.

Essa mesma doutrina, a título de exemplo de diferença entre indignidade e deserdação, ensina, também, que naquela os fatos que a ensejam nem sempre são anteriores à morte do autor ao passo que neste sempre o são.

Igualam-se os dois institutos no tocante aos efeitos da exclusão, que alcançam tão-somente a pessoa do excluído. Semelhantes são de igual forma as consequências dessa restrição ao indigno e deserddo desses efeitos.

Discorrendo, acerca das causas comuns a ensejar a indignidade e deserdação, pode-se dizer três são as causas geradoras da indignidade, que igualmente dão azo à deserdação. A primeira envolve uma violação ao direito à vida, a segunda exterioriza uma ofensa ao direito à honra, enquanto a última retrata um atentado contra o direito à liberdade testamentária.

Naquela violação ao direito à vida tem-se o homicídio voluntário, tentado ou consumado, perpetrado pelo herdeiro ou legatário, seja na qualidade de autor, coautor ou partícipe, contra a pessoa do autor da herança, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.

Também ensejam a exclusão do herdeiro ou legatário a acusação caluniosa feita

em juízo contra o *de cuius* e os crimes contra a honra cometidos contra o próprio hereditando, seu cônjuge ou companheiro

A terceira causa comum que leva à exclusão da sucessão ocorre na hipótese de o herdeiro ou legatário, por violência ou fraude, inibir ou obstar o autor da herança de livremente dispor de seus bens por ato de última vontade.

Além dessas causas anteriormente expostas, que ensejam tanto a indignidade quanto a deserdação, há outras que geram tão-somente a deserdação. Estas, por sua vez, se dividem em três grupos, a saber, causas que provocam a exclusão dos descendentes e ascendentes, outras das quais derivam o afastamento apenas dos descendentes e, por fim, aquelas que acarretam a exherdação só dos ascendentes.

As causas comuns à exherdação dos descendentes e ascendentes são a ofensa física, que, no campo penal, abrange tanto a contravenção de vias de fato quanto o crime de lesão corporal, e a injúria grave, que pode ser verbal ou real.

Nas causas capazes de gerar a deserdação exclusiva do descendente, têm-se as relações ilícitas mantidas pelo herdeiro com a sua madrasta ou padrasto. A expressão relações ilícitas deve englobar não só a cópula carnal, como também todo e qualquer comportamento lascivo, pelo que aí estão incluídos quaisquer relacionamentos amorosos, libidinagem, concupiscência e luxúria. Ainda mais, essa expressão abrange também o envolvimento homossexual. Outra causa exclusiva de deserdação do descendente é o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Por outro lado, há duas causas exclusivas de deserdação do ascendente pelo descendente. A primeira delas são as relações ilícitas mantidas por aquele com a mulher ou companheira do filho ou do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta. A segunda é o desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave ameaça.

Ressalte-se que até há pouco tempo o casamento era indissolúvel. A família,

consagrada pela lei, tinha um modelo conservador. A entidade matrimonial era, pois, patriarcal, patrimonial, hierarquizada e heterossexual. O vínculo conjugal, conquanto nascido da livre vontade dos nubentes, era mantido independente e até mesmo contra a vontade dos cônjuges.

Em razão da influência dos princípios do direito de família, consolidou-se, contudo, inicialmente, na doutrina e, há pouco, na jurisprudência, que a união de pessoas do mesmo sexo, ao contrário do que se entendia, constitui entidade familiar.

Essa nova visão da doutrina acabou por fortemente atingir os tribunais pátrios, que começaram a admitir a possibilidade jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo, às quais se dá o nome de união homoafetiva. Reconhecida essa união, passou-se igualmente a admitir a conversão da união estável homoafetiva em casamento.

Desses novos relacionamentos defluem direitos e deveres. Dentre os direitos, encontram-se o direito de família e o sucessório que devem existir nas relações homoafetivas, obedecidas às regras legais para tanto impostas. Daí é que o convivente homoafetivo, sem prejuízo de sua eventual meação, no que tange aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, participa da sucessão de seu companheiro. Ainda, no casamento homoafetivo, de igual forma, ao cônjuge supérstite, também sem prejuízo de sua meação e de seu eventual direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, será deferida a sucessão legítima ou testamentária nos termos da lei civil.

Em imagem especular a esses direitos, o companheiro e o cônjuge homoafetivos possuem seus deveres desse relacionamento amoroso derivados. Dentre esses deveres, encontra-se a obrigação de ele ao seu consorte dedicar amor, amizade, gratidão familiares. E, se algum de seus membros, por meio das condutas legalmente previstas para o seu afastamento da herança, demonstrar ingratidão, desamor, tal conduta deve ser havida por juridicamente relevante, reconhecendo-se a indignidade e deserção daquele que assim se portou.

Ainda, atualmente, em razão da maior liberdade individual existente, o casamento, outrora tido por indissolúvel, ou mesmo quase sagrado, passou a ter uma efemeridade nunca dantes vista, do que, em consequência, se banalizou a dissolução da sociedade conjugal de fato, bem como se multiplicou o abandono efetivo da prole. Não restam dúvidas de que, paralelamente a esse abandono afetivo da prole, se tem também o abandono afetivo do ascendente, que, não poucas vezes, distante da jovial higidéz que teve, se encontra provector, débil e doente.

Quanto à separação de fato, tal circunstância, por si só, impõe seja ela vista como estranha ao afastamento do supérstite da linha sucessório de seu finado cônjuge. Isso porque o consorte separado de fato há mais de dois anos deixa de ser herdeiro. E se não o é, não se falar em exclusão da sucessão.

Ao contrário do que se sucede com o cônjuge separado de fato, a prole e o ascendente abandonados, em tese, continuam herdeiros.

Ocorre, entretanto, que aquela prole, não obstante dela o seu ascendente se tenha afastado, e este ascendente, embora por sua prole tenha sido relegado, fazem jus aos idênticos nobres sentimentos que merecem os filhos e os pais não abandonados. Diga-se a propósito, se fazem jus a iguais sentimentos, aquela e este nem mesmo poderiam ter sido alijados do convívio e afetividade comuns. Com o abandono, o abandonador realmente está ofendendo a honra subjetiva do abandonado, do que, sem qualquer hesitação, pode inferir-se que, ao se ter tal conduta, se está cometendo contra o abandonado injúria grave, passível, se preenchidos os demais requisitos, de acarretar a deserdação do abandonador.

No tocante aos efeitos da exclusão do ingrato da linha sucessória, deve-se ter que tais efeitos são pessoais. Logo, os herdeiros do excluído herdam como se, na abertura da sucessão, ele morto fosse. Seguem-se, com o afastamento do herdeiro ou legatário, as regras sucessórias.

A indignidade e a deserdação não operam de pleno direito. Exigem elas

pronunciamento judicial que as declare. E declarada a exclusão, a situação jurídica do indigno e do deserddado é idêntica, *scilicet*, ambos são afastados da herança. E ação que exclui o herdeiro ou legatário terá os seus efeitos retroagindo à data da abertura da sucessão.

Quanto à indignidade, há expressa determinação no sentido de que o excluído da sucessão não terá direito ao usufruto legal ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança. Suposto essa vedação legal não exista na hipótese de deserdação, deve ela aqui também imperar. *Ubi eadem est ratio, ibi eadem ius*. Onde for idêntica a razão, deve o direito ser o mesmo.

Lembre-se, por outro lado, de que, na indignidade, mesmo ajuizada a respectiva ação, o herdeiro continua na posse dos bens hereditários, que, contudo, perderá se procedente o pedido nela formulado, enquanto, na deserdação, dada disposição testamentária que da herança exclui o herdeiro necessário, fica ele, aberto o testamento, sem a posse daqueles bens, que é confiada ao inventariante ou depositário judicial.

O CC (BRASIL, 2002), neste particular, dispõe serem válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé e os atos de administração praticados pelo herdeiro, antes da sentença que o declara indigno. Também, essa regra de validade, conquanto seja expressa apenas com relação à indignidade, há de se estender ela à deserdação, o que se faz com fulcro naquela simetria de que já se falou.

Com relação aos frutos e rendimentos percebidos pelo excluído e seu direito à indenização por despesas de conservação, desde logo uma observação há de ser apontada. Trata-se da lição que, neste particular, é dada pela doutrina majoritária no sentido de que essa restituição é devida em razão de os efeitos da sentença ocorrerem *ex tunc*, já que nela apenas se reconhece um direito a ela pré-existente, o que significa que seus efeitos devem retrotrair à data da abertura da sucessão.

Também, acolhido esse ensinamento, na sua esteira há de se ter que o excluído

faz jus à indenização pelas despesas que teve com a conservação dos bens hereditários. De fato, se o excluído não merece os frutos e rendimentos porque a *fructum perceptio* inere o domínio, que ao herdeiro real pertence, *a contrario sensu*, sob pena de enriquecimento sem causa por parte desse herdeiro, o excluído que tiver tido despesas com aquela conservação, por não ser titular do domínio dos bens hereditários, merece por tais gastos ser indenizado.

Não se pode olvidar que a disposição testamentária em que o autor da herança lança a causa da deserção é pressuposto processual para o aforamento dessa ação ordinária na qual se pede seja o desamoroso reconhecido como deserçado

Acerca do falecido o ingrato depois de aberta a sucessão do hereditando, mas antes da propositura da respectiva ação, há de se ter que passa a ser descabido o seu aforamento. Isso porque, se improcedente o pedido que nela seria deduzido, dele influência alguma na sucessão derivará e, se procedente ele, de igual forma nenhuma consequência se terá. Note-se que em qualquer dessas duas hipóteses teria havido a premoriência do herdeiro seja porque efetivamente ele morreu antes de a ação ser ajuizada (hipótese de improcedência da ação), seja porque assim foi declarado (no caso de sua procedência). E aqui se aplica o ensinamento: deserda-se e declara-se indigno quem está vivo.

Idêntica conclusão tem-se no caso de o deserçando morrer antes de aberta a sucessão do sucedendo. Haverá a premoniência daquele, cujos herdeiros, por direito de representação, serão chamados à sucessão deste.

Agora, falecido o deserçando depois de iniciada a ação de exclusão, ela poderá prosseguir ou não. Com efeito. Se o resultado da ação, procedente ou não o seu pedido, não vier a prejudicar os interessados, o seu prosseguimento é desnecessário, devendo ela ser extinta por superveniente falta de interesse processual. Ao contrário, se o resultado dela beneficiar um interessado, prejudicando outro, o seu prosseguimento é de rigor.

Consigne-se que do polo passivo das ações de exclusão deve figurar o herdeiro que se pretende ver excluído. Relativamente ao polo ativo, conquanto omissivo quanto à indignidade, o CC (BRASIL, 2002), no tocante à deserdação, determina que, ao herdeiro instituído ou àquele a quem ela possa aproveitar, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador. Com supedâneo, no brocardo *ubi eadem est ratio, ibi idem ius*, deve-se apontar que igual legitimidade para a ação de indignidade possuem esses aquinhoados.

Nada impede, entretanto, que o próprio deserdado proponha, em face dos outros sucessores, ação com o objetivo de provar a sua inocência. Trata-se de ação declaratória da inexistência da causa descrita pelo testador. E nesta ação cabível é a reconvenção, na qual se busca a exclusão do ingrato.

Ainda, a ação de indignidade é divisível, já que cada interessado pode intentá-la para receber a parte que individualmente lhe caiba em virtude da exclusão. Os bens restantes continuam com o excluído, até que nova sentença venha privá-lo deles ou de parte deles. Essa divisibilidade é, no entanto, estranha à ação de deserdação, que é, portanto, indivisível. A frutífera ação de deserdação intentada por um interessado beneficia a todos, já que com o seu êxito o deserdado é por completo afastado da sucessão do autor da herança.

Neste trabalho, já se asseverou que o motivo que leva à indignidade ou à deserdação é a falta de carinho, afeto, respeito do excluído para com o autor da herança. Não se pode olvidar que a sucessão hereditária se fulcra na afeição do autor da herança pelo seu sucessor, em quem tal afeição deve gerar apreço, gratidão, estima, ternura àquele e às suas vontades e disposição.

Veja, então, que, tanto na indignidade quanto na deserdação, não se tem apenas uma mera declaração de que o ofensor deva ser excluído da herança. Verdadeiramente tem-se a imposição de uma censura que resulta na ausência de legitimação para o herdeiro manter consigo a herança (ou legado) que lhe fora deferida.

Dessa forma, violado o direito de o autor da herança ver-se amado e respeitado por seu herdeiro, o que se deu em razão do ato de desamor por este contra aquele perpetrado, surge para o hereditando a pretensão, que é a faculdade de se exigir, em razão da violação desse direito de ser amado e respeitado, a compensação desse direito infringido, o que, na hipótese, se dá com o afastamento do desamoroso de sua linha sucessória. Essa compensação deve, porém, aperfeiçoar-se dentro dos prazos previstos em lei, sob pena de a pretensão, na qual se deduz esse pleito de compensação, se extinguir pelo decurso do tempo.

Há de se concluir, portanto, que os prazos para o ajuizamento das ações de exclusão são prescricionais, já que, se decorridos *in albis*, eles dão azo à extinção da pretensão nascida com a violação pelo sucessível do direito do hereditando à vida, honra e liberdade de testar, para citar tão-somente as ofensas que ensejam a indignidade.

BIBLIOGRAFIA

- ALMADA, Ney de Mello. **Direito das sucessões**. São Paulo: Brasiliense, 1991. v. 1
- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Sucessões**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1915.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado**. Coord. Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003.
- ALVES, Vilson Rodrigues. **Da Prescrição e da decadência**. Campinas, SP: Bookseller, 2003.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 744, out. 1997.
- AMORIM, Sebastião Luiz. **Código Civil comentado**. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004.
- ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: sucessões**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.
- BARROS, Hamilton de Moraes e. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 9
- BARROS, Hermenegildo Rodrigues de. **Do Direito das sucessões da sucessão em geral e da sucessão legítima**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.
- _____. **Manual do direito civil brasileiro: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929. v. 18
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil: edição histórica**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- _____. **Direito das sucessões**. Campinas, SP: Red Livros, 2000.
- _____. **Teoria geral do direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. A Proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal. **Jus Navegandi**, São Paulo, abr. 2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto>>. Acesso em: 05 jul. 2012.

BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.

_____. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código civil. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Rio de Janeiro, RJ, 01 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.

_____. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 13 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8952.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 29 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.

_____. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 10 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.

CAHALI, Francisco José. **Direito das sucessões.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Família e sucessões no código civil de 2002.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2

_____. **Prescrição e decadência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Curso avançado de direito civil.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAHALI, Youssef Said. **Aspectos processuais da prescrição e da decadência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A Nova execução de sentença.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAPOZZI, Guido. **Successioni e donazioni.** 3. ed. Milano: Ed. Giuffrè, 2009. t. I

CASTRO FILHO, José Olympio de. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 10

CATEB, Salomão de Araújo. **Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Direito das sucessões.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CRUZ, Branca Martins da. **Reflexões críticas sobre a indignidade e a deserção.** Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

CYRILLO, Joaquim Pacheco. Indignidade e deserção. **Revista do Advogado**, v. II, n. 6, 1981.

DANTAS, San Tiago. **Direito de família e das sucessões.** Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. **Programa de direito civil.** Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DIAS, Maria Berenice. **Família homoafetiva.** Coords. Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008.

_____. **Manual das sucessões.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada.** São Paulo: Saraiva, 1994.

ESCOBAR, Maria José Mena-Bernal. **La Indignidad para suceder como figura de exclusion de herencia em el código civil español.** Valencia: Tirant lo blanch, 1995.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das sucessões.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRANÇA, R. Limongi. **Direito intertemporal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal.** 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982. v. I

GOMES, Orlando. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. **Direitos reais.** 13. ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Introdução ao direito civil.** Atual. Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Sucessões.** 12. ed. Atual. Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

_____. **Direito civil brasileiro: direito das coisas.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012d. v. 3

_____. **Direito civil brasileiro: parte geral.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012c.

GOYTISOLO, J. Vellet de. **Panorama de derecho de sucesiones.** Madrid: [S.n.], 1982. v. 2

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2

GUIMARÃES, Carlos da Rocha. **Prescrição e decadência.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. **Comentários ao código civil.** São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20

_____. **Comentários ao código civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das sucessões.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JESUS, Damásio de. **Direito penal.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. I

LACERDA, Paulo de. **Manual do código civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1918. v. XVIII

- LAPUENTE, Sérgio Câmara. **La Exclusión testamentaria de los herederos legales**. Madrid: Civitas, 2000.
- LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da Prescrição e da decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI
- LIMA, Carlos Henrique da Rocha. **Gramática normativa da Língua Portuguesa**. 15. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1972.
- LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MAFFÍA, Jorge O. **Manual de derecho sucesorio**. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 2002. v. 1
- MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- MATIELLO, Fabrício Zamproga. **Direito civil comentado**. São Paulo: LTr, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.
- _____. **Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.
- MÉNDEZ, Rosa M. Esther Vilalt. **Acción declarativa de la indignidad para suceder**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986. v. 1
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas, SP: Bookseller, 1999. t. 7
- _____. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1972.
- _____. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. t. LV

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003c.

_____. **Curso de direito civil: direito das coisas.** 37. ed. Atual. Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003a.

_____. **Curso de direito civil: direito das coisas.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3

_____. _____. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 3

_____. **Curso de direito civil: parte geral.** 39. ed. Atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003b.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NAZO, Nicolau. *A decadência do direito civil brasileiro.* São Paulo: Max Limonad, 1959.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de processo civil.** 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária.** Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. I e II

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O'CALLAGHN, Xavier. **Compendio de derecho civil: derecho de sucesiones.** Madrid: Dijusa, 2011. t. V

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões.** São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1952.

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

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião. **Inventários e partilhas: direito das sucessões.** 22. ed. São Paulo: Leud, 2009.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PAULA, Alexandre de. **Código de processo civil anotado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. Atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 15. ed. Atual. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil – teoria geral do direito civil**. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PRATES, Tito. **Sucessão testamentária**. São Paulo: Saraiva, 1928.

RENON, Maria Cristina. **O Princípio da dignidade humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao afeto**. Tese (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Direito das sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 25. ed. Atual. Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002a.

_____. **Direito civil: parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002b.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1981a. v. XXII

_____. _____. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1981b. v. XXIV

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. v. 1

SANTOS, Ulderico Pires dos. **Sucessão legítima e testamentária**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 5

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões**. 6. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil: dos atos jurídicos lícitos, dos atos ilícitos, da prescrição e da decadência, da prova**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Curso de direito processual civil: procedimentos especiais**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. 3

TORRANO, Luiz Antônio Alves. **A Língua portuguesa em seu uso forense**. 3. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2006.

_____. **A Nova reforma ortográfica da Língua Portuguesa**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2010.

_____. **Petição de herança**. Tese (Mestrado) – PUC São Paulo, São Paulo, 2007.

_____. **Prescrição e decadência**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2011.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao código civil**. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direiros reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003a. v. 5

_____. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. VII

_____. **Direito civil: direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnold. **Direito das sucessões**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZANNONI, Eduardo. **Derecho de la sucesiones**. 5. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008. v. 1