

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: UMA COMPARAÇÃO COM O DIREITO BRASILEIRO

Disinheritance and indignity to succeed in Roman Law: a comparison with Brazilian Law

MARÍA VITAL DA ROCHA

Universidade FA7.da Fortaleza. Ceará. (Brasil)

ANA LUIZA FERREIRA GOMES SILVA

Universidade Federal do Ceará

Resumo: Neste artigo, analisa-se a indignidade e a deserdação, para, após, realizar comparação com as correspondentes noções no direito brasileiro. Faz-se, assim, uma comparação considerando, principalmente, os aspectos de taxatividade, capacidade para suceder, procedimento e possibilidade de reabilitação, apontando semelhanças e diferenças.

Palavras-chave: Indignidade, Deserdação, Direito Sucessório, Direito Romano.

Abstract: This essay analyses indignity and disinheritance, institutes of succession in Roman law in order to then compare them with the correspondent notions in Brazilian Law. Then a comparison is made, considering specially the aspects of the exhaustive nature of the cases, the capacity to succeed, the procedure and the possibility of rehabilitation, pointing out similarities and differences.

Keywords: Indignity, Disinheritance, Succession Law, Roman Law.

SUMARIO: Introdução. I.–A indignidade no direito romano. I.1 Os tipos de indignidade. I.1.1 As faltas contra a pessoa do falecido. I.1.2 As faltas contra a vontade do falecido. I.1.3 As faltas contra a lei. II.–O instituto da deserdação no Direito romano. III.–Direito brasileiro e os fatores de comparação. III.1 Quanto à taxatividade e as hipóteses de legitimidade. III.2 Quanto à capacidade para suceder. III.3 Quanto à atuação e ao procedimento. III.4 Quanto à possibilidade de reabilitação. IV.–Considerações finais.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

INTRODUÇÃO¹

O que fazer com os bens de alguém após a morte? Esta não é uma pergunta simples em diversos contextos. Como observa Volterra (1986, 687), as coisas têm existência independente dos titulares de direito dos quais são objeto. Portanto, em todas as sociedades humanas juridicamente organizadas, se apresenta o problema da destinação. No caso dos romanos, o problema foi tratado de maneira autônoma e particular em comparação com povos da antiguidade, criando uma base de concepções jurídicas específicas e institutos típicos de sucessão.

Designar quem estaria apto a herdar e adquirir bens é uma questão complexa, mas o oposto também é verdadeiro. Institutos como a indignidade e a deserção, os quais denotam um *desmerecimento* do herdeiro ou legatário, trazem muito sobre os valores da época na qual estão inseridos e há bastante variação de tratamento nos diversos períodos do direito romano, como será demonstrado.

É notória a influência romana em muitos ordenamentos posteriores e, como denota Torrent (1987, p. 630), figuras de indignidade e deserção chegaram aos códigos modernos. Ressalta-se, porém, que o modo como se trata os institutos nos ordenamentos atuais difere das características romanas, considerando os contextos históricos e jurídicos nos quais as sociedades diversas se inserem.

Assim, levantam-se questionamentos acerca de em que medida esses institutos de nomes correspondentes diferiram nos ordenamentos.

António dos Santos Justo (2016), por exemplo, realiza comparação das figuras de indignidade e deserção no direito romano, com as noções homônimas no ordenamento jurídico português, em artigo onde questiona as semelhanças e diferenças que haveria entre estes institutos no ordenamento romano e no direito brasileiro atual.

¹ Sobre esta matéria, consultar la siguiente bibliografía: BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, Milão: Giuffrè, 1963. v. VI *Le successioni*; HIRONAKA, G. M. F. N.; PEREIRA, R. Da C., *Direito das Sucessões*. 2. ed. [s.l.] Del Rey, 2007; JUSTO, A. DOS, «A Indignidade Sucessória no Direito Romano. Reflexos no Direito Português», *Lusiada* 15, 2016, pp. 7-49; KASER, M., *Direito privado romano*, Lisboa: Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999; KRUEGER, P.; MOMMSEN, Th.; STUEDEMUND, G. (Comp.), *Collectio Librorum Iuris Antiustiniani*, Berlim, Apud Weidmannos, 1878; MAXIMILIANO, C., *Direito das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A, 1958. v. I; MOREIRA ALVES, J. C., *Direito Romano*, 16. ed. [s.l.] Forense, 2014; NADER, P., *Curso de Direito Civil. Volume 6 – Direito das Sucessões*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016; PEREIRA, C. M. DA S., *Instituições de Direito Civil – Volume VI – Direito das Sucessões*, 24. ed., [s.l.] Forense, 2017; TORRENT, A., *Manual de derecho privado romano*, Madrid, Zaragoza, 1987; VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho romano privado*, Madrid: Civitas. 1986.

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: ... ■

A pesquisa realizada para a elaboração deste texto é bibliográfica e, para tal, consultou-se as plataformas on-line «Web of Science», «Portal de Periódicos da Capes» e «Google Acadêmico» com palavras de busca em português e inglês referentes a «direito privado romano», «indignidade» e «deserdação». Ademais, foram consultados os acervos da Biblioteca da Universidade Federal do Ceará, da Biblioteca da Universidade Federal de Minas Gerais e do Centro Universitário 7 de Setembro, nas obras relativas a direito privado e direito privado romano. Destas fontes, foram selecionadas as mais referenciadas mutuamente em textos sobre o assunto, as quais são contempladas nesta pesquisa. Ademais, nesta pesquisa, traz-se o foco para o texto justianeu, utilizando-se, eventualmente, outras fontes romanas de épocas anteriores para auxiliar no esclarecimento do direito de Justiniano.

No artigo, trata-se, separadamente, dos institutos da indignidade e da deserdação no direito romano, em tópicos próprios, para, após, realizar a comparação com o direito brasileiro, apontando semelhanças e diferenças, em relação a critérios específicos, determinados com a sistematização dos dados levantados na pesquisa bibliográfica para a melhor exposição do resultado, que são: taxatividade, capacidade para suceder, procedimento e possibilidade de reabilitação.

I. A INDIGNIDADE NO DIREITO ROMANO

O instituto da indignidade está presente em diversos ordenamentos atuais e o brasileiro não é exceção. Entretanto, o estudo da indignidade no contexto romano muito difere da forma como é tratada atualmente. Conforme Justo (2016, p. 8), a figura da indignidade, apesar de consagrada nos direitos atuais, traz várias dificuldades para o estudioso do direito romano. Primeiro, há o fato de que é um instituto jurídico não unitário, cuja evolução foi marcada por serem acrescentadas novas causas ensejadoras ao longo da legislação imperial. Além disso, há outros sérios problemas, como a falta de definição do conceito, o uso de termos técnicos do período, as interpolações de textos e o fato de que nem todas as fontes foram inseridas sob a epígrafe de Justiniano no Digesto.

Referindo-se a essa multiplicidade de casos de indignidade nas fontes clássicas, Armando Torrent (1987, p. 630) chega a utilizar a expressão «cajón de sastre», indicando um conjunto de coisas diversas e desordenadas, na qual a legislação imperial ia situando casos variados sem nenhum desenvolvimento orgânico. Demonstra-se, assim, a dificuldade de enumeração dos casos e de uma formulação mais uniforme de um conceito.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Justo (2016, p. 8), porém, ressalta que essas dificuldades não devem abalar os romanistas e que as diferenças entre os períodos romanos são mitigadas, visto que as épocas anteriores ao período de Justiniano, na verdade, ajudariam a compreender o direito justinianeu.

De fato, sob a alcunha de indignidade estão condensadas várias situações concretas. Para Volterra (1986, p. 703), o nome indignidade agrupa os casos em que a norma jurídica concedia ao fisco o poder de reivindicar, *eripere* ou *auferre*, os bens passados *mortis causa* para alguém que, por ter cometido algum ato repreensível, se tornava não merecedor ou indigno de preservar os bens adquiridos. Desse modo, o indigno não era privado da capacidade de herdar ou da capacidade de adquirir, também não tinha a disposição a seu favor tornada nula ou anulável, porém poderia ser privado dos bens, que eram adquiridos pelo fisco.

Em sentido similar, Bonfante (1963, p. 351) definiu a indignidade como um instituto por meio do qual a herança referida e eventualmente adquirida era subtraída por razões morais. Indica que a indignidade não suspendia a delação e, sequer, impedia a aquisição se o indigno não lucrava a herança deferida. A herança retirada do indigno era atribuída, de modo quase constante, às autoridades fiscais, enquanto, nas figuras mais antigas, era atribuída ao erário. O caráter do instituto é refletido na terminologia, que expressa um ato violento de *auferre*, *eripere*.

Bonfante (1963, p. 351) explica que, como a indignidade não impedia o ato de aquisição por parte do indigno, todas as consequências da aquisição ocorreriam. Ou seja, a confusão das relações ativas e passivas, assim como a extinção das relações de servidão e crédito, passando finalmente para o indigno os elementos extrapatrimoniais da herança, como o sepulcro. Os indignos nunca deixavam de ser herdeiros. Tudo o que se adquiriu do patrimônio, porém, era retirado dos indignos e eles, na restituição dos frutos e dos interesses, eram equiparados a possuidores de má fé.

Conforme Justo (2016, 29-31), mesmo indigna a pessoa era chamada a recusar ou aceitar a herança, salvo se se tratar de herdeiro necessário. Tendo sido efetuada a aceitação, a condição de herdeiro se tornava consolidada e não se perdia jamais, apesar da indignidade. Na verdade, a indignidade pressupunha que o herdeiro, legatário ou fideicomissário tivesse capacidade. Tudo o que o indigno adquiria era atribuído ao fisco, em conjunto com as obrigações oneradoras da herança (assim como legado ou fideicomisso), apesar de o fisco só responder na medida do ativo. Se não houvesse aceitação, não podia o fisco e nem as pessoas consideradas em lei herdarem, tendo em vista que a delação era feita ao indigno e não a estas. Desse modo, o direito do fisco ou das pessoas

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: ... ■

designadas, surgia com a delação. Caso o indigno morresse antes da delação, não haveria direito para o fisco. Entretanto, caso o indigno morresse após a aceitação, o direito do fisco ou das pessoas referidas já estaria consolidado e não cessaria.

Justo (2016, 30-31) ressalta que o exercício do direito do fisco de se apoderar dos bens do indigno (*ereptio*) era de exercício facultativo, não automático e não tinha característica de pena. Sobre esta última questão, Justo (2016, p. 31) argumenta, indicando seguir o sentido de Enzo Nardi, que a indignidade não era cominada por norma penal e nem resultava de sentença desse tipo; buscava evitar uma vantagem patrimonial e não causar dano; era de cunho facultativo, podendo o indigno renunciar ao deixado e evitar a indignidade; não se extinguia com a morte (diferente do crime) e atingia apenas quem materialmente a provocou.

Para exercer a *ereptio*, conforme Justo (2016, 32-33), o fisco devia verificar a indignidade, para constatar se uma das causas da lei ocorreu, cabendo um procedimento judicial a ser promovido pelo *advocatus fisci*, representante e defensor legal do fisco, após denúncia, a qual podia ser feita pelo próprio indigno ou outra pessoa.

A indignidade deveria ser declarada em tribunal e havia a possibilidade de o demandado tentar provar a sua inocência, além de caber apelação para o Tribunal do Imperador. Antes da sentença final, não havia indignidade, de modo que o fisco só poderia se apoderar dos bens depois de dissipadas quaisquer dúvidas.

Armando Torrent (1987, p. 629-630) diz que a indignidade para suceder estava relacionada a uma série de causas de privação de aquisições a título gratuito que, apesar do aparente caráter desordenado das fontes, traz uma sistematização. Argumenta que, no tempo de Augusto, a capacidade para suceder era restrita assim como a capacidade para adquirir (*cabere*), como resultado da *lex demografica Iulia de maritandis ordinibus* e da *lex Papia Poppaea*, que limitavam a capacidade dos solteiros (*caelibes*) e dos casados sem filhos (*orbi*). Os *caelibes* ainda recebiam um prazo de cem dias para se casarem se não quisessem incorrer na privação legal estabelecida.

Outro pressuposto semelhante, conforme Torrent (1987, p. 630) foi estabelecido por Domiciano ao privar as mulheres de má reputação (*feminae probrosae*) dessa capacidade. Em todos esses casos, o que não podia ser adquirido por falta de capacidade era chamado de *caducum*, como se tivesse «caído de suas mãos», e era acrescido aos ascendentes ou descendentes até o terceiro grau, ou aos outros herdeiros que eram pais (com filhos). Não era que a *testamenti factio* passiva estivesse faltando nesses casos; havia delação, mas os

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

implicados não podiam adquirir, sendo a cota vaga a que tinham direito acrescida aos herdeiros legítimos e, na ausência destes, ao *aerarium*.

Armando Torrent (1987, p. 630) compreende a indignidade romana como uma sanção civil contra o herdeiro ou legatário que teve um comportamento desonroso com o testador, de várias formas, seja provocando-lhe a morte, promovendo controvérsia sobre seu status, não perseguindo seu assassino, dentre outras, como será demonstrado no tópico posterior. Torrent (1987, p. 630) aponta que, neste teor, com as correções devidas, considerando as mudanças no pensamento jurídico, a indignidade teria chegado aos códigos modernos.

Volterra (1986, p. 704), contudo, indica que o instituto romano que os modernos designam com o nome de «indignidade» não é o mesmo que o conceito homônimo no direito moderno. Afinal, nos códigos atuais, na indignidade haveria uma verdadeira incapacidade do herdeiro em relação a um determinado falecido. Esta incapacidade, quando declarada, rescindiria, com efeito *ex tunc*, tanto a delação quanto a eventual aquisição. Neste sentido seria o teor tanto do Código Civil italiano de 1865 em seu art. 725, quanto do Código de Napoleão no art. 727.

De modo diverso, como já mencionado, o direito romano diferencia a capacidade da indignidade, não sendo o indigno incapaz de herdar ou adquirir. Mas por que manter a capacidade de se herdar e adquirir se há indignidade? E por que há transferência para o fisco? Armando Torrent (1987, p. 631) discute essas questões afirmando que, se o indigno é privado da herança, a lógica seria de que não seria certo que os herdeiros de ordem ulterior se aproveitassem da culpa dos outros. Atribuir a herança privada dos indignos ao fisco, portanto, evitaria que se formasse uma espécie de recompensa para os outros herdeiros. Nesse sentido, insere-se a ideia de que o indigno podia adquirir, embora não pudesse manter, e, uma vez que essa aquisição fosse admitida, seria possível a sua atribuição para o fisco, assumindo uma configuração de confisco. Além disso, o sistema apresentava a vantagem de permitir que pudesse cair a *heredis institutio* sem que se influísse sobre outras disposições. Assim, o indigno era herdeiro segundo o *ius civile*.

No direito justianeu, por sua vez, a indignidade é mencionada em vários pontos. São exemplos da utilização mais expressa do termo os títulos de D.34,9 e C.6,35 («De his quae ut indignis auferuntur» e «de his quibus ut indignis auferuntur»). Segundo Volterra (1986, p. 704), porém, as fontes clássicas não chegaram a utilizar o termo *indignitas* e esses trechos são provavelmente interpolados.

O que mais se encontra sobre o assunto em si, são as designações das causas, as quais serão tratadas no tópico a seguir.

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: ... ■

I.1 Os tipos de indignidade

A indignidade sucessória, como explica Kaser (1999, p. 400-401), sofreu transformações e, no direito imperial, a partir do tratamento dado aos casos concretos, tornou-se, aos poucos, um instituto mais uniforme. Os casos geralmente tomavam uma forma parecida, na qual uma pessoa (geralmente um herdeiro) que adquiriu algo *mortis causa* era considerado indigno, conservando a situação de herdeiro e a capacidade, mas tendo o apurado confiscado pelo *aerarium* e, mais tarde, pelo *fiscus*.

Neste artigo, apresenta-se brevemente algumas dessas situações ensejadoras de indignidade para o fim posterior de comparação com o direito brasileiro. Para sistematizar os casos, utiliza-se a classificação de Bonfante (1963, p. 408), o qual divide as situações ensejadoras de indignidade em: a) faltas contra a pessoa do falecido (ataque à sua vida, sua dignidade ou honra), b) faltas contra a vontade do falecido e faltas contra a lei (comportamento ilegal).

I.1.1 AS FALTAS CONTRA A PESSOA DO FALECIDO

Desta categoria, a causa de mais destaque é a indignidade em decorrência de assassinato do hereditando pelo sucessível. Neste sentido, Paulo (D.48,20,7,4)² apresenta a determinação do Imperador Antonino Pio acerca de uma filha de família acusada de ter envenado aquele quem a fez herdeira.

A doutrina, porém, diverge se o assassinato precisava ser doloso, ou se a mera culpa em sentido estrito bastaria para ensejar a indignidade. Como indica Justo (2016, p.10), Marciano (D.34,9,3)³ descreve uma decisão na qual é considerado indigno quem causou a morte daquele que instituiu o herdeiro por *negligentiam et culpam suam*.

Conforme Bonfante (1963, p. 409-410), a opinião prevalecente seria de que o homicídio culposo resultava em indignidade, com base nessa interpretação de Marciano. Entretanto, ainda se gera dúvidas e haveria indícios, no

² Cf. D.48,20,7,4: «Libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur. Praeterea ex his, quae per flagitium damnatus adquisiit, portiones liberorum non augentur: veluti si cognatum suum interemi curaverit et eius hereditatem adiit vel bonorum possessionem accepit: nam ita divus Pius rescriptit. cui consequenter illud idem princeps constituit, cum filia familias veneno necasse convinceretur eum, a quo heres instituta erat: quamvis iussu patris, cuius in potestate erat, hereditatem eam adiisset, tamen fisco eam vindicandam esse».

³ Cf. D.34,9,3: «*Marcianus libro quinto regularum*. Indignum esse divus Pius illum decrevit, ut et Marcellus libro duodecimo digestorum refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

caso, o estilo e o a articulação do raciocínio, de que o mencionado texto de Marciano (D.34,9,3) seria uma interpolação. Bonfante (1963, p. 409-410) não acredita que Justiniano, em sua modificação da lei clássica, tenha descido à culpa. Justo (2016, p. 10), por sua vez, afirma não encontrar motivos para discordar da posição dominante, tendo em vista que o texto não fala de *magna culpa* e, à luz do critério antiinterpolacionístico que adotou, compreende que manter uma constituição de Antonino Pio e, após, modificar o seu sentido seria uma desonestidade intelectual.

Quanto aos efeitos da indignade relativos a essa causa, tanto Justo (2016, p. 10) quanto Bonfante (1963, p. 409-410) comentam que não é necessária a condenação penal pra que ocorram.

Neste sentido, é o caso relatado por Modestino (D.49,14,9)⁴ no qual uma mãe, sentenciada por ter envenenado seu filho, apelou da decisão e faleceu antes do proferimento da sentença final. A acusação criminal foi extinta pela morte da acusada, porém se permitiu ao fisco a reclamação dos bens que se demonstrassem adquiridos por conta do crime.

Outra causa de indignidade contra a pessoa do falecido é o não cumprimento da obrigação de «vingança». Esta, porém, não é a vingança física e direta que pode parecer em um primeiro momento. Como explica Bonfante (1963, p. 410), a vingança que o herdeiro estava obrigado a buscar significava perseguir os assassinos pela via judicial, tendo em vista que o julgamento criminal era acusatório. Justo (2016, p. 11) ressalta que neste tipo de indignidade também incorreria o patrono que não reivindicou a morte do liberto, como indica Marciano (D.29,5,15,2)⁵.

Além desta, há também a causa de indignidade decorrente da aceitação prematura da herança contra as previsões do *Silanianum*. Este, como demonstra Bonfante (1963, p. 411-412), foi um senatusconsulto o qual ordenava que, quando um cidadão fosse morto em sua própria casa, os seus escravos fossem torturados e punidos com a morte. A regra visava evitar que o herdeiro, por razões de interesse patrimonial, deixasse de punir escravos, além de ser uma

⁴ Cf. D.4914.9: «*Modestinus libro 17 responsorum*. Lucius Titius fecit heredes sororem suam ex dodrante, uxorem Maeviam et socerum ex reliquis portionibus: eius testamentum postumo nato ruptum est, qui postumus brevi et ipse decessit, atque ita omnis hereditas ad matrem postumi devoluta est. Soror testatoris Maeviam veneficii in Lucium Titium accusavit: cum non optinuisset, provocavit: interea decessit rea: nihilo minus tamen apostoli redditi sunt. Quaero, an putes extincta rea cognitionem appellationis inducendam propter hereditatem quaesitam. Modestinus respondit morte reae crimine extincto persecutionem eorum, quae scelere adquisita probari possunt, fisco competere posse».

⁵ Cf. D.29,5,15,2: «*Heredibus autem, qui in ulciscenda morte defuncti cessaverant, tam testamento quam ab intestato auferuntur bona: forte et si quasi patronus venit, quamvis hi suo iure admittantur.*»

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: ... ■

medida para impedir que os escravos manumitidos no testamento escapassem à tortura, por terem se tornado livres.

Segundo Justo (2016, p. 15), o testamento do assassinado não podia ser aberto para que não se frustrasse o objetivo do *senatusconsulto Silanianum*, o qual seria descobrir o assassino. Assim, as eventuais manumissões contidas no testamento eram ignoradas até que o mesmo fosse aberto, mantendo os escravos o mesmo status, de modo a estarem sujeitos à tortura e aos suplícios necessários para a averiguação do culpado. Desse modo, os herdeiros que desrespeitassem essa regra, aceitando prematuramente a herança, tornavam-se indignos. Ainda, como indica Bonfante (1963, p. 411-412), haviam escusas se fosse caso de o herdeiro ser menor idade (ter menos de 25 anos), ou se ignorasse a morte violenta, o *senatusconsulto*, ou o edito que previa a sua execução.

Outra situação que poderia implicar em indignidade era a contestação do status do hereditando. Era a criação de uma controvérsia acerca do estado de liberdade ou de cidadania do testador, como indica Justo (2016, p. 14-15), levantada pelo suposto herdeiro. A hipótese é tratada expressamente por Ulpiano, em D.34,9,9,2⁶.

Além destas causas de indignidade, Justo (2016, p. 14-15) cita ainda a denúncia de comércio ilícito, prevista em Marciano (D.34,9,1)⁷ e o caso de doação de herança em vida do falecido da qual não tinha conhecimento, comentada também por Marciano (D.34,9,2,3)⁸.

I.1.2 AS FALTAS CONTRA A VONTADE DO FALECIDO

Esta é a indignidade decorrente do desrespeito à vontade do testador. Como indica Justo (2016, p. 16-17), Justiniano trouxe leis que compeliavam os herdeiros a obedecer às disposições justas dos testadores, exigindo um cumprimento estrito.⁹

⁶ Cf. D.34,9,9,2: «Si autem status eius controversiam movit, denegatur eius quod testamento accepit persecutio: ex qua specie statim fisco deferetur».

⁷ Cf. D.34,9,1: «*Marcianus libro sexto institutionum* Divi Severus et Antoninus rescripserunt quasi indignum carere legato seu fideicommisso libertum, quae ei testamento patroni relicta erant, cum patronum suum post mortem eius quasi illicitae mercis negotiatorem detulerat, quamvis et praemium meruit».

⁸ Cf. D.34,9,2,3: «Idem erit, si quis vivi ignorantis bona vel partem bonorum alicuius cognati donaverit: nam quasi indigno aufertur.»

⁹ Cf. C.6,42,32,2: Cum autem is, qui quid ex voluntate defuncti lucratur, et maxime ipse heres, cui summa auctoritas totius causae commissa est, dicere compellitur veritatem per sacramenti religionem, qualis locus testibus relinquatur vel quemadmodum ad extraneam fidem decurratur, propria et indubitata relicta? cum et in leges respeximus, quae iustis dispositionibus testatorum omnimodo heredes oboedire

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Justo (2016, p. 16-23) enumera algumas das causas de indignidade decorrentes da vontade do falecido. São estas: a acusação de falsidade de testamento ou de inoficiosidade por parte dos herdeiros legítimos; a injusta acusação de parto feita pelo substituto pupilar à mãe do herdeiro instituído; a supressão de testamento por quem sucede *ab intestatio*; a subtração das coisas da herança; a escusa da tutela; o não cumprimento de legados e fideicomissos; o dolo ou a violência para impedir que se faça testamento ou se altere o que já foi feito; e a declaração de paternidade falsa de pessoas instituída herdeira como filho.

Para os fins deste artigo, como se objetiva uma abordagem breve das causas apenas para o fim de comparação com o direito brasileiro, não se entra em detalhe acerca de todas as possibilidades listadas. Dá-se, porém, destaque para algumas características peculiares de algumas das causas de indignidade.

Acerca da indignidade pela acusação de falsidade de testamento, por exemplo, ressalta-se, como assevera Bonfante (1963, p. 414) que o motivo de indignidade não afetava só os acusadores, mas também as testemunhas que apoiaram a acusação e, no geral, aqueles que auxiliaram o acusador. Há, porém, excusas, como a idade e a necessidade oficial de se ter acusado, como seria o caso do guardião, do curador e do advogado do fisco, que, por estarem agindo no interesse da criança ou do fisco, não seriam indignos. Ademais, o recurso contra um testamento por defeito formal não configuraria indignidade. Paulo, em D.34,9,5, faz eferência s esta causa de indignidade¹⁰.

No caso da escusa de tutela, há outra situação peculiar. Como informa Justo (2016, p.21), o tutor perdia o que obteve no testamento, entretanto o legado ao qual fazia jus não era transferido ao fisco, mas, na verdade, era deixado ao filho cujos interesses foram abandonados, no sentido de D.34,9,5,2¹¹.

Sobre o caso de indignidade da pessoa que foi instituída herdeira como filha mas teve a paternidade declarada falsa, após a morte do testador, Justo (2016, 22-23) afirma que a situação estava prevista por Hermogeniano, em D.49,14,46¹² e foi reprimida pela Lex Cornelia testamentaria nummaria, tendo

compellunt et sic strictius causam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos, qui testatoribus suis minime paruerunt.

¹⁰ D.34,9,5: «*Paulus libro primo de iure fisci. pr. Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere: inofficiosum autem dicere non permittitur [...].*»

¹¹ D.34,9,5,2: «*Amittere id quod testamento meruit et eum placuit, qui tutor datus excusavit se a tutela: sed si consecutus fuerit, non admittitur ad excusationem. Diversum puto in eo, qui legatum tantum meruit et a matre pupilli tutor petitus excusare se maluit: hic enim nihil contra iudicium defuncti fecit. Sed hoc legatum, quod tutori denegatur, non ad fiscum transfertur, sed filio relinquitur, cuius utilitates desertae sunt.*»

¹² D.49,14,46: «*Hermogenianus libro sexto iuris epitomarum pr. Aufertur ei quasi indigno successio, qui, cum heres institutus esset ut filius, post mortem eius, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est.[...].*»

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: ... ■

em vista que se buscava combater falsificações de alguém que se fingia filho para enganar o testador.

I.1.3 AS FALTAS CONTRA A LEI

Estas causas de indignidades, como a classificação já indica, são decorrentes da desobediência de preceitos legais. Nesta categoria, como demonstra Justo (2016, p. 23-24) há o caso de fideicomisso tácito, no qual um herdeiro fiduciário aceita secretamente um fideicomisso para entregar-lo a um fideicomissário incapaz. É, assim, uma hipótese de fraude da lei e o herdeiro que praticou o delito era considerado indigno. Havia, porém, escusa se o fideicomisso tivesse sido confiado a um filho dependente da *potestas* do pai que fora instituído como herdeiro fiduciário.

Outra hipótese também demonstrada por Justo (2016, p. 23-24) é a de indignidade em decorrência de convivência ilegal. São exemplos deste tipo de indignidade os casos explanados por Marciano, em D.34,9,2,1¹³, nos quais alguém se casa contra os mandatos imperiais e no qual um tutor se casa com uma pupila, e no tratado por Papiniano, em D.34,9,13, referente a uma situação de adultério¹⁴.

II. O INSTITUTO DA DESERDAÇÃO NO DIREITO ROMANO

A deserdação, como indica o nome, implica na retirada de alguém já instituído, considerando a vontade do testador. A matéria, portanto, envolve a querela «sucessão contra testamento». Como indica Kaser (1999, p. 391), é a ideia antiga da sucessão familiar em contraponto à liberdade de testar. Nas providências mais antigas, ainda não se limitava os abusos da liberdade de testar, porém já se impunha limites formais. Por exemplo, havia a previsão

¹³ D.34,9,2,1: «Item si quis contra mandata duxerit uxorem ex ea provincia, in qua officium aliquid gerit, quod ei ex testamento uxoris adquisitum est divi Severus et Antoninus rescripserunt retinere eum non posse, tamquam si tutor pupillam contra decretum amplissimi ordinis in domum suam duxisset. Utroque ergo casu etsi ex asse heres institutus adierit hereditatem, fisco locus fit: nam quasi indigno ei aufertur hereditas».

¹⁴ D.34,9,13: «Papinianus libro 32 quaestionum. Claudius Seleucus Papiniano suo salutem. Maevius in adulterio Semproniae damnatus eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem: qui moriens heredem eam reliquit: quaero, an iustum matrimonium fuerit et an mulier ad hereditatem admittatur. Respondi neque tale matrimonium stare neque hereditatis lucrum ad mulierem pertinere, sed quod relictum est ad fiscum pervenire. Sed et si talis mulier virum heredem instituerit, et ab eo quasi ab indigno hereditatem auferri dicimus».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

formal de que, para se deserdar aqueles que se buscava excluir da sucessão, devia-se dispor expressamente, indicando que a deserdação tácita não seria suficiente e poria em risco o testamento.

Moreira Alves (2014, p. 755) trata da questão, explicando que, de fato, não havia uma liberdade absoluta para que o testador dispusesse de seus bens. Na verdade, considerando os efeitos do *ius civile* e do *ius honorarium*, ele sofria duas espécies de limitações: as limitações formais e as materiais. As primeiras, eram referentes à necessidade de o testador mencionar alguns herdeiros legítimos no testamento, seja para deserdá-los ou para incluí-los. As limitações materiais, por sua vez, consistiam na necessidade de serem instituídos como herdeiros testamentários, certos herdeiros legítimos, na medida de uma quota determinada. Desse modo, para efetuar a deserdação, ou até para instituir herdeiro, o testador estava sujeito a esses limites.

Foi a partir da ideia de que o testador deve, obrigatoriamente, instituir ou deserdar os *sui*, conforme explica Kaser (1999, p. 391), que adveio a expressão «direito hereditário forçoso formal», ligada ao direito das consequências da preterição e da deserdação.

Segundo Kaser (1999, p. 391), a finalidade da deserdação foi diversa em momentos diferentes do direito romano. Na época agrária, o instituto teria servido para tornar possível a formação de uma espécie de «herdeiro do prédio rústico», realizando sucessão única, de modo a excluir os outros *sui*, provendo-os de outra forma. Após, em um período em que se estabeleceu uma liberdade de testar mais difundida e praticada, a deserdação assumiu um caráter de pena a ser imposta a quem teve comportamento indigno com o testador ou faltou com deveres. Na República, porém, gerou-se problemas ao redor do instituto, havendo casos em que o testador abusou dessa liberdade de testar, deserdando, sem fundamento, os familiares mais próximos. Essa dificuldade, por sua vez, gerou um novo instrumento legal, a *querela inofficiosi testamenti*, a qual tornou possível a impugnação por «violação do dever» de testamento que não considerasse suficientemente os familiares mais próximos e a determinação da abertura de sucessão *ab intestato*.

No *ius civile*, como explica Moreira Alves (2014, p. 756), a sucessão necessária formal, nome formulado pelos pandectistas alemães, decorria da regra trazida no *Vlpiani liber singularis regularum*, XXII, 14, que diz «os *sui heredes* devem ser instituídos ou deserdados»¹⁵. O testador era obrigado a

¹⁵ (*Vpiani liber singularis regularum*, XXII, 14) «*Sui heredes instituendi sunt uel exheredandi[...]*» In: KRUEGER, Paulus; MOMMSEN, Theodorus; STUDEMUND, Guilelmus (Comp.). *Collectio Librorum Iuris Antiustiniani*. Berlim: Apud Weidmannos, 1878.

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: ... ■

obedecer a formalidades e princípios como: que a deserdação estivesse no testamento, que fosse feita em termos sacramentais, que dissesse respeito a toda a herança, dentre outros.

Assim, no *ius civile*, como demonstra Kaser (1999, p. 392), o testador tinha de instituir ou deserdar seus *sui heredes*, não podendo preteri-los, *praeterire*.

Havia requisitos específicos para a deserdação, por exemplo, dos filhos que estavam sob o poder do testador ao tempo da feitura do testamento, que tinham de ser individual e nominalmente deserdados. Era importante que as formalidades fossem cuidadosamente cumpridas, afinal, caso um filho fosse preterido, todo o testamento era considerado nulo. É o que se dispõe em G.2,123 e 127.¹⁶

Os outros *sui*, porém, podiam ser deserdados sem indicação de nomes e em conjunto. Kaser (1999, p. 392) explica que o testamento não é considerado inválido pelo preterimento dessas pessoas, entretanto os considerados preteridos tinham parte da herança ao lado dos instituídos. Participavam do seguinte modo: em concorrência com os *sui* instituídos pela sua quota da sucessão *ab intestatio* e, por sua vez, em concorrência com os *extranei* pela metade da quota destes. É o se verifica em Gaio 2,124;128¹⁷.

Ademais, verifica-se que, na ocorrência de nascimento de filho após a feitura do testamento, a deserdação do mesmo deveria ser expressa. A ocorrência de preterimento do mesmo, se já concebido na época da morte do testador, faria com que todo o testamento fosse nulo, ainda que fosse uma filha ou um

¹⁶ G. 2, 123 e 127; 123. «Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiam si uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio; sed diuersae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore uiuat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si uero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito. [...]; 127: «si quidem filius a patre exheredetur, nominatim exheredari debet; alioquin non prodest eum exheredari. nominatim autem exheredari uidetur, siue ita exheredetur: TITIVS FILIVS MEVS EXHERES ESTO, siue ita: FILIVS MEVS EXHERES ESTO, non adiecto proprio nomine».

¹⁷ G. 2, 124 e 128; 124. «Ceteras uero liberorum personas si praeterierit testator, ualet testamentum: sed praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem ad crescunt, si sui heredes sint, in uirilem, si extranei, in dimidiam: id est, si quis tres uerbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad crescendo pro quarta parte fit heres et ea ratione id consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia ad crescendo ex dimidia parte fit heres. quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus ceteris liberorum personis seu masculini seu feminini sexus dicta intellegemus. [...]; 128. «Ceterae uero liberorum personae uel feminini sexus uel masculini satis inter ceteros exheredantur, id est his uerbis: CETERI OMNES EXHEREDES SVNTO, quae uerba statim post institutionem heredum adici solent. sed hoc ita est iure ciuili».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

neto. O mesmo era verdadeiro se fosse alguém que se tornou filho por meio de um ato jurídico, como a adoção, como prescreve Gaio em 2,130 ss y 138-142.

Conforme Kaser (1999, p. 392-393), verifica-se que, com o *bonorum possessio contra tabulas*, o pretor demonstrava preferência ao parentesco consanguíneo em vez do agnático e ainda previa alguns casos em que era possível a deserdação sem indicação dos nomes (*inter ceteros*), como para as filhas mulheres. Acrescenta que, no direito pós-clássico, Constantino abandonou a forma verbal de testamento e tornou suficiente para deserdar quaisquer expressões de vontade, apesar de ainda manter o requisito de que os filhos devem ser expressamente nominados para tal. Justiniano, entretanto, buscou equiparar os sexos nesse quesito, exigindo também a indicação pelo nome para fins de deserdação, para todos os descendentes, homens ou mulheres. E extinguiu a deserdação *inter ceteros*; e, assim, a preterição de qualquer *suus*, vivo ou póstumo, masculino ou feminino, passou a ensejar nulidade do testamento.

Moreira Alves (2014, p. 760) também comenta as mudanças decorrentes no período justianeu. Além da abolição da distinção entre os sexos e da deserdação não nominal, cita ter sido admitida a validade da uma fórmula de deserdação na qual o testador não empregasse a palavra *exheres*, ou seja, deserdado.

Conforme Justo (2016, p. 48-49) o direito justianeu passou a enumerar as razões autorizadas de deserdação, limitando ainda mais a liberdade de testar. São estas referentes a N. 115, 3, 1-13¹⁸, as quais traduz, resumindo:

«Ordenamos que de modo nenhum seja lícito ao pai, à mãe, ao avô, à avó, ao bisavô ou à bisavó, preterir ou deserdar, no seu testamento, o seu filho, filha ou demais descendentes [...] a não ser que se prove que são ingratos e que os pais tenham inserido no seu testamento as mesmas causas de ingratidão. Mas achamos dispersas em diversas leis e não claramente expressas as causas pelas quais devem ser julgados ingratos os filhos, algumas das quais nos pareceram dignas para a ingratidão e outras, sendo dignas, têm sido esquecidas, consideramos necessário compreendê-las na presente lei, para que delas a ninguém seja lícito opor, por virtude de outra lei, causas de ingratidão, senão as que se contêm nesta constituição. Imediatamente a seguir, são referidas as seguintes causas de ingratidão consideradas justas e com fundamento nas quais o testador pode deserdar um herdeiro: 1) a agressão ao ascendente; 2) a injúria grave e desonrosa; 3) a acusação feita ao ascendente em causa criminal; 4) a vida como malfeitor junto de malfeitores, 5) o atentado contra a vida dos ascendentes com veneno ou de outro modo; 6) o comércio ilícito com a madrasta ou concubina do seu pai; 7) a delação contra os ascendentes que lhes causou graves danos; 8) a não proteção do ascendente pelo sucessor ab intestato; 9) o impedimento de fazer testamento; 10) se, contra a vontade dos ascendentes, se associou a atletas ou comediantes; 11) se

¹⁸ Grifo nosso.

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: ... ■

recusar o marido e preferir uma vida luxuriosa; 12) se algum dos ascendentes ou descendentes for demente e, sendo chamado ab intestato à herança, não lhe prestou auxílio e cuidado; 13) se o ascendente está retido no cativeiro e não procurou resgatá-lo». (JUSTO, 2016, p. 48-49).

Desse modo, como assevera Justo (2016, p. 49), com essas causas listadas, a deserdação se aproxima da indignidade, ainda que mantenha a diferença pelo fato de que, na deserdação, o herdeiro é excluído pela vontade do pai, enquanto a indignidade seria por vontade da lei. O direito de Justiniano, portanto, é marcado por uma maior limitação do testador do que em períodos anteriores do direito romano.

III. DIREITO BRASILEIRO E OS FATORES DE COMPARAÇÃO

Neste tópico apresenta-se noções gerais do direito brasileiro acerca da indignidade e da deserdação, para que se possa entrar em detalhes quanto a assuntos específicos nos tópicos seguintes, já à guisa de comparação. Trata-se, portanto, do Código Civil Brasileiro de 2002, assim como as concepções da doutrina brasileira sobre o assunto.

O instituto da indignidade é previsto nos artigos 1.814 a 1.818 do Código Civil de 2002, no Capítulo V, «Dos Excluídos da Sucessão», do Título I, «Da Sucessão em Geral». A deserdação, por sua vez está prevista nos artigos 1.961 a 1.965, no capítulo X, «Da deserdação», do Título III, «Da Sucessão Testamentária».

Tratando do direito brasileiro, Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 335) indica que tanto a indignidade quanto a deserdação se fundam em causas comuns e, de um ponto de vista ético, teriam como finalidade punir, por meio da privação de herança, o sucessor que comete falta grave contra o falecido. Os dois institutos, porém, não se confundem, tendo em vista que a deserdação é própria da sucessão testamentária, devendo estar expressa e justificada no testamento, sendo de iniciativa do falecido. A indignidade, por sua vez, pode alcançar tanto a sucessão legítima, quanto a testamentária, sendo de iniciativa do interessado. Ademais, uma e outra requerem prova cumprida do fato causador e sentença judicial para ter efeitos, como será melhor explorado no tópico relativo ao processo.

Neste mesmo sentido, Paulo Nader (2016, p. 130) afirma que ambas as figuras possuem denominadores comuns e importantes pontos de distinção. Tanto a indignidade quanto a deserdação induzem à perda do direito de herdar, decorrem de «ingratidão».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Nader argumenta que a expressão não seria adequada, afinal ingrato seria quem, em ato consciente, prejudica seu benfeitor de modo proposital. Entretanto, na sucessão testamentária, por exemplo, o beneficiado pode até não estar ciente de sua nomeação ao praticar danos ensejadores da indignidade.

Segundo Nader (2016, p. 30) há causas de indignidade anteriores ou posteriores a morte do sucedido, enquanto as causas de deserdação estariam limitadas a antes do óbito, considerando que depende da vontade do testador.

Para Giselda Hironaka e Rodrigo Pereira (2007, p. 367-369), podem ser excluídos por indignidade do quinhão heritário ou dos bens a que façam jus, tanto os herdeiros quanto os legatários, desde que enquadrados nas hipóteses do Código de 2002. As hipóteses estritas de indignidade especificadas no art. 1.814, ainda servem como ensejadoras de deserdação. Entretanto, os autores citados ressaltam que, apesar da estreita ligação entre deserdação e indignidade, deve-se estar ciente de suas diferenças.

Mas como se define especificamente a indignidade na doutrina brasileira? O código não especifica o conceito, enumerando as causas e requisitos, mas não indicando definição. Carlos Maximiliano (1958, p. 59) define indignidade como «uma pecha e consequente pena civil» a qual atrai para si o herdeiro ou legatário que realizar atentado doloso contra a vida, a honra ou o direito hereditário ativo do falecido.

Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 53) faz um breve histórico do instituto dentro do direito brasileiro e afirma que, no início, a indignidade foi adotada com as mesmas características e finalidades do direito romano, admitindo que a herança fosse retirada ao herdeiro que tivesse cometido falta grave contra o *de cuius*.

Segundo Nader (2016, p. 132), na época das Ordenações Filipinas, o quinhão do indigno era objeto de confisco do Estado (apesar de que o mesmo não ocorresse em caso de deserdação). Para Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 53), porém, a pena de confisco caiu em desuso e foi abolida mesmo no direito anterior.

Com o advento do Código de 1916, já foram delimitadas as causas de exclusão do herdeito, com rigor quanto aos requisitos. A indignidade, assim, operava como uma deserdação tácita, a ser pronunciada pela Justiça, apenas para essas situações legais já previstas. Considerando um sentido geral, o Código Civil de 2002 manteve a disciplina anterior, com algumas modificações. Prosperam na atualidade raras e restritivas hipóteses de incidência de indignidade.

Carlos Maximiliano (1958, p. 59), mesmo ainda tratando do Código Civil brasileiro de 1916, já denota claras diferenças do direito romano, tratando o

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: ... ■

confisco civil da herança e o que chamou de «morte civil do mau», como «duas clamorosas iniquidades incompatíveis com o espírito liberal e humano do Direito contemporâneo».

O princípio vigente no art. 1.814 do Código Civil de 2002, segundo Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 53), traz hipóteses de indignidade vinculadas a atentado contra a vida, contra honra do *de cuius*, assim como atentado contra a liberdade do mesmo de testar. Há, ainda, exclusão para certos casos em que o ato seja praticado contra cônjuge, companheiro ou parente em linha reta do *de cuius*. Os casos serão mais explorados especificamente no tópico a seguir acerca de taxatividade.

Outro aspecto importante a se ressaltar neste momento inicial sobre a indignidade no direito brasileiro são os efeitos gerados. Conforme Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 57) até o desfecho da ação de indignidade, com trânsito em julgado da sentença, o herdeiro estará com a posse dos bens da herança. Com a declaração, ocorre efeito retro-operante na sentença, até a data da morte. O indigno, então, é excluído e tido como se nunca tivesse sido herdeiro, devendo restituir frutos e rendimentos, tendo em vista ser equiparado a um possuidor de má fé. Ademais, são mantidas as alienações onerosas que o indigno tenha realizado com terceiros de boa-fé (ainda que os herdeiros possam acionar o indigno por esta perda).

Este é o sentido do art. 1.817 do Código Civil de 2002:

«São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos».

Parágrafo único. 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 das despesas com a conservação deles. (Brasil, 2002) ¹⁹.

Enfatiza Caio Maio da Silva Pereira (2017, p. 57) que o caráter da pena é personalíssimo, não afetando outros senão aquele que praticou o ato ensejador de indignidade – a lógica é não punir inocentes. Ademais, os bens que o indigno deixou de herdar, chamados bens ereptícios, são devolvidos, ficando com as pessoas que os herdariam se ele nunca tivesse sido herdeiro. O indigno, assim, é tal qual um pré-morto na abertura da sucessão. Também não terá direto a usufruto ou administração de bens que sejam designados a filhos menores, mesmo que sob o poder familiar.

¹⁹ Grifo nosso.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Essa é a disposição do art. 1.816 do Código Civil:

«São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão».

Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

Esse, portanto, é o teor geral da indignidade do direito brasileiro. Mas e a deserdação, como é definida especificamente?

Segundo Carlos Maximiliano (1958, p. 1.289), pela a tradição legal, deserdação é o ato segundo o qual alguém exclui dos seus sucessores um herdeiro necessário. Partindo de um rigor etimológico, deserdar seria «privar da herança».

Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 330-331) afirma que a deserdação, decorre da manifestação da vontade testamentária, sendo o ato pelo qual se priva um herdeiro necessário de sua legítima. Afinal, no direito brasileiro, o herdeiro necessário possui o direito a uma parte dos bens deixados pelo *de cuius*, de modo que é vedada a liberalidade que exceda a parte disponível do patrimônio. Enquanto para os herdeiros que não pertençam à classe dos necessários basta apenas dispor sem contemplá-los para excluí-los, com os herdeiros necessários é preciso realizar a deserdação, a qual deve atender a diversos requisitos.

É neste sentido o artigo 1.961 do Código Civil de 2002:

«Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão». (Brasil, 2002)

Além de precisar ser uma das hipóteses elencadas pelos artigos 1.814 e 1.962 para haver a deserdação (como será tratado no tópico posterior) o direito brasileiro exige que seja feita por meio de testamento, seja expressa e com especificação da causa, como requer o artigo 1.964²⁰. Como demonstra Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 331), é necessário que seja válido o testamento, não produzindo efeito deserdatório o ineficaz por defeito intrínseco ou extrínseco.

Outra ponto interessante apresentado por Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 331) é o questionamento: e se todos os herdeiros forem deserdados? Se todos foram corretamente deserdados, como numa situação em que se mostraram coautores do fato determinante (por exemplo, se fossem todos coautores em uma tentativa de assassinato) e o testador não distribuiu os bens de outro modo, o Estado será legitimado para a ação de deserdação e será desti-

²⁰ Art. 1.964. «Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento». (Brasil, 2002)

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: ... ■

natário dos bens. O testador tem o poder, ainda, de cancelar a deserdação imposta se assim desejar, porém, como a é pena é trazida em testamento, a revogação também deverá ser por este meio.

Tendo sido explicadas noções gerais, passa-se a tópicos específicos relativos aos critérios de comparação.

III.1 Quanto à taxatividade e as hipóteses de legitimidade

No direito brasileiro, como explica Nader (2016, p. 131), a caracterização da indignidade depende de incidir em uma das hipóteses estipuladas na lei civil. Assim, a lista é *numerus clausus*, e, dada a natureza de punição do instituto, não é cabível interpretação extensiva ou aplicação analógica.

As hipóteses de deserdação são as estipuladas pelo artigo 1.814 do Código de 2002:

«São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

- I. que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
 - II. que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
 - III. que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade».
- (Brasil, 2002).

Verifica-se, de início, que as hipóteses são bem delimitadas e restritivas, o que já demonstra diferença do «cajón de sastre», para usar novamente a expressão de Armando Torrent (1987, p. 630), acerca das causas de indignidade romanas espalhadas ao longo da legislação Imperial. Observa-se ainda, lógica similar em algumas causas, mesmo que com notáveis diferenças, diante dos contextos e normatividades bastante distintos. O contexto histórico torna algumas causas obviamente obsoletas, como as relativas aos escravos e ao *senatus-consulto Silanianum*. Outras, porém, ainda seguem uma lógica parecida, mesmo trazendo diferenças fundamentais.

Por exemplo, nos dois direitos há a previsão da indignidade para o assassino do *de cuius*. Porém, há diferenças nas disposições e uma delas é que não se encontra a mesma discussão doutrinária quanto a possibilidade, ou não, de homicídio culposo ensejar a indignidade. Como já demonstrado, Bonfante (1963, p. 409-410) e Justo (2016, p. 10) observaram haver posições doutrinárias

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

rias distintas quanto a possibilidade de o homicídio culposo gerar indignidade e querela quanto à interpretação de um texto de Marciano (D. 34,9,3). No Direito brasileiro, não resta dúvida nesse sentido. O inciso I do artigo 1.814 aponta expressamente para o homicídio doloso.

Como explica Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 54) a indignidade não se estende ao delito na forma culposa, assim como não tem cabimento diante de *error in persona* e *aberratio ictus*. O dolo é compreendido como elementar na determinação do fato causal, de modo que deve haver *animus necandi* para se implicar em indignidade. É necessária, porém, prova do ocorrido, não apenas a mera suspeita.

Sobre as outras hipóteses, mencionou Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 55-56) que a denúncia caluniosa deve ser necessariamente em juízo (criminal – por queixa ou representação do Ministério Público). Sobre o inciso III, comentou que, neste caso de indignidade, enquadram-se uma grande variedade de comportamentos que prejudicam a vontade do testador: «atos, omissões, corrupção, alterações, falsificação, inutilização [...]» (Pereira, 2017, p. 56).

Demonstram-se, assim, notoriamente taxativas as hipóteses do direito brasileiro. Mas era o mesmo caso no direito romano? Conforme Justo (2016, p. 56), o imperador Justiano teria-se queixado da dispersão das leis imperiais, tendo ordenado que fossem recolhidas em uma só lei e proibindo novas situações de serem invocadas. Essa medida parece, assim, implicar uma enumeração taxativa. Contudo, Justo (2016, p. 56) questiona se essa teria sido mesmo a realidade no caso concreto, diante de, por exemplo, um comportamento diferente do previsto na norma, mas semelhante. Levanta a hipótese de que, nesse ambiente metodológico de pensar e realizar o direito, seria possível que, na falta da lei e diante de situações de grave ofensa à moral pública, o pretor paralisasse a pretensão de algum «indigno» de forma não prevista. A situação, assim, indica taxatividade, mas ainda restam dúvidas.

Já quanto deserdação, no direito brasileiro, verifica-se que há casos definidos nos artigos 1.962 e 1.963. Como afirma Nader (2016, p. 511), são, como os de indignidade, também *numerus clausus* e não admitem interpretação extensiva ou analogia. São as hipóteses:

– Art. 1.962. «Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

- I. ofensa física;
- II. injúria grave;
- III. relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
- IV. desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade».

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: ... ■

– Art. 1.963. «Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

- I. ofensa física;
- II. injúria grave;
- III. relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;
- IV. desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade». (Brasil, 2002).

Observa-se, assim, estarem contempladas para deserdação todas as hipóteses de indignidade do art. 1.814, com o acréscimo das supracitadas.

Nesse teor, o direito brasileiro não se demonstra muito diferente do romano. Conforme Justo (2016, p. 47), os jurisconsultos romanos tinham uma tendência a interpretar restritivamente a deserdação, por serem, em geral, contrários a ela. Demonstra um texto de Paulo, ao qual se referiria que «as instituições do herdeiro devem ser interpretadas amplamente (enquanto as deserdações) devem sê-lo de modo restrito». É este, de fato, o teor de D.28,2,19²¹.

III.2 Quanto à capacidade para suceder

Como já demonstrado, no direito romano é feita expressa diferenciação entre capacidade e os institutos de indignidade e deserdação. Segundo Volterra (1986, p. 704), o instituto homônimo da indignidade, nos códigos modernos, teria mudado de forma, tornando-se uma verdadeira incapacidade do herdeiro em relação a um determinado falecido. Cita o exemplo do Código Civil italiano de 1865 em seu art. 725 e do Código de Napoleão no art. 727.

Mas é este o caso brasileiro? Representam a indignidade e a deserdação, verdadeiramente uma incapacidade do herdeiro?

Segundo Nader (2016, p. 132), com o fim do confisco, autores como Coelho da Rocha, Joaquim Ramalho e Teixeira de Freitas arguíram ter desaparecido a diferença entre incapacidade e indignidade. Mesmo antes do Código Civil de 2002, Carlos Maximiliano (1958, p. 60) se opôs veementemente a essa noção. Afirmou que o fim do confisco não equiparou a indignidade à incapacidade, na medida que a incapacidade é um fato, um obstáculo, enquanto

²¹ D.28, 2,19 (*Paulus libro primo ad Vitellium*): «Cum quidam filiam ex asse heredem scripsisset filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit «et in cetera parte exheres mihi erit», et quae-reretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit non videri, et in disputando adiciebat ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur: exheredationes autem non essent adiuvandae».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

a indignidade é uma pecha, uma pena. Ademais, a incapacidade é congênita e o incapaz nunca adquire a herança, já a indignidade pode ocorrer até mesmo depois de aberta a sucessão (como o caso do herdeiro que oculta um testamento). Carlos Maximiliano (1958, p. 60) defende que a diferença entre indignidade e deserdação seria menor do que a diferença entre indignidade e capacidade. Afinal, tanto a indignidade, quanto a deserdação visam punir civilmente o «mau e ingrato», decorrendo de conduta reprovável praticada pelo mesmo contra o *de cuius*.

Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 46-47) manifesta-se sobre a questão. Inicialmente diferencia a capacidade sucessória («legitimação para suceder»), ou seja, a aptidão de a pessoa receber os bens deixados pelo *de cuius*, da capacidade civil («poder de ação no mundo jurídico»). Afinal, uma pessoa pode ser incapaz para atos na vida civil e, ainda assim, ser herdeira, e, do mesmo modo, o oposto.

A indignidade, para Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 46-47), não altera a capacidade sucessória e, muito menos, a civil. O herdeiro pode se abster de aceitar a herança, ou pode perder o seu direito por meio de indignidade ou deserdação, esteja ele na posse dos bens ou não. Entretanto, tudo isso é em face de a pessoa ter estado apta a herdar na ocasião da morte.

Os três institutos, no caso, a incapacidade, a indignidade e a deserdação, segundo Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 54), têm efeitos similares, mas são estruturalmente diferentes.

Ademais, conforme argumenta Nader (2016, p. 132-133), na incapacidade não existe possibilidade de reabilitação, sendo esta irreversível. Alguém que tenha sido testemunha no ato de última vontade, nunca poderá ser colocado como beneficiário no mesmo testamento. Ainda, com o falecimento do titular do patrimônio, a herança não é transmitida inicialmente ao incapaz, como é ao indigno, por força da *saisine*, ainda que perca o seu direito posteriormente.

III.3 Quanto à atuação e ao procedimento

Como demonstra Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 56), tanto em situação de indignidade quanto de deserdação, é necessário o pronunciamento de sentença em ação ordinária determinando a exclusão do herdeiro.

Versa o artigo 1.815 do Código Civil de 2002:

«A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: ... ■

§ 1º O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

§ 2º Na hipótese do inciso I do art. 1.814, o Ministério Público tem legitimidade para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário». (Brasil, 2002).

Neste teor, como indica Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 56), os legitimados para ingressar com a ação serão aqueles com interesse na sucessão, ou seja, quem se beneficiaria com a declaração de indignidade. Porém, não é possível que credores daqueles que se beneficiariam ingressem com esse tipo de ação. A ação declaratória de indignidade só pode ser proposta após a abertura da sucessão. Em vida do titular do patrimônio, esta não tem lugar, visto que até então não existe sucessão. O próprio ofendido, portanto, está excluído de ingressar com a ação, podendo apenas deserdar quem lhe praticou um dos atos especificados.

Ainda segundo Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 57), a ação deve seguir o prazo proposto no §1.º do artigo supracitado, sendo de até quatro anos após a abertura da sucessão. Deve, além disso, ser proposta enquanto o indigno é vivo. Tendo este falecido no curso da ação, ela poderá prosseguir contra seus herdeiros. A sentença final condenatória é fundamental para a exclusão do herdeiro ou legatário.

Conforme Nader (2016, p. 145) a avaliação da conduta do herdeiro não pode ser feita nos autos do inventário e deve seguir a ação própria de rito ordinário. Enquanto não declarado indigno, o herdeiro pode exercer regularmente os direitos inerentes a sua condição, como realizar cessão onerosa de seus direitos.

Para a deserdação também é necessária ação, não bastando a vontade do disponente. Conforme Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 331-333) é no curso de ação própria e não no inventário, ou qualquer processo de jurisdição graciosa, que o herdeiro instituído deverá provar a causa de deserdação contra o deserdado. O prazo é decadencial de quatro anos para a ação de deserdação, ou para a ação de impugnação a ser proposta pelo deserdado. A contagem se inicia com a abertura do testamento. Sem que haja, porém, um momento de abertura de um testamento que não seja do tipo cerrado, conta-se a partir da decisão que ordenar o cumprimento do ato de última vontade. Deve-se provar o fato e, com a sentença, o herdeiro deserdado poderá ser privado de sua legítima.

O prazo e a determinação do ônus da prova da causa de deserdação são previstos no artigo 1.965 do Código Civil de 2002:

«Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento. (Brasil, 2002).

No direito romano também era necessária a intervenção judicial. Como afirma Justo (2016, p. 74), quanto à indignidade, o *aerarium* e o *fiscus* só podiam exercer o seu direito de *ereptio* depois de uma verificação se alguma das causas havia, de fato, ocorrido. O defensor legal do fisco ou erário deveria promover o adequado procedimento judicial para tal, após denúncia. O acusado podia contestar a indignidade e apelar de sentença desfavorável. Apenas depois de dissipadas as dúvidas é que se passavam os bens para o *aerarium* ou para o *fiscus*. Tratava-se de uma ação declarativa.

Ainda, conforme Justo (2016, p. 49), como na indignidade, o tribunal poderia ser chamado para apreciação no caso da deserdação. Era provável que a ação ocorresse no tribunal dos centúnviros, como a de *querela inofficiosi testamenti*, tramitando no processo sacramental. Sendo uma herança menor e mais modesta, tramitaria no *agere per formulas*.

Como explica Nader (2016, p. 513), o herdeiro tido como *heredes sui* era coproprietário e a sua deserdação era tida quase como um ato de insanidade. Era passível de ser anulado. Cabia ao herdeiro injustamente prejudicado a *querela inoficiosa testamenti*. Seria deserdação injustificada o que fosse contra os deveres morais (*officium pietatis*). Se comprovada a irregularidade, ao herdeiro prejudicado era concedida pelo pretor a *bonorum possessio tabulas testamento*.

III.4 Quanto à possibilidade de reabilitação

No direito brasileiro, o perdão é possível nos casos de indignidade e deserdação. Como afirma Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 59) não haveria ninguém melhor do que o ofendido para avaliar o quanto a sua sensibilidade teria sido atingida. Assim, o direito de perdoar é algo formal e privativo, só competendo ao ofendido. O herdeiro não pode efetuar o perdão, porém, pode deixar de intentar ação contra o indigno, deixando-a prescrever, se quiser que este não sofra os efeitos da indignidade.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 60) o perdão pode ser expresso, manifestando o testador sua intenção de modo claro, porém pode ser tácito se, após ter sofrido a ofensa, o testador tenha contemplado o ofensor em testamento. Vindo em ato autêntico, só será válido o perdão expresso, o perdão tácito é válido somente por testamento. O indigno, assim, poderá suceder no limite da sucessão testamentária. É o teor do artigo 1.818, parágrafo único do Código Civil de 2002:

DESERDAÇÃO E INDIGNIDADE PARA SUCEDER NO DIREITO ROMANO: ... ■

«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».

Parágrafo 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. (Brasil, 2002).

No caso da deserdação, Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 335) entende haver possibilidade de perdão, podendo este ser, analogamente à indignidade, expresso ou tácito se em testamento posterior, o qual revogue o anterior, seja omitida cláusula de deserdação.

Hironaka e Pereira (2007, p. 370) ressaltam que, quando o ato praticado pelo herdeiro for ensejador de indignidade e deserdação ao mesmo tempo, ainda que o falecido não tenha promovido a deserdação, essa situação não leva a uma hipótese de perdão, afinal os interessados ainda poderão ajuizar ação de exclusão de herdeiro, a não ser que exista um documento autêntico ou testamento com perdão tácito ou expresso.

A questão do perdão no direito romano não é pacífica entre os estudiosos e doutrinadores. Segundo Justo (2016, p. 75), há autores que acreditam existir a figura da reabilitação, apoiando-se num trecho de Marciano²², o qual não diretamente trata do assunto. Outros argumentam que o caráter público da censura dos comportamentos que ensejavam indignidade afastava a ideia de perdão. Entretanto, esse ponto de vista também não é sustentado pelas fontes e a ideia de *pietas*, que teve lugar no direito romano.

Desse modo, enquanto o direito brasileiro é mais expresso sobre essa questão, gera-se dúvidas no direito romano.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se demonstrou neste artigo, indignidade e deserdação são temas complexos tanto no direito romano quanto no direito brasileiro. Hoje, no Brasil, esses institutos são mais consolidados, tendo passado por um longo proces-

²² O trecho mencionado é Marciano, o qual descreve uma decisão na qual é considerado indigno quem causou a morte daquele que instituiu o herdeiro por *negligentiam et culpam suam*. No original, D. 34, 9, 3: «*Marcianus libro quinto regularum*. Indignum esse divus Pius illum decrevit, ut et Marcellus libro duodecimo digestorum refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

so histórico e influências, e não são os mesmos dos homônimos romanos, ainda que compartilhem sentido lógico e finalidade.

No direito romano, encontramos causas de indignidade espalhadas ao longo da legislação imperial de forma deveras caótica e, mesmo com a reunião das hipóteses pelo direito justianeu, autores romanistas ainda levantam dúvidas de certos conteúdos. Por exemplo, como demonstrado, questionam se as hipóteses listadas de indignidade seriam de fato exclusivamente taxativas no caso concreto. Além disso, não resta clara interpretação de se a reabilitação de herdeiro indigno ou deserddado seria possível, mesmo no direito justianeu. No Brasil, as disposições são claras em permitir o perdão nas suas duas formas: tácita e expressa.

Outro paralelo interessante que se pôde traçar entre o direito romano e o brasileiro foi relativamente à questão da diferenciação de capacidade e indignidade/deserddação. O direito romano, como se tratou, separa os conceitos. O indigno não perdia a sua característica de herdeiro e nem a sua capacidade de adquirir, ainda que não pudesse manter o benefício adquirido com a herança, o qual era confiscado pelo erário, ou pelo fisco, dependendo do período.

No direito brasileiro, apesar de existirem posicionamentos doutrinários em sentido contrário, especialmente após o fim do confisco e o Código Civil de 1916, diversos autores modernos argumentam que os conceitos de capacidade, indignidade e deserddação permanecem distintos, ainda que possam ter se aproximado em códigos de outros países.

Além destas considerações, outro ponto comparativo de destaque foi quanto à parte processual. A forma como a indignidade e a deserddação eram apuradas nos dois ordenamentos eram diversas, sendo todo o arcabouço estrutural diferente. Mas denota-se similaridades. Tanto no direito romano, quanto no brasileiro, a indignidade e a deserddação não operam de forma automática, tendo de passar por procedimento na Justiça e obedecer a rígidos critérios. É certo que, ao longo do direito romano, esses critérios variaram, mas observa-se a sua presença tanto formal quanto material.