

# ROLF MADALENO

Advogado. Professor de Direito de Família e Sucessões  
na Pós-Graduação da PUC-RS.  
Diretor Nacional do IBDFAM.

Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-RS.

Professor convidado do mestrado e doutorado  
da UFRGS e Membro da AIJUDEFA (Asociación  
Internacional de Juristas de Derecho de Familia).

[www.rolfmadaleno.com.br](http://www.rolfmadaleno.com.br)

# SUCCESSÃO LEGÍTIMA



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.
- Nas obras em que há material suplementar *on-line*, o acesso a esse material será disponibilizado somente durante a vigência da respectiva edição. Não obstante, a editora poderá franquear o acesso a ele por mais uma edição.
- Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2019 by

**EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Aurélio Corrêa

- Fechamento desta edição: 05.06.2019

- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.**

M151s

Madaleno, Rolf

Sucessão Legítima / Rolf Madaleno. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-8694-0

1. Direito de família – Brasil. 2. Herança e sucessão – Brasil. I. Título.

19-56930

CDU: 347.65(81)

Vanessa Mafra Xavier Salgado - Bibliotecária - CRB-7/6644





## Capítulo VI

# DOS EXCLUÍDOS DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

---

### 42. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como regra geral do direito sucessório, todo herdeiro tem capacidade para suceder, a título universal, toda a herança ou parte dela, ou de um determinado objeto que recebe como legatário. A capacidade para suceder é a aptidão para adquirir a titularidade dos bens transmitidos por quem falece, permitindo ao titular da vocação hereditária aceitar ou renunciar à herança. A capacidade para suceder se dá em função do vínculo sucessível de parentesco, casamento ou convivência estável, ou como herdeiro instituído pelo testador em seu testamento e nele aquinhoadado com uma fração ou com a totalidade da herança, ou, então, ser beneficiado em um testamento apenas com um legado. A capacidade sucessória não se confunde com a capacidade de aceitar ou de renunciar à herança, pois se trata de uma capacidade que só pode ser exercida por quem tiver o direito de aceitar ou de lançar mão da herança, vale dizer, se for destinatário de toda ou de parte da herança, da qual não foi excluído por alguma causa de indignidade ou de deserdação.

Deter a capacidade de herdeiro em nada se confunde com a capacidade civil do herdeiro, sendo conceitos totalmente distintos, até mesmo porque não é preciso ter capacidade civil para receber uma herança. Tampouco pode ser falado em incapacidade absoluta para suceder, pois não existe uma exclusão, em termos absolutos ou gerais, de toda e qualquer eventual herança, mas apenas a exclusão de certo e determinado herdeiro, sobre certa e determinada herança, ou seja, sobre os bens deixados em herança por aquela pessoa que o excluído ofendeu com algum dos atos legais e taxativamente considerados como causa de indignidade sucessória. Trata-se de uma incapacidade relativa que afeta apenas certas pessoas, em virtude de uma situação jurídica específica ocorrida entre o autor da herança e o sucessor.<sup>1</sup> Nesse sentido, esclarece Carlos Maximiliano inexistir uma indignidade geral, *absoluta*, pois ela será sempre *relativa* ou relacionada a determinado hereditando, sendo punidas as faltas contra ele cometidas, sem que esse ofensor deixe de receber a eventual herança de qualquer outra pessoa contra a qual ela nada fez.<sup>2</sup>

Em verdade, o instituto da indignidade surgiu e cresceu na história do Direito de forma desordenada, não sendo possível estabelecer uma linha de continuidade, eis que as diversas causas de indignidade surgiram de acordo com os casos concretos, introduzidos por exigências particulares, sem sequer ser determinado qual o caso mais antigo de indignidade e

<sup>1</sup> LASALA, José Luis Pérez. *Tratado de sucesiones*. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2014. t. I, p. 403.

<sup>2</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958. v. I, p. 88.



descrever uma sucessão cronológica entre eles.<sup>3</sup> Em regra, eram necessidades do momento derivadas de acontecimentos marcantes, que obrigaram os imperadores a intervir, tanto que o instituto era alheio ao *jus civile*, que representa a antiga tradição latina. Biondo Biondi arrisca a comparar a indignidade ao um círculo que se dilata progressivamente, pois os casos concretos, mesmo que sempre taxativos, fazem-se cada vez mais numerosos,<sup>4</sup> embora esse fenômeno não se identifique na legislação brasileira.

Para que o chamamento do herdeiro produza a plenitude de seus efeitos basta que sua convocação não esteja em contradição com alguma norma legal imperativa, que proíba ou impeça a aquisição total ou parcial da herança, ou que não penda uma condição resolutiva imposta por vontade do testador.<sup>5</sup>

Assim, não há falar em incapacidade daquele que detém vocação hereditária legítima, pois indicado pela lei à aquisição da herança, ou por meio de testamento que externa uma vontade escrita do autor da herança, e por cujo instrumento ele atribui ao herdeiro ou legatário uma capacidade sucessória, inclusive em benefício eventual de quem não se encontra na ordem de vocação hereditária. Entretanto, essa capacidade sucessória pode ser aniquilada pelos fatos ou por expressa manifestação do testador, dispondo a lei civil dos institutos da indignidade e da deserdação. Em situações em que um sucessor cometeu graves atos ofensivos à pessoa, à honra e aos interesses do autor da herança ou de seus familiares mais próximos, e sendo tais fatos considerados ofensivos judicialmente, acolhidos como causa de indignidade ou de deserdação, a legislação brasileira prevê como sanção civil imposta ao faltoso a privação ao direito hereditário que teria sobre os bens deixados pela pessoa que ele ultrajou.

Portanto, embora o herdeiro tivesse capacidade sucessória passiva para receber a herança ou o legado, seguindo a regra geral de que todas as pessoas vivas ou constituídas são capazes de receber herança, contanto que sobrevivam ao autor da herança, dessa herança o desamoroso será excluído. Prescreve o art. 1.798 do Código Civil estarem legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, mas o herdeiro declarado indigno ou deserdado pelo testador será excluído da sucessão como resultado de uma pena civil que lhe foi judicialmente aplicada por haver injuriado ou atentado contra a vida do autor da herança ou conforme o enquadramento legal, também de seus familiares (cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente).

Enfim, uma pessoa pode ser incapaz para praticar determinados atos da vida civil e ter capacidade para suceder, como pode ser incapaz para suceder, embora goze da plenitude de sua capacidade civil, não havendo qualquer confusão ou identidade de conceitos entre a capacidade sucessória e a capacidade civil. Tampouco o indigno ou a pessoa deserdada sofre qualquer restrição em sua capacidade civil por ter sido declarado judicialmente indigno ou deserdado. No entanto, por conta dessa declaração judicial, ele será excluído da herança daquele a quem ele ofendeu diretamente ou que tenha ofendido a seus familiares, perdendo a capacidade sucessória sobre aquela herança específica deixada pelo ofendido que veio a falecer.

Como refere Carlos Eduardo Minozzo Poletto, o excluído do processo sucessório possui capacidade e legitimação hereditária, mas, por ter sido considerado indigno, é privado do seu direito à herança.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> BIONDI, Biondo. *Sucesión testamentaria y donación*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1960. p. 159.

<sup>4</sup> Idem, p. 160.

<sup>5</sup> ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1982. t. I, p. 150.

<sup>6</sup> POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 246.



#### 42.1. Incapacidade e indignidade

Embora indignidade e incapacidade apresentem semelhanças, não há como nem por que as confundir, porquanto se trata de diferentes institutos. Como visto anteriormente, a regra geral é a da capacidade para suceder, bastando a pessoa física ter um vínculo afetivo ou parentesco específico com o sucedido e estar viva, ou ter sido concebida ao tempo da abertura da sucessão, como consta do art. 1.798 do Código Civil, ao estabelecer não terem capacidade para suceder as pessoas que não tenham nascido ou sido concebidas no momento da abertura da sucessão. A pessoa jurídica também tem capacidade para receber herança por testamento, enquanto animais e seres inanimados não têm capacidade sucessória, pois são destituídos de personalidade jurídica. A incapacidade para suceder é uma exceção que independe da conduta da pessoa, pois está relacionada à ordem de vocação hereditária ou à vontade do testador, ao passo que, na indignidade, a sua exclusão é justamente uma consequência do seu proceder em relação ao autor da herança, resultado de um comportamento textualmente reprovado pela lei, que sanciona o indigno com sua exclusão da herança.

Diferente da incapacidade civil, em que a pessoa jamais recebeu a herança por nunca ter sido herdeiro, na indignidade o herdeiro perde a herança que recebeu com a abertura da sucessão e da qual foi excluído diante da procedência e do trânsito em julgado da sentença proferida na ação declaratória de indignidade que ordenou sua exclusão da herança do ofendido. A incapacidade de herdar não se constitui em uma pena ou sanção civil, enquanto a indignidade representa precisamente uma sanção provocada pela conduta do indigno. A incapacidade para suceder é irrenunciável, pois o incapaz não pode receber uma herança que jamais lhe foi destinada, enquanto a indignidade pode ser perdoada pelo ofendido. A incapacidade é definitiva e irremediável; ao passo que a indignidade pode ser perdoada e, por fim, o coerdeiro decai do direito de ação se transcorrerem quatro anos da abertura da sucessão sem o ajuizamento da ação declaratória de indignidade.

Antigamente, eram comuns as discriminações sociais e pessoais, e, na Roma antiga, os estrangeiros, os hereges ou apóstatas, os escravos, os criminosos de lesa-majestade, os filhos espúrios, os exilados e deportados não tinham capacidade sucessória;<sup>7</sup> tampouco a tinham os peregrinos, as pessoas jurídicas, e, no Direito romano de Justiniano, também não herdavam os judeus, os casados sem filhos, os solteiros e as viúvas que se casavam antes do luto, afora as pessoas incertas e os nascituros.<sup>8</sup>

No Direito Civil muçulmano, a mera diferença de religião estabelece uma incapacidade hereditária, pois aqueles que professam religiões distintas não podem herdar entre si, logo, o muçulmano não herda do cristão nem do judeu e vice-versa. A primeira hipótese é para impedir uniões matrimoniais mistas e o segundo exemplo pretende proibir que um cristão ou um judeu enriqueça com bens que pertençam à comunidade muçulmana.<sup>9</sup>

A incapacidade sucessória pode ser absoluta nas hipóteses do art. 1.798 do Código Civil, ou relativa nos casos descritos pelo art. 1.801, incs. I a IV, e pelo art. 1.802, parágrafo único, ambos do Código Civil. A indignidade também é relativa e nesse aspecto guarda semelhança com a incapacidade ou com a falta de legitimidade para suceder por testamento, ou em relação à determinada sucessão, como acontece com: I) a pessoa que, a rogo, escreveu

<sup>7</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 81.

<sup>8</sup> HIERRO, José Manuel Fernández. *Teoría general de la sucesión*. Sucesión legítima y contractual. Granada: Comares Editorial, 2007. p. 73.

<sup>9</sup> BRASA, Teresa M. Estevez. *Derecho civil musulmán*. Buenos Aires: Depalma, 1981. p. 519.



o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II) as testemunhas do testamento; III) o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de 5 (cinco) anos (essa ressalva é uma anomalia da lei, pois quem está separado de fato há mais de cinco anos deixou de estar casado e de viver em plena comunhão de vida justamente por estar separado de fato); IV) o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

### 43. CONCEITO DE INDIGNIDADE

Repugna à consciência social possa uma pessoa suceder a outra e obter vantagem de seu patrimônio depois de cometer contra o autor da herança algum ato lesivo e de certa gravidade previsto em lei (CC, art. 1.814). O herdeiro considerado indigno pela autoria de alguma das poucas hipóteses taxativamente enumeradas em lei atrai a reprovação social ao seu comportamento, que pode ter sido o de atentar contra a vida, honra e liberdade daquele de quem herdaria os bens.<sup>10</sup>

A indignidade é uma sanção em virtude da qual o herdeiro, que tenha incorrido em determinadas ofensas contra o defunto, resta por esse gesto privado da herança.<sup>11</sup> Para Luiz Paulo Vieira de Carvalho, é uma sanção civil por força da qual se exclui uma pessoa do benefício sucessório de outra a quem sucedera, por haver incorrido em alguma das graves causas tipificadas pela lei,<sup>12</sup> ou, como ensina Fabián Elorriaga De Bonis, ao referir que a dignidade é o mérito de uma pessoa para suceder pela morte de outra, e no sentido inverso a indignidade é quando falta esse mérito em uma pessoa para suceder de outra, devido ao descumprimento dos deveres que teria para com o falecido ou porque faltou com o respeito à sua memória.<sup>13</sup>

Pontes de Miranda apresenta exemplar significado acerca da indignidade, facilitando, e muito, a compreensão do instituto, pois, quando alguém é declarado indigno, há em relação a ele uma exclusão, e não uma pré-exclusão, uma vez que, em princípio, todas as pessoas podem suceder e a indignidade não é uma *incapacidade sucessória*, portanto ela não pré-exclui, ela exclui, sendo certo afirmar que o indigno é capaz<sup>14</sup> porque tem direito à herança, mas o perde com a declaração judicial de sua indignidade.

Conforme Ney de Mello Almada, a indignidade é uma pena civil infligida ao herdeiro ou ao legatário que, dolosamente, investiu contra a vida, a honra ou contra a liberdade de testar do autor da herança,<sup>15</sup> e o efeito dessa pena civil que declara o indigno execrável para herdar, em que ele é tido como uma pessoa inexistente na sucessão, como se morta fosse, porém seus herdeiros receberão por direito próprio a parcela que lhe caberia na herança. A privação da herança é um efeito patrimonial imposto ao indigno, um castigo destinado a repreender o seu comportamento ofensivo, praticado contra o autor da herança ou contra as pessoas do seu círculo familiar mais próximo, cujos vínculos de parentesco e de proximidade afetiva são arrolados no art. 1.814 do Código Civil.

<sup>10</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Direito das sucessões*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 35-36.

<sup>11</sup> LASALA, José Luis Pérez. *Tratado de sucesiones*. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2014. t. I, p. 405.

<sup>12</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 234.

<sup>13</sup> DE BONIS, Fabián Elorriaga. *Derecho sucesorio*. 3. ed. Chile: Thomson Reuters, 2015. p. 52.

<sup>14</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. t. LV, p. 119.

<sup>15</sup> ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 138.



Como deixa antever esse dispositivo legal, pouco importa tenha a ofensa sido dirigida ao autor da herança, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, sem que o legislador também tenha estabelecido qualquer limite ou restrição ao grau de parentesco, que na linha reta ascendente ou descendente vai até o último parente vivo e em qualquer grau de parentesco.

O herdeiro declarado indigno perde a legitimação para reivindicar e receber a herança, pois considerado moralmente indigno de receber a sucessão de determinado defunto ao qual agrediu, embora conserve sua aptidão para receber qualquer outra herança que não advinha dos bens deixados pela vítima que ele acometeu ou ofendeu. Luiz Paulo Vieira de Carvalho merece ser beneficiário dos bens deixados pelo sucedido, quer se trate de herdeiro legítimo, necessário, facultativo, anômalo,<sup>16</sup> herdeiro instituído por testamento ou legatário, sendo da natureza jurídica da indignidade essa pena civil de punir o indigno com a perda do quinhão hereditário ou do legado que lhe fora destinado por testamento.<sup>17</sup>

A indignidade é uma sanção civil de caráter penal e, como sucede com os textos penais, sua interpretação é restritiva, não pode ser aplicada além dos limites das pessoas declaradas judicialmente indignas, sendo ademais um instituto da sucessão legítima, ao passo que para promover a exclusão de um herdeiro necessário o testador pode recorrer ao instituto da deserdação.

#### 44. INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

Indignidade e deserdação são institutos que se aproximam e se identificam na medida em que excluem algum herdeiro ou legatário da sucessão que tenha praticado contra o autor da herança algum ato considerado por lei como ofensivo à dignidade do autor da herança.

Curiosamente, a indignidade procede da deserdação, que no Direito romano atribuía ao *de cuius* o direito de excluir de sua sucessão os seus herdeiros, de início livremente, para depois limitá-la às 14 hipóteses enumeradas pela Novela 115 de Justiniano no ano de 542.

Ao instituto da deserdação foi acrescido, posteriormente, o da *indignidade*, asseverando Colin y Capitant que a indignidade nada mais era do que uma deserdação tácita, pronunciada em juízo depois da morte do sucedido, quando as circunstâncias não lhe haviam permitido deserdar o herdeiro culpado, ou seja, sempre que não houvesse tempo de o autor da herança excluir o herdeiro por meio da expressa deserdação.<sup>18</sup>

Tanto a indignidade como a deserdação constituem sanções de direito civil e importam na exclusão sucessória do herdeiro que não observou o comportamento ético e social ordenado pelos arts. 1.814 a 1.818 e 1.961 a 1.965 do Código Civil, pois repugna à consciência social que o herdeiro ou legatário receba bens de quem ofendeu. Escreve A. Santos Justo que, por sua função penal, os bens do *de cuius* eram atribuídos ao Erário e posteriormente ao

<sup>16</sup> Na sucessão anômala a atribuição de certos bens é endereçada a um herdeiro determinado, com preferência sobre os outros, devido à sua origem. A sucessão anômala derroga a regra geral segundo a qual a lei não considera a origem dos bens para regulamentar a sua transmissão. Constitui, portanto, uma verdadeira anomalia do direito comum (RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Derecho civil*. Sucesiones. Buenos Aires: La Ley, 1987. t. X, v. 1, p. 181-182).

<sup>17</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 235.

<sup>18</sup> COLIN, Ambrosio; CAPITANT, Henry. *Curso elemental de derecho civil*. 3. ed. Madrid: Reus, 1988. t. VII, p. 120.



Fisco, configurando-se em verdadeiro confisco e suscitando a ideia de que o indigno podia adquirir, mas não conservar a herança que lhe era confiscada, mas dependendo sempre de um ato administrativo ou judicial.<sup>19</sup>

Os herdeiros só podem ser privados da herança por razões previamente estabelecidas por lei, operando a indignidade para afastar herdeiro constante da ordem de vocação hereditária da sucessão legítima no momento da abertura da sucessão, ou de herdeiro ou legatário instituído ou designado por testamento, enquanto a deserdação priva um herdeiro necessário por meio da declaração judicial que reconhece a vontade do testador de despojar o herdeiro da herança para a qual ele não se comportou dignamente, por haver afrontado alguma das causas textualmente previstas em lei.

A indignidade configura-se como um instituto próprio da sucessão legítima, pertencendo a deserdação à sucessão testamentária, podendo ser estabelecidas entre os dois institutos as seguintes diferenças: a) a indignidade opera em qualquer tipo de sucessão (legítima, testamentária ou contratual), ao passo que a deserdação só opera por expressa disposição do autor da herança, e somente na sucessão testamentária; assim, alguém que não tenha sido deserddado, mas que incorreu em alguma das causas de indignidade, poderá se ver privado da herança se alguma pessoa legitimada a exercer a ação de indignidade; b) a indignidade pode recair sobre qualquer herdeiro, enquanto a deserdação refere-se apenas aos herdeiros necessários; c) as causas de indignidade têm um caráter geral e social, predominando na sua regulação o interesse público, diferente da deserdação, em que sobreleva um interesse exclusivamente familiar.<sup>20</sup>

Salomão de Araújo Cateb desenvolveu importante quadro comparativo entre os dois institutos para facilitar a sua compreensão e estabelecer entre ambas as figuras as suas inúmeras afinidades e algumas das suas poucas diferenças:<sup>21</sup>

INDIGNIDADE	DESERDAÇÃO
Afasta os herdeiros legítimos e testamentários e os legatários.	Afasta somente os herdeiros necessários.
Opera por força de lei, <i>numerus clausus</i> .	Opera por força de lei <i>numerus clausus</i> , mas por vontade do disponente, em testamento.
As causas são anteriores e posteriores.	Somente causas anteriores.
Hipóteses do art. 1.814.	Hipóteses dos arts. 1.814, 1.962 e 1.963.
Os interessados apontam as causas após o falecimento.	O hereditando aponta as causas em testamento, antes do seu falecimento.
Priva todo o direito sucessório.	Priva somente a legítima.
Os efeitos são pessoais (art. 1.816).	Os efeitos são pessoais (art. 5º, inc. XLV, da Constituição Federal de 1988).

Como explica Eduardo Zannoni, historicamente a *indignidade* e a *deserdação* apresentavam profundas diferenças, representando a deserdação, em sua mais remota origem, mani-

<sup>19</sup> JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano – V* (Direito das sucessões e doações). Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 45.

<sup>20</sup> MARTÍNEZ, Ruperto Isidoro. *Tratado de derecho de sucesiones*. Madrid: La Ley, 2013. p. 1214.

<sup>21</sup> CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 94.



festação de punição familiar, exercida pelo *pater familias*, de início arbitrariamente, surgindo mais tarde a *indignidade* como um instituto de Direito Público e pelo qual o fisco tirava do herdeiro a herança por ele adquirida por meio do confisco.<sup>22</sup>

Na atualidade, os dois institutos perderam a antiga precisão de seus contornos, seja porque as causas de deserdação se mostram praticamente idênticas àquelas previstas para a indignidade, seja porque ambos os estatutos estão endereçados à exclusão de herdeiros, servindo a indignidade para a pré-exclusão e a deserdação para a pós-exclusão do herdeiro, como ilustra Pontes de Miranda ao escrever: “(...) quando alguém é indigno, há exclusão, e não pré-exclusão, a despeito da eficácia *ex tunc* da sentença, (...), pois indignidade não é incapacidade: não pré-exclui; exclui”.<sup>23</sup>

Embora todas as causas de indignidade sejam plenamente aplicáveis à deserdação, nem todas as hipóteses de deserdação são aproveitáveis para a indignidade. Talvez a única diferença remanescente esteja no fato de que a deserdação depende da vontade do sucedido, enquanto para a indignidade é a lei que opera declarando indigno o herdeiro quando o falecido desconhecia as causas da deserdação, acreditando Eduardo Zannoni não carecer a legislação dos dois institutos, quando a única querela esteja no fato de a indignidade resolver uma vocação existente e a deserdação depender da vontade do *de cuius*, já tendo o Direito francês, o belga e o italiano abolido o instituto da deserdação para manter apenas o da *indignidade* em duas causas previstas no art. 726 e em três hipóteses reguladas no art. 727, ambos do Código Civil francês, além de dispor que a indignidade não se extingue pelo perdão do autor da herança nem pela reconciliação dos herdeiros, cuidando o art. 463 do Código Civil italiano unicamente da figura da indignidade e nada regulando sobre a deserdação.

No entanto, não representa o pensamento majoritário da doutrina, escrevendo Carlos Eduardo Minozzo Poletto que as figuras da indignidade e da deserdação, embora tenham a mesma natureza jurídica e o mesmo objeto, coexistem por possuírem aspectos objetivos e subjetivos diversos, não configurando nenhuma redundância legal a sua existência, a começar que a indignidade seria uma sanção imposta pela lei, independentemente da vontade do autor da herança ou dos demais sucessores. Por sua vez, a deserdação caracteriza nítida punição exercida pelo testador, acentuando que o fundamento ético-jurídico da indignidade é a proteção da ordem pública e social, atuando precipuamente sobre comportamentos criminosos, ainda que praticados na ordem privada, enquanto a deserdação busca proteger e prestigiar a harmonia, o respeito, o afeto e a solidariedade nas relações familiares, envolvendo, em regra, ilícitos civis ou atos moralmente condenáveis.<sup>24</sup>

#### 44.1. Novas causas de indignidade sucessória

Embora todas as causas de indignidade sejam plenamente aplicáveis à deserdação, nem todas as hipóteses de deserdação são aproveitáveis à indignidade, sendo igualmente certo afirmar que o legislador brasileiro perdeu com o advento do Código Civil de 2002 uma boa oportunidade de ampliar os motivos de indignidade para determinar a exclusão sucessória de certos herdeiros que descansam sobre a segurança de uma legítima intangível, como acontece

<sup>22</sup> ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1982. t. I, p. 222.

<sup>23</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves Campinas: Bookseller, 2008. t. LV, p. 171.

<sup>24</sup> POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 436.



no abandono material e afetivo, que é capaz de excluir o direito alimentar e com expressa previsão do parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil brasileiro,<sup>25</sup> mas incapaz de gerar a exclusão sucessória. Contrariamente ao Direito cubano, cujo art. 469.1 do Código Civil de 1987 reconhece como causa de incapacidade para suceder do herdeiro que nega alimentos, ou que nega *atenção* ao autor da herança, significando esse vocábulo mais do que apenas alimentos, abrangendo em seu conceito todo o grau de afeto, vigilância, proteção, amor, carinho, compreensão e entendimento, cujos valores representam além daquilo que materialmente pudesse ser proporcionado ao autor da herança, tanto que encerra Leonardo B. Pérez Gallardo afirmando ser esse conjunto de predicados tudo o que medianamente um ser humano pode fazer para que outro se sinta cuidado, acolhido e assistido.<sup>26</sup>

Prossegue Leonardo Pérez Gallardo reclamando da inércia e do mimetismo dos códigos civis modernos que vão se repetindo, copiando um ao outro e assim em nada eles inovam, omitindo-se de incluir novas hipóteses de indignidade sucessória, apesar de existirem circunstâncias que deveriam merecer a atuação e a própria indignação do legislador, não unicamente no âmbito da solidariedade alimentar, mas também na atenção e no afeto que por vezes pessoas precisam e esperam de seus parentes que, pela lei, herdaram na linha colateral até o 4º grau de parentesco, como estabelece, por exemplo, o art. 523.4 do Código Civil da Costa Rica, quando considera indignos para suceder “os parentes compreendidos entre os herdeiros legítimos, que, achando-se o autor da herança louco ou abandonado, não cuidarem de recolhê-lo em um estabelecimento público”.<sup>27</sup> Também a seu modo o art. 111 do Código Civil espanhol, que exclui da sucessão o progenitor condenado em sentença por crime de abuso contra o filho, ou que se opôs à investigação judicial de paternidade de seu descendente, abstenendo-se inclusive de concorrer para a prática dos exames hematológicos de determinação de filiação pelo DNA, sendo suficiente a prova da resistência manifestada na demanda de investigação de paternidade, tratando-se de uma exclusão de herdeiro que se opera automaticamente, dispensando uma ação civil declaratória de indignidade, salvo que o próprio filho manifeste vontade diversa.<sup>28</sup>

Ainda na Espanha e diferentemente do sucedido no Brasil, cuja legislação nacional nada previu com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), a Ley espanhola 41/2003, de *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*,

<sup>25</sup> “Apelação cível. Alimentos. Fixação. O pedido de alimentos repousa aqui no dever de solidariedade entre os parentes, previsto no art. 1.694 do CCB, visto que a demandada é sua filha. Contudo, para a fixação de alimentos mister prova da necessidade de quem pede e da possibilidade da demandada, nos termos do parágrafo primeiro do referido dispositivo legal. Considerando que a apelante mora em imóvel cedido por um filho, possui plano de saúde pago por outra filha, recebe benefício do INSS no valor de R\$1.200,00, além de viver em união estável, descaracterizada está sua necessidade ao recebimento de socorro alimentar por parte da apelada. Mesmo que caracterizada a necessidade da autora/apelante ao recebimento de alimentos, não subsiste, na excepcionalidade do caso, há mais de 40 anos, diante do comportamento reprovável da própria apelante (que é mãe da apelada e a abandonou) qualquer vínculo afetivo para amparar o dever de solidariedade entre os litigantes, de forma que descabida seria a condenação da apelada ao pagamento de pensão em prol da apelante. Negaram provimento. Unânime” (TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível 70059917898, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 21.08.2014).

<sup>26</sup> GALLARDO, Leonardo B. Pérez. En pos de necesarias reformas al derecho sucesorio en Iberoamérica. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *El derecho de sucesiones en Iberoamérica*. Tensiones y retos. Madrid: Reus, 2010. p. 56.

<sup>27</sup> Idem, p. 55.

<sup>28</sup> GALLARDO, Leonardo B. Pérez. En pos de necesarias reformas al derecho sucesorio en Iberoamérica. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *El derecho de sucesiones en Iberoamérica*. Tensiones y retos. Madrid: Reus, 2010. p. 57.



acrescentou um novo número ao art. 756 do Código Civil espanhol e criou uma nova causa de indignidade e, portanto, de incapacidade sucessória quando dispõe que: “7º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 de Código Civil”.

Esclarece Ignacio Serrano García não se tratar os itens previstos no art. 756 do Código Civil espanhol de um número cerrado de episódios de indignidade, pois, ainda que não apareça no catálogo legal, deve ser ponderada qualquer outra proposição que se inclua em seus conceitos, servindo essas mesmas disposições para o instituto da deserdação.<sup>29</sup> Embora os arts. 142 e 146 do Código Civil espanhol refiram o abandono alimentar ou material, a essa hipótese não se restringem, mesmo porque existem parentes que herdaram, mas que não estão obrigados a alimentar, sabendo-se que entre os colaterais a obrigação alimentar só vai até o segundo grau de parentesco, sendo restrito aos alimentos devidos entre irmãos. Contudo, colaterais de terceiro e quarto graus de parentesco herdaram, embora não tenham obrigação material para com o autor da herança, não havendo como limitar a indignidade aos sucessíveis vinculados pela obrigação dos alimentos, pois também seria socialmente reprovável qualquer atitude de um parente que deixe deliberadamente de prestar alimentos de que necessita o alimentando portador de deficiência e, posteriormente, reclame o seu direito hereditário contra aquele cuja subsistência ele deliberadamente negligenciou durante sua vida, devendo ser igualmente registrado que pelo art. 853 do Código Civil espanhol também serão justas causas para a deserdação dos filhos e descendentes que tiverem negado, sem motivo legítimo, os alimentos ao pai ou ascendente que o deserda, ou que tenha maltratado fisicamente ou injuriado gravemente com palavras o ascendente. Recorda Ana Laura Cabezuelo Arenas que se está diante de uma das questões mais litigiosas que o direito sucessório tem suscitado nos últimos anos, em que filhos decidem pôr fim às relações com seus pais e aparecem, anos depois, somente para reclamar uma legítima da qual não se fizeram merecedores ao se desentenderem totalmente com seus progenitores.<sup>30</sup>

A mesma pena civil pareceria fora de propósito se esse familiar desconhecesse a vulnerabilidade e ignorasse o estado de necessidade do autor da herança, portador de deficiência física ou mental, mencionando Ignacio Serrano García que o parente, sendo considerado indigno pela falta de assistência ao ser excluído, tornaria a herança vaga por ser o único sucessível, tudo passando para o Município, que tampouco atendeu a quem precisava de atenção.

#### 45. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INDIGNIDADE

A indignidade não tem incidência automática, não se produz de pleno direito, porquanto prescinde de uma declaração judicial movimentada pelos interessados no seu ajuizamento e cujos promotores da ação precisam observar o prazo decadencial de quatro anos (CC, art. 1.815, § 1º). A indignidade precisa ser reconhecida em pronunciamento judicial específico para que sejam enunciados legalmente os seus efeitos por meio de uma sentença, conforme expõe o art. 1.815, *caput*, do Código Civil. Esse pronunciamento judicial não pode ser efetivado no ventre do inventário, porque depende de uma ação de declaração de indignidade,

<sup>29</sup> GARCÍA, Ignacio Serrano. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003. Madrid: Lustel, 2008. p. 547-550.

<sup>30</sup> ARENAS, Ana Laura Cabezuelo. *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación* (art. 853.2 CC). Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 13.



a ser especialmente aforada para comprovação da autoria do ato de indignidade. Quando as questões de direito dependem de outras provas, de acordo com o art. 612 do Código de Processo Civil, as partes devem buscar as vias ordinárias para comprovarem os fatos relevantes, que prescindem, sempre, do devido processo legal e da garantia do direito à mais ampla defesa, especialmente tratando-se de excluir herdeiro pela ocorrência de ato de indignidade ou de deserdação. São as denominadas ações sucessórias, a serem processadas e julgadas, em regra, pelo juízo do inventário e que estão identificadas pelo art. 612 e pelo § 3º do art. 627 do Código de Processo Civil, com as ações que o CPC de 1973 designava de *ações de alta indagação*, as quais demandavam maior dilação probatória não comportada no estreito processo de inventário, justamente caracterizado como um procedimento eminentemente documental e por isso eram matérias dependentes de outras provas além da documental, que reclamavam e continuam reclamando um processo ordinário para comprovação dos fatos considerados relevantes e que não se restringem à prova documental, ficando sobrestado o processo de inventário (CPC, art. 627, § 3º).

O meio processual para declarar o indigno que incorreu em alguma das causas de exclusão da herança é pelo ajuizamento da ação declaratória de indignidade, a ser proposta no mesmo juízo do inventário em virtude do foro de atração, salvo seja de outro juiz a competência material determinada pelo Código de Organização Judiciária de cada Estado. A ação declaratória de indignidade ou de deserdação só pode ser proposta após a abertura da sucessão, pois não há falar em herança de pessoa viva (CC, art. 426), mas o seu ajuizamento não depende do ingresso do inventário tampouco da efetivação da partilha, mas, pelo contrário, a partilha é que depende do resultado da declaratória de exclusão de herdeiro, e, embora o inventário possa sofrer uma interrupção por ocasião da entrega dos bens hereditários, nada impede que o juiz ordene a reserva do quinhão hereditário do sucessor indigno.

A ação de indignidade é de caráter pessoal, com vistas a obter a declaração de indignidade, cuja consequência imediata é a exclusão do herdeiro, que então é considerado como se nunca tivesse sido, recomendando José Luis Pérez Lasala e Graciela Medina que a ação declaratória de indignidade seja cumulada com uma petição de herança, se o indigno estiver na posse dos bens inventariados, visando à reintegração dos bens do espólio.<sup>31</sup>

Segundo Clóvis Beviláqua, se o herdeiro excluído tiver entrado na posse efetiva da herança, deverá devolvê-la com os frutos e rendimentos percebidos desde a abertura da sucessão; primeiro, porque a indignidade começa a produzir seus efeitos desde a morte do sucedido e, depois, porque o indigno é considerado um possuidor de má-fé.<sup>32</sup> Nessa ação declaratória de indignidade ou de deserdação de rito ordinário, o autor deverá demonstrar a existência concreta de uma das causas expressamente previstas em lei para a exclusão do herdeiro, ocupando-se o réu de provar justamente o oposto, para que possa ou não receber o seu quinhão hereditário com o trânsito em julgado da sentença de procedência ou de improcedência da ação de exclusão da sua condição de herdeiro.

A sentença de procedência da indignidade, que favorece e aproveita a todo e qualquer herdeiro do sucedido, é parte declaratória e parte condenatória, porque perfilha a incapacidade de suceder e retroage à data da abertura da sucessão, não servindo a demanda para excluir o sucessor, mas apenas para declarar que lhe falta, desde a morte do sucedido, a qualidade de herdeiro, considerando que ele realmente nunca o foi. Sob outro enfoque, a sentença também

<sup>31</sup> LASALA, José Luis Pérez; MEDINA, Graciela. *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011. p. 350.

<sup>32</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. p. 67.



será condenatória ao punir o herdeiro com a sua exclusão da sucessão, ficando atento para o caráter personalíssimo da penalidade civil da indignidade e da deserção, pois, se o indigno morrer antes ou durante o processo de declaração de sua exclusão sucessória, a ação extingue-se, uma vez que, sendo uma pena civil, por analogia à pena criminal, seus efeitos nunca passam da pessoa do criminoso. Entretanto, os conceitos de punição no Direito Civil e no Direito Penal guardam suas diferenças, não sendo necessário que a pessoa seja previamente condenada na esfera penal, contudo, sendo absolvido no juízo criminal, não mais poderá ser excluído da herança na esfera civil.

Exemplos frequentes de ações sucessórias podem ser encontrados em processos como os da ação de investigação de filiação, cumulada com petição de herança, para a qual ordena o § 3º do art. 627 do Código de Processo Civil o sobrestamento da entrega do quinhão do herdeiro admitido no inventário até o julgamento da ação, estando a decisão judicial de remessa ou não da questão às vias ordinárias de natureza interlocutória a desafiar agravo de instrumento; ou a ação declaratória de existência de união estável, caso a estável convivência já não estiver suficientemente comprovada por meio de contrato particular ou escritura pública de convivência; ou se os demais herdeiros e interessados tiverem impugnado a habilitação do convivente sobrevivente no corpo do inventário.

Esses exemplos, entre vários outros, podem ser acrescidos da ação de colação, da ação de redução de disposição testamentária, da ação de nulidade de partilha ou de ação de anulação de testamento, ou da ação de prova da *culpa mortuária*, para aqueles que defendem a incidência do art. 1.830 do Código Civil,<sup>33</sup> existindo situações nas quais, efetivamente, a ruptura fática dos cônjuges pode ser provocada contra a real vontade dos cônjuges, por vezes por influência de familiares, ante a avançada idade do casal e assim compelindo uma separação de fato coincidente com o estado terminal de um dos consortes e desse modo afastar corpos que não se odiavam, visando com essa estratégia arrear, em realidade, o direito sucessório concorrente do cônjuge ou convivente supérstite.

#### 45.1. Sujeito ativo

A mera prática dos atos ofensivos não tem força suficiente e autonomia para determinar a exclusão do ofensor da herança deixada pelo ofendido, fazendo-se necessário o ajuizamento da ação declaratória de indignidade. Como ilustra Flávio Tartuce,<sup>34</sup> a ação de indignidade pode ser proposta pelo interessado ou pelo Ministério Público, quando houver questão de ordem ou de interesse público, nos termos do Enunciado 116 do Conselho Federal de Justiça do Superior Tribunal de Justiça, da I Jornada de Direito Civil realizada em 2002.<sup>35</sup> A atuação

<sup>33</sup> “Recurso especial. Direito civil. Sucessões. Cônjuge sobrevivente. Separação de fato há mais de dois anos. Art. 1.830 do CC. Impossibilidade de comunhão de vida sem culpa do sobrevivente. Ônus da prova. 1. A sucessão do cônjuge separado de fato há mais de dois anos é exceção à regra geral, de modo que somente terá direito à sucessão se comprovar, nos termos do art. 1.830 do Código Civil, que a convivência se tornara impossível sem sua culpa. 2. Na espécie, consignou o Tribunal de origem a prova dos autos é inconclusiva no sentido de demonstrar que a convivência da ré com o ex-marido tornou-se impossível sem que culpa sua houvesse. Não tendo o cônjuge sobrevivente se desincumbido de seu ônus probatório, não ostenta a qualidade de herdeiro. 3. Recurso especial provido” (STJ, 4ª Turma, REsp 1.513.252/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 03.11.2015).

<sup>34</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito das sucessões*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 102.

<sup>35</sup> Enunciado 116: “Art. 1.815 – O MP, por força do CC 1815, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário”. Teo-



do Ministério Público dá-se não só como fiscal da ordem jurídica, nos termos do art. 178 do CPC, nas causas em que há interesse de incapaz (CPC, inc. II, art. 178), ou intervindo como fiscal da lei, nos termos do art. 179 do CPC, como também a Lei 13.532, de 7 de dezembro de 2017, que alterou a redação do art. 1.815 do Código Civil e atribuiu legitimidade ativa ao Ministério Público para promover a ação visando à declaração de indignidade de herdeiro ou legatário, na hipótese do inc. I do art. 1.814 do Código Civil.

A título comparativo, o art. 727-1 do Código Civil francês estatui que, na ausência de algum herdeiro, a demanda de exclusão do herdeiro indigno pode ser proposta pelo Ministério Público. Tal disposição é criticada por Carlos Eduardo Minozzo Poletto por entender que a atuação do *Parquet* está voltada para o interesse público e esse interesse não pode ser condicionado à inexistência de outros herdeiros,<sup>36</sup> como sucede na legislação brasileira, que atribui essa legitimidade ministerial para a promoção da ação declaratória de indignidade nas hipóteses de homicídio doloso, ou tentativa deste, indiferente ao interesse ou não dos herdeiros de excluírem o indigno da herança, havendo verdadeira autonomia do Ministério Público para influir no direcionamento da herança nos casos de indignidade do inc. I do art. 1.814 do Código Civil.

Tecnicamente, antes da edição da Lei 13.532/2017, para quaisquer hipóteses de indignidade, apenas os parentes que receberiam o quinhão hereditário do indigno teriam a faculdade de demandá-lo, pois eram eles os interessados diretos, vindo em primeiro lugar seus filhos, sem esquecer o cônjuge ou convivente que, sem ser parente, também tem legitimidade ativa para promover a ação declaratória de indignidade na qualidade de herdeiro concorrente, como também deve ser reconhecida a legitimidade ativa ao herdeiro instituído por testamento. Em realidade, qualquer interessado que seja diretamente beneficiado com a sucessão pode requerer a exclusão do herdeiro ou legatário, seja por direito próprio ou por direito de representação, inclusive o testamentário como executor da vontade do testador.<sup>37</sup>

Em princípio, o Ministério Público não tem interesse em uma ação privada, como sucede na declaração judicial de exclusão da herança por indignidade, salvo defenda interesses de pessoa incapaz,<sup>38</sup> como o de herdeiros menores de idade, cujas limitações civis suscitam a legitimidade latente e ativa do *Parquet*,<sup>39</sup> posição reforçada com a edição do Enunciado 116, na I Jornada de Direito Civil, realizada entre 11 e 13 de setembro de 2002, no Superior

---

ricamente o *interesse público* contrapõe-se ao *interesse privado*, no entanto, em seu sentido lato, até o interesse individual, se indisponível, é interesse público, como ensina MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 72. Dispõe o art. 176 do CPC/2015 que o MP atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis. Enquanto o inc. II do art. 178 do CPC/2015 ordena atue o MP nos processos que envolvam interesse de incapaz.

<sup>36</sup> POLETTTO, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 338-339.

<sup>37</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. Atualizador Mario Roberto Carvalho de Faria. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 36.

<sup>38</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 86.

<sup>39</sup> “Ação declaratória de indignidade de herdeiro necessário. Homicídio do autor da herança. Legitimidade ativa do Ministério Público. Coerdeiros menores. Possibilidade. TJSP. Indignidade de herdeiro necessário. Homicídio do autor da herança. Ação declaratória. Legitimidade do Ministério Público. Inteligência do art. 1.815 do CC/2002. Coerdeiros, ademais, que são menores. Preservação de seus interesses indisponíveis. Sentença mantida. Recurso desprovido” (TJSP, Apelação Cível 0000078-83.2005.8.26.0627, Rel. Des. Claudio Godoy, j. 25.10.2011).



Tribunal de Justiça, sob a direção científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar.<sup>40</sup> Há quem se posicione contrário à intervenção ministerial, mesmo depois da edição da Lei 13.352/2017, pois, “se o sucessor imediato do herdeiro ou legatário indigno, por livre opção, não provoca a exclusão, ninguém mais poderá fazê-lo, nem mesmo o Ministério Público, ainda que a indignidade constitua crime”,<sup>41</sup> como também se direciona Carlos Roberto Gonçalves, para quem os menores serão representados por seus emissários legais, e não pelo Ministério Público.<sup>42</sup>

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho louvam a legitimidade processual ativa do Ministério Público para o pedido de exclusão do herdeiro indigno, pois consideram que o interesse patrimonial privado envolvido não sobrepujaria o senso socialmente ético, especialmente exigido no âmbito das relações de família.<sup>43</sup>

Emblemático exemplo brasileiro surgiu do célebre homicídio duplo ocorrido em São Paulo, em 31 de outubro de 2002, e lembrado por consagrados autores como Luiz Paulo Vieira de Carvalho,<sup>44</sup> Salomão de Araújo Cateb,<sup>45</sup> Carlos Eduardo Minozzo Poletto,<sup>46</sup> Nelson Godoy Bassil Dower,<sup>47</sup> Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>48</sup> e Flávio Tartuce,<sup>49</sup> relacionado à pessoa de *Suzane Louise von Richthofen*, que assassinou seus pais Marísia e Manfred Albert von Richthofen com o auxílio dos irmãos Daniel (este namorado dela à época) e Cristian Cravinhos de Paula e Silva, e o irmão de *Suzane*, o menino Andreas, à época relativamente incapaz, declarou-se em um primeiro momento desinteressado na propositura da ação de indignidade, pois sua irmã seria sua única parente mais próxima. Não obstante o sentimento nacional de indignação que vicejava quanto à omissão do irmão, que depois voltou atrás e ingressou com a ação de indignidade em face da irmã Suzane, a vontade do irmão Andreas jamais poderia ser suprida pela nomeação de um curador especial, ou pelo Ministério Público. Diante da comoção e da repercussão social que o crime ainda causa, anota Flávio Tartuce<sup>50</sup> ter sido proposto no Congresso Nacional o Projeto de Lei 141/2003, de autoria do Deputado do Rio de Janeiro, Paulo Baltazar, visando alterar o art. 92 do Código Penal, acrescentando, pelo inc. IV, a exclusão da herança dos herdeiros ou legatários que houvessem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratasse, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, dispensando a sentença civil. O referido projeto foca a exclusão da herança apenas dos autores ou

<sup>40</sup> Enunciado 116: Art. 1.815 – “O Ministério Público, por força do art. 1.815 do novo Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração de indignidade de herdeiro ou legatário”.

<sup>41</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 112.

<sup>42</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7, p. 126.

<sup>43</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7, p. 150.

<sup>44</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. nota 23, p. 242.

<sup>45</sup> CATEB, Salomão de Araújo. *Deserção e indignidade no direito sucessório brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 59. O autor também faz referência ao crime em seu livro *Direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 95.

<sup>46</sup> POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserção*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 337.

<sup>47</sup> DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil*. Sucessões. São Paulo: Nelpa, 2004. v. 6, p. 71-72.

<sup>48</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7, p. 146.

<sup>49</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito das sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 103.

<sup>50</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito das sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 104.



cúmplices de homicídio voluntário ou da tentativa de homicídio (CC, inc. I, art. 1.814), e não da exclusão da herança dos autores dos crimes contra a honra (CC, inc. II, art. 1.814). Essa proposta foi apensada ao Projeto de Lei 7.418/2002, também da autoria do Deputado Paulo Baltazar, resultando no arquivamento do Projeto de Lei 141/2003, sendo aprovado com a redação levemente alterada: “a exclusão da sucessão dos herdeiros ou legatários que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso ou tentativa deste contra a pessoa a quem deveriam suceder ou seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente”.<sup>51</sup>

Flávio Tartuce sublima a proposta legislativa que separa o juízo criminal do juízo cível e considera suficiente a condenação criminal para excluir da herança o herdeiro incidente em alguma das hipóteses do inc. I do art. 1.814 do Código Civil, tornando plenamente dispensável a propositura de uma ação civil declaratória de indignidade, quando pelo mesmo fato a sentença criminal já condenou o autor do crime de homicídio, sendo necessária, contudo, a dupla sentença para os crimes de denunciação caluniosa contra o sucedido, e para aqueles cometidos contra a honra do falecido, seu cônjuge ou companheiro (CC, art. 1.814, inc. II).<sup>52</sup>

Enfim, e de acordo com Carlos Eduardo Minozzo Poletto,<sup>53</sup> estão legitimados para a promoção da ação declaratória de indignidade todos aqueles que tenham interesse econômico

<sup>51</sup> Esse é o inteiro teor da justificativa do PL 7.418/2002: “A constatação da nossa triste realidade com relação à violência que vem assolando as ruas da Nação, hoje adentram os lares brasileiros com as notícias transmitidas pela mídia nacional acerca da violência gratuita que ora atinge a célula *mater* do País – a Família. Como visto, o legislador, sempre atento aos reclames sociais, revela-se preocupado com a crescente onda de violência. O caso recente noticiado com destaque em todos os meios de comunicação – o de Suzane Loise (*Louise*) Richthofen pelo assassinato dos seus genitores – Manfred e Marísia, é hoje, alvo prioritário do estudo de criminalistas, psicoterapeutas, psiquiatras e legisladores que tentam barrar a onda de violência familiar. Esse tipo de delito é gravíssimo e deve ser reprimido com penas severas, porém não deixará de existir, já que, desde os tempos bíblicos, ele ocorre, vez por outra motivado pela ganância humana ou pela insensatez dos que deveriam amar àqueles a quem o Direito salvaguarda a legitimidade da Sucessão, seja na qualidade de herdeiro ou de legatário, em vez disso expõe a fragilidade dos valores morais e humanos de uma sociedade que regula através do Estado os limites da vida familiar. A proposição altera a redação dada no art. 92 (CP) ao introduzir no texto do dispositivo novo inc. (IV), que trata especificamente sobre os efeitos extrapenais da condenação transitada em julgado, tal finalidade almeja reprimir após a sentença condenatória de forma mais apropriada a conduta ilícita – matar alguém. Assim, a inserção do inc. IV no art. 92 – Capítulo VI – Dos Efeitos da Condenação – Efeitos Genéricos e Específicos (CP), prevê esta punição após o trânsito em julgado da condenação do agente criminoso. Vale ressaltar que o nosso Diploma Civil dispõe no Livro IV – Do Direito das Sucessões – Título I – Da Sucessão em Geral – Capítulo V – Dos que não Podem Suceder: ‘Art. 1.595. São excluídos da sucessão [...], os herdeiros, ou legatários: I – Que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar;’ (o texto ainda refere o Código Civil de 1916, correspondente ao inc. I, do art. 1.814 do Código Civil de 2002). Em razão da audácia e do destemor de autores ou cúmplices que praticam tal ato ilícito, nos fazem vivenciar a busca de novos valores morais para dar sustentação à Família, mas no horizonte só encontramos a triste constatação de tempos nefastos e perigosos, onde a criança e o jovem são vilipendiados na sua intimidade e nos seus interesses sociais, transformados em monstros urbanos letais que não titubeiam na hora de concretizar seus interesses ilícitos. Esperamos, pois, ver o presente projeto de lei aprovado, colocando-o a serviço de uma sociedade atemorizada, para que este novo instrumento iniba a ação ilícita desses agentes criminosos evitando a devastação da família, razão pela qual conclamo os Eminentíssimos integrantes desta Casa Legislativa do Congresso Nacional para que aprovem a proposição.”

<sup>52</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil. Direito das sucessões*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 104.

<sup>53</sup> POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 336.



ou moral. Partindo desses dois pressupostos, podem ser considerados interessados o coerdeiro, o legatário, o colegatário, o cessionário, os substitutos testamentários, o donatário e todo aquele que seria diretamente favorecido com a exclusão do indigno, lembrando Luiz Paulo Vieira de Carvalho que o art. 1.815 do Código Civil de 2002 suprimiu a expressão *movida por quem tenha interesse na sucessão*, contida no art. 1.596 do Código Civil de 1916.<sup>54</sup>

O fisco ou qualquer credor, cujos direitos econômicos ou interesses morais pudessem ser prejudicados pela inércia dos demais interessados, não obstante sequer sejam herdeiros na exata concepção do termo, também estão legitimados na declaração da indignidade. Apertadamente soaria despropositado afirmar que um credor tivesse interesse material ou moral na ação de exclusão do indigno, pois, sendo credor do sucedido, vai receber seu crédito por inteiro, nada refletindo no seu direito a exclusão de herdeiro considerado indigno.<sup>55</sup> Esse raciocínio faz todo sentido quando se trata de credor do falecido e seu crédito advém do espólio, for excluído por indignidade, os coerdeiros remanescentes podem receber quotas hereditárias maiores, se ausente herdeiro representante do indigno, aumentando consequentemente a garantia do credor.

O próprio ofensor tem legitimidade ativa para ajuizar uma ação que declare a inocorrência ou não autoria do ato de indignidade, quando nenhum legitimado propôs a ação declaratória de indignidade, optando por criar a eterna dúvida acerca da suposta autoria, perpetuando deste modo um julgamento moral sobre o acusado e gerando ao incriminado uma censura ética vitalícia que pode ter repercussão social bem mais danosa a quem se considera inocente e que jamais poderia esclarecer judicialmente o impasse se como acusado não pudesse integrar o polo ativo da ação.

O art. 1.596 do Código Civil de 1916 legitimava ao ingresso da ação *quem tivesse interesse na sucessão*, sendo nela igualmente interessado o herdeiro que quer receber seu quinhão hereditário livre de qualquer rumor de estar recolhendo herança manchada por crime que jamais cometeu, não obstante as suspeitas que sobre ele pairam, mas que nunca poderiam ser elucidadas se apenas os outros herdeiros fossem habilitados ao ajuizamento da ação de exclusão do indigno.

#### 45.2. Sujeito passivo

A ação de indignidade pode ser demandada contra quem pode ser considerado indigno, ou melhor, contra todo aquele sucessor sobre o qual pesa a acusação da prática de algum dos atos considerados indignos e taxativamente descritos em lei, quer se trate de herdeiro direto ou legatário, ou de herdeiro instituído por testamento, bem como de um herdeiro concorrente. Em realidade, pode figurar no polo passivo qualquer pessoa que, de alguma forma pudesse se beneficiar direta ou indiretamente da herança deixada pelo ofendido, como também pode despontar no lado passivo da demanda o inventariante, quando quem promove a declaratória é o herdeiro acusado de ser indigno e que, desejando provar sua inocência, não quer correr o risco de deixar transcorrer em branco o prazo decadencial. Caso tenha existido a coautoria na

<sup>54</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 241.

<sup>55</sup> Esse é o entendimento de LÔBO, Paulo. *Direito civil. Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179, quando refere que “não são legitimados a requerer judicialmente a exclusão do herdeiro os credores do *de cuius*, pois a garantia de seus créditos é dada pela herança em conjunto, independentemente de quem seja o herdeiro”.



prática do comportamento de indignidade, haverá litisconsórcio passivo facultativo, podendo os réus ser acionados em conjunto ou separadamente, embora razões de economia e de celeridade processual conduzam para uma conexão processual.

Também a pessoa jurídica como herdeira de alguma disposição testamentária pode figurar no polo passivo de uma ação declaratória de indignidade, quando seu sócio, quotista ou proprietário incorrer em alguma das condutas de indignidade tipificadas expressamente em lei.<sup>56</sup>

Sendo a indignidade uma pena civil que não passa da pessoa do ofensor, tecnicamente a ação deve ser proposta somente depois da abertura da sucessão, indiferente ao precedente ajuizamento do inventário, e só pode ser intentada se o indigno ainda vive, pois, morrendo ele antes de iniciada a ação, seus descendentes recebem a herança, como também receberiam a herança por representação do herdeiro excluído. Como a sanção não passa da pessoa do autor indigno, este, por mera ficção legal, é tido como se tivesse morrido antes da abertura da sucessão do ofendido (CC, art. 1.816), contudo, seus descendentes herdarão por direito próprio.<sup>57</sup>

Na sucessão testamentária, os filhos do indigno já não tomarão o seu lugar na herança, pois no testamento não existe o direito de representação, seguindo os bens os rumos ordenados pelo testador, salvo tenha ele designado um substituto para herdar na hipótese de premorte ou de exclusão do herdeiro instituído ou legatário declarado indigno.

Ocorrendo a morte do indigno antes do ingresso da ação declaratória de indignidade, descabe o aforamento da demanda, e, se porventura a morte do indigno ocorre no transcurso da ação declaratória, teoricamente deveria ser extinta a ação sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir. Conforme Luiz Antônio Alves Torrano, seria indiferente o deslinde da ação, pois pouco importa se procedente ou não a ação.<sup>58</sup> Isto porque os sucessores do indigno são partes ilegítimas para responderem à demanda,<sup>59</sup> pois receberão por direito próprio se todos eles estiverem no mesmo grau de parentesco, ou herdarão por representação se estiverem em graus diferentes de parentesco, e assim sempre será, tenha o desamoroso realmente falecido, ou apenas sua morte seja fictícia diante da procedência da ação de indignidade, considerando ser incontestável que nenhuma ação de indignidade pode ser proposta contra o representante.

Tratando-se de herdeiro instituído em testamento – e nesse caso inexistente representante –, ele já pode estar na posse da herança e ter falecido posteriormente, ou pode o testador ter distribuído sua herança em legados, ou promovido a doação dos bens que estavam sob sua posse, até mesmo porque a exclusão do indigno só se configura depois do trânsito em julgado da sentença, e até esse momento ele é considerado legalmente herdeiro.

Nessas hipóteses de posse da herança ou do legado, o herdeiro pode demandar o herdeiro ou legatário que estiver indevidamente na posse da herança e cumular a ação declaratória de indignidade com a de petição de herança, para reaver a posse dos bens que devem retornar ao espólio.

<sup>56</sup> POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserção*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 342.

<sup>57</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial do Direito das Sucessões. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20, p. 159.

<sup>58</sup> TORRANO, Luiz Antônio Alves. *Indignidade e deserção*. Campinas: Servanda, 2015. p. 233.

<sup>59</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151.



### 45.3. Prazo prescricional ou decadencial

Determina o § 1º do art. 1.815 do Código Civil que o direito de demandar a exclusão do herdeiro ou do legatário indigno extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão, embora seja diferente a contagem para a ação declaratória de deserdação, que flui a partir da apresentação judicial do testamento público ou particular, e começa a ser contado da abertura judicial do testamento para o caso de o testamento ser cerrado. A ação declaratória de indignidade não pode ser proposta em vida do hereditando, até porque não existe herança de pessoa viva (CC, art. 426). Entretanto, se o ato de indignidade ocorreu depois do falecimento do autor da herança, o prazo decadencial não pode ser contado a partir da abertura da sucessão, mas deve ser computado a partir do conhecimento da violação. Havendo herdeiros menores de idade, autores como Maria Berenice Dias<sup>60</sup> e Rodrigo Santos Neves<sup>61</sup> sustentam que o prazo decadencial é suspenso e só inicia depois de todos os herdeiros menores atingirem a maioridade (CC, inc. I, arts. 198 e 208), enquanto Paulo Lôbo ressalta que o prazo decadencial da ação de indignidade não pode ser submetido à suspensão ou interrupção,<sup>62</sup> como defluiu da interpretação do art. 207 do Código Civil,<sup>63</sup> tirante a exceção do art. 208 do Código Civil, que estabelece não correr a prescrição nem a decadência contra os incapazes descritos no art. 3º do Diploma Substantivo Civil (CC, inc. I, art. 198).<sup>64</sup>

Para a maioria dos doutrinadores contemporâneos ao vigente Código Civil, e por vezes segundo alguns dos atualizadores de obras jurídicas póstumas, corre o prazo de decadência, como pensam Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf,<sup>65</sup> Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,<sup>66</sup> Raquel Elias Sanches Ribeiro,<sup>67</sup> Rodrigo Santos Neves,<sup>68</sup> Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira,<sup>69</sup> Sílvio de Salvo Venosa,<sup>70</sup> Claudia de Almeida Nogueira,<sup>71</sup> Maria Helena Diniz,<sup>72</sup> Paulo Nader,<sup>73</sup> Paulo Hermano Soares Ribeiro,<sup>74</sup>

<sup>60</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 321.

<sup>61</sup> NEVES, Rodrigo Santos. *Curso de direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 133.

<sup>62</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil. Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179.

<sup>63</sup> Art. 207 do CC: "Salvo disposição legal em contrário, não se aplica à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição".

<sup>64</sup> RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 476.

<sup>65</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150.

<sup>66</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7, p.165.

<sup>67</sup> RIBEIRO, Raquel Elias Sanches. *O instituto da indignidade e o princípio da independência das ações no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 56.

<sup>68</sup> NEVES, Rodrigo Santos. *Curso de direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 133.

<sup>69</sup> AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e partilhas*. Direito das sucessões. Teoria e prática. 22. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009. p. 53.

<sup>70</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil. Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. VII, p. 78.

<sup>71</sup> NOGUEIRA, Claudia de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 51.

<sup>72</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6, p. 56.

<sup>73</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 6, p. 128.

<sup>74</sup> RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Novo direito sucessório brasileiro*. Leme: JH Mizuno, 2009. p. 218.



Inacio de Carvalho Neto,<sup>75</sup> Washington de Barros Monteiro,<sup>76</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal,<sup>77</sup> Maria Berenice Dias,<sup>78</sup> Paulo Lôbo,<sup>79</sup> José Luiz Gavião de Almeida,<sup>80</sup> Fábio Ulhoa Coelho,<sup>81</sup> Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes,<sup>82</sup> Luiz Paulo Vieira de Carvalho,<sup>83</sup> Carlos Roberto Gonçalves,<sup>84</sup> Moacir César Pena Jr.,<sup>85</sup> Zeno Veloso,<sup>86</sup> Flávio Tartuce<sup>87</sup> e Carlos Eduardo Minozzo Poletto.<sup>88</sup> Trata-se de prazo decadencial por ser direito potestativo da pessoa legitimada de promover a ação declaratória de indignidade,<sup>89</sup> e completa Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka dizendo que os direitos potestativos se sujeitam sempre a prazos decadenciais.<sup>90</sup> Para Fabrício Zamprogna Matiello, uma vez transcorrido o prazo decadencial, extingue-se o direito de reclamar a exclusão do herdeiro, ficando definitivamente consolidada a posição do sucessor e seu direito ao recebimento do quinhão hereditário.<sup>91</sup>

No outro extremo, enquanto Arnaldo Rizzardo alude aos dois institutos, ora dizendo ocorrer a decadência, ora mencionando um *lapso prescricional contado da abertura da sucessão*,<sup>92</sup> enquanto Salomão de Araújo Cateb,<sup>93</sup> Antonio José Tibúrcio de Oliveira,<sup>94</sup>

<sup>75</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. Exclusão da sucessão por indignidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Novaes (Orientação); CASSETTARI, Cristiano; MENIN, Márcia Maria (Coord.). *Direito civil*. Direito das sucessões. São Paulo: RT, 2008. v. 8, p. 73.

<sup>76</sup> BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. Direito das sucessões. Atualizadora Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 68.

<sup>77</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Sucessões. São Paulo: Atlas, 2015. v. 7, p. 121.

<sup>78</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 321.

<sup>79</sup> LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179.

<sup>80</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Código Civil comentado. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima. Coordenação de Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. t. XVIII, p.164.

<sup>81</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5, p. 239.

<sup>82</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. IV, p. 601.

<sup>83</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 243.

<sup>84</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7, p.107.

<sup>85</sup> PENA JR., Moacir César. *Curso completo de direito das sucessões*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Método, 2009. p. 96.

<sup>86</sup> VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1.633.

<sup>87</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito das sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 111.

<sup>88</sup> POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserção*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 350.

<sup>89</sup> RIBEIRO, Raquel Elias Sanches. *O instituto da indignidade e o princípio da independência das ações no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 56.

<sup>90</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial do Direito das Sucessões. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20, p. 151-152.

<sup>91</sup> MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de direito civil*. Direito das sucessões. São Paulo: LTr, 2011. v. 6, p. 64.

<sup>92</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 86.

<sup>93</sup> CATEB, Salomão de Araújo. *Deserção e indignidade no direito sucessório brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 78.

<sup>94</sup> OLIVEIRA, Antonio José Tibúrcio de. *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 31.



Eduardo de Oliveira Leite,<sup>95</sup> Rui Ribeiro de Magalhães,<sup>96</sup> Clóvis Beviláqua, Caio Mário da Silva Pereira,<sup>97</sup> Nelson Godoy Bassil Dower,<sup>98</sup> Luiz Antônio Alves Torrano,<sup>99</sup> Francisco José Cahali,<sup>100</sup> Adiel da Silva França<sup>101</sup> e Marcelo Fortes Barbosa Filho defendem a figura jurídica da prescrição. Este último escreve em obra lançada ao tempo da vigência do Código Civil de 1916 não ser possível considerar o lapso temporal como de decadência, pois não estaria presente um direito potestativo destinado a modificar e fazer cessar um estado jurídico existente de sucessor, acreditando que a indignidade não deixava de existir diante do advento da prescrição, que, se fosse acatada, apenas impediria o direito de ação e sem impor qualquer contraprestação ao indigno.<sup>102</sup>

Comungo com aqueles que interpretam como um prazo decadencial e tomo como ponto de partida a *Exposição de Motivos* do Código Civil da autoria de Miguel Reale:

Menção à parte merece o tratamento dado aos problemas da prescrição e decadência, que, anos a fio, a doutrina e a jurisprudência tentaram em vão distinguir, sendo adotadas, às vezes, num mesmo Tribunal, teses conflitantes, com grave dano para a Justiça e assombro das partes.

Prescrição e decadência não se extremam segundo rigorosos critérios lógico-formais, dependendo sua distinção, não raro, de motivos de conveniência e utilidade social, reconhecidos pela política legislativa.

Para pôr cobro a uma situação deveras desconcertante, optou a Comissão por uma fórmula que espanca quaisquer dúvidas. Prazos de prescrição, no sistema do Projeto, passam a ser, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, Livro III, Título IV, Capítulo I, sendo de decadência todos os demais, estabelecidos em cada caso, isto é, como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial.<sup>103</sup>

Existem inúmeras explicações definindo os traços diferenciadores da decadência e da prescrição.<sup>104</sup> José Fernando Simão diz que a distinção entre prescrição e decadência passa pela diferença entre direito potestativo e direito a uma prestação que exige uma conduta do sujeito passivo. O exercício de um direito potestativo independe da vontade da outra parte da

<sup>95</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Do direito das sucessões. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI, p. 164.

<sup>96</sup> MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito das sucessões no novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 61.

<sup>97</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito das sucessões*. Atualizador Carlos Roberto Barbosa Moreira. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. VI, p. 37. No entanto, na nota de rodapé 84, o atualizador esclarece haver mantido a redação original do autor e escrita antes do vigente Código Civil, cuja sistemática indica tratar-se de prazo decadencial.

<sup>98</sup> DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de direito civil*. Sucessões. São Paulo: Nelpa, 2004. v. 6, p. 75.

<sup>99</sup> TORRANO, Luiz Antônio Alves. *Indignidade e deserção*. Campinas: Servanda, 2015. p. 262.

<sup>100</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 112.

<sup>101</sup> FRANÇA, Adiel da Silva. *Direito das sucessões*. Coordenação de Regina Ghiaroni. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 47.

<sup>102</sup> BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *A indignidade no direito sucessório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 59.

<sup>103</sup> REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. Coordenação de Miguel Reale e Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2005. p. 89.

<sup>104</sup> Ver por todos SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência*. Início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 165-193.



relação jurídica, trata-se de um direito cogente do seu titular, exercido independentemente da concordância ou colaboração do sujeito passivo.<sup>105</sup>

Citando Agnelo Amorim Filho, explica José Fernando Simão que, no exercício de um direito potestativo, o autor não pleiteia qualquer prestação do réu de dar, de fazer, de não fazer, de abster-se ou de qualquer outra espécie de obrigação, mas apenas intenta criar, extinguir ou modificar determinada situação jurídica, que independe da vontade ou da falta de vontade da parte contrária, embora o sujeito passivo da ação sofra de qualquer forma uma sujeição, por exemplo, ser excluído da herança por ser indigno de receber bens da pessoa que ele ofendeu ou seus familiares, enquanto a noção de prescrição refere-se às ações condenatórias<sup>106</sup> que sujeitam o réu a ter de realizar alguma prestação em favor do titular do direito.

Também com o escólio de Agnelo Amorim, refere Luiz Antonio Alves Torrano que, nas ações condenatórias e sobre as quais incide o instituto da prescrição, são reivindicadas prestações positivas ou negativas que impõem à parte adversa uma contraprestação que inexistem nos direitos potestativos. Nas demandas decadenciais não há insurgência contra um negócio jurídico ou contra uma avença pactuada, mas somente uma faculdade que a parte tem de se rebelar contra a relação jurídica.<sup>107</sup>

Na decadência não se verifica a contraposição de uma obrigação do sujeito passivo em favor do titular do direito, pois a decadência simplesmente retira do titular de um direito cogente a faculdade que ele tinha de provocar, em certo lapso de tempo, a alteração de alguma situação jurídica. A noção de decadência acomoda-se perfeitamente na hipótese de uma ação declaratória de indignidade, cujo ajuizamento no prazo de quatro anos, contado da abertura da sucessão, não reclama nenhuma contraprestação do indigno, embora o sujeito aos efeitos da procedência da declaratória de indignidade com a perda da sua condição de herdeiro do autor da herança. Caso fosse uma ação de anulação de casamento, para usar outro exemplo, o réu sujeitar-se-ia a ver seu matrimônio anulado, inexistindo qualquer outra contraprestação a ser prestada pelo acionado que nada poderia fazer contra a pretensão processual proposta dentro do prazo decadencial e julgada procedente.

Trata-se de uma faculdade do titular de um direito cogente, potestativo, de algum coerdeiro promover a ação declaratória de indignidade, ficando o réu em completo *estado de sujeição*,<sup>108</sup> pois nada pode fazer para impedir o ajuizamento da ação que não seja ter de aguardar o decurso do prazo decadencial. Em contrapartida, a prescrição põe término ao direito de ação, e, se ação for proposta dentro do prazo legal e julgada procedente, impõe ao réu uma obrigação.

#### 45.4. Início do prazo decadencial

A declaração de indignidade não se opera de ofício, precisa ser ajuizada e revelada por sentença transitada em julgado (CC, art. 1.815), extinguindo-se o direito de demandar a exclusão em quatro anos, contados da abertura da sucessão (CC, § 1º do art. 1.815). O estabelecimento de um prazo para ajuizamento da ação declaratória de indignidade tem o propósito de não deixar que fique em aberto a possibilidade de o autor ingressar a qualquer tempo com a ação de indignidade e gerar um estado de completa insegurança jurídica para o demandado,

<sup>105</sup> SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência*. Início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013. p.182.

<sup>106</sup> SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência*. Início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 184-185.

<sup>107</sup> TORRANO, Luiz Antônio Alves. *Indignidade e deserção*. Campinas: Servanda, 2015. p. 260-264.

<sup>108</sup> SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência*. Início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 184.



quem durante toda a sua vida poderia estar sujeito a ter de responder à ação de indignidade e precisar devolver os bens herdados.

Também dentro desse prazo decadencial pode aquele sobre quem pesa a acusação de indignidade ajuizar ação para ser declarada a improcedência da acusação, exercendo judicialmente um interesse exclusivamente moral. Seria inquietante se a legislação não estipulasse o prazo de decadência, como seria igualmente preocupante se o acusado de ato de indignidade não pudesse tomar a iniciativa de ele promover a ação se precisar provar sua inocência diante da inércia dos outros interessados, sendo compelido a carregar o peso de uma autoria que não cometeu. O acusado pode afastar as suspeitas que sobre ele recaem provando a sua inocência, por sua iniciativa processual, não tendo de se contentar com a angustiante espera do lapso decadencial e de se sujeitar à inércia processual dos coerdeiros.

No Direito brasileiro, o prazo decadencial para a propositura da ação é de quatro anos e flui da abertura da sucessão (CC, art. 1.815, § 1º), enquanto na Argentina o prazo de caducidade é de três anos desde a abertura da sucessão, e ao legatário por igual prazo desde a entrega do legado (CCC, art. 2.284). Em Portugal, é de dois anos (CCP, art. 2.036º), considerados dois momentos distintos. Argentinos e portugueses estabelecem um prazo de caducidade, e não de decadência, como define a doutrina brasileira. Existindo herdeiros menores, há suspensão do prazo como exceção ao princípio de que os prazos decadenciais jamais se interrompem (CC, art. 208).

Há quem defenda uma drástica redução do prazo decadencial de quatro anos para dois anos (CC, do art. 1.815, § 1º), contudo, não obstante as alterações efetivadas pela Lei 13.532/2017 que acrescentou dois parágrafos ao art. 1.815 do Código Civil, o prazo decadencial dos quatro anos restou mantido tanto para a declaração de indignidade (CC, art. 1.815), como para a hipótese da declaração de deserdação (CC, art. 1.965, parágrafo único).<sup>109</sup>

Esse prazo de dois anos está regulamentado no art. 2.036º do Código Civil português, considerados em dois distintos momentos, ou seja, dois anos contados da abertura da sucessão, ou um ano a contar da condenação criminal do indigno, que também pode ser contado do real conhecimento do ato de indignidade. O Direito argentino também vislumbra dois momentos diversos para a contagem do triênio da caducidade; o primeiro deles parte da abertura da sucessão, mas, se o indigno for um legatário, os três anos são contados da entrega do legado.

O argumento para reduzir pela metade o lapso decadencial reside no fato de que, depois de quatro anos, o inventário já estaria concluído e a partilha definitivamente julgada, afigurando-se demasiado excessivo e capaz de gerar uma insegurança jurídica. Argumenta Eduardo de Oliveira Leite que essa dualidade de prazos sempre deveria ser interpretada em favor do interessado, e que os dois anos poderiam ser contados da condenação ou do conhecimento do fato, mas entre o primeiro evento e o segundo muito tempo pode ter transcorrido, podendo ser considerado para efeito de contagem o primeiro fato, que geralmente também resulta no conhecimento do crime e coincide com a abertura da sucessão.

<sup>109</sup> “Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença. § 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. (...) Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador. 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.”



Pires de Lima e Antunes Varela<sup>110</sup> igualmente comentam a dualidade de prazos do art. 2.036º do Código Civil português para a instauração da ação de indignidade, em que uma delas tem como base *os fatos de mais fácil ocultação*, por ainda ser desconhecida a autoria do ato delituoso. Nesse caso, é possível aguardar um ano após o conhecimento do fato, mas na outra hipótese o prazo de um ano para o ajuizamento da declaratória conta somente após a condenação criminal do indigno.

José Fernando Simão não comunga com aqueles que dizem existir um único prazo de decadência, que começa com a abertura da sucessão, e mostra em defesa de sua argumentação a utilidade e a justeza do sistema dual de prazos do Direito português, diante da pertinência da necessária flexibilidade do prazo de decadência, o qual nem sempre deve ser contado da abertura da sucessão, pois existem hipóteses que terminam favorecendo o autor do delito quando a autoria ainda é desconhecida, merecendo destaque a seguinte passagem de sua obra:

Se determinada pessoa mata seus pais e, de imediato, sabe-se que ela é a assassina, o prazo decadencial para o exercício do direito de exclusão se inicia efetivamente com a morte. Nada mais adequado, porque os interessados com a indignidade podem, desde logo, promover a ação com tal finalidade. Em contrapartida, imagine-se um sujeito que, de maneira artilosa, pratica o homicídio contra seus pais de tal forma que a autoria fica oculta. O homicida lucra com seu efeito e recebe seu quinhão na herança. Certamente esta solução não é justa, nem representa segurança jurídica em sentido material. Passados quatro anos do homicídio, a polícia efetivamente descobre o criminoso. O prazo decadencial se inicia com a ciência do fato que permite a propositura da ação visando ao conhecimento da indignidade, sob pena de punir pela inércia aquele que sequer sabia que tinha um direito a exercer.<sup>111</sup>

O Direito brasileiro também deveria adotar o critério da contagem diversa do prazo decadencial e igualmente reduzir de quatro para dois anos o prazo de decadência, contado da abertura da sucessão quando a autoria do fato é conhecida, ou do indiciamento policial quando a autoria ficou oculta, mostrando-se realmente demasiados longos os quatro anos estipulados pelo art. 1.815 do Código Civil, justo em tempos de rápida comunicação e de facilidade na informação, com uma diversidade de instrumentos globais de conversação, escoltada toda essa evolução tecnológica por uma política de redução dos prazos judiciais que já caíram pela metade com a edição do Código Civil em 2002, harmonizando os interesses da sociedade com o progresso tecnológico e a celeridade processual, premissas perfeitamente encaixadas em um modelo dinâmico da vida urbana e bem moldadas ao gosto da rápida informação.

Não existe nenhuma possibilidade de a ação de declaração de indignidade ser ajuizada antes da abertura da sucessão definitiva ou provisória (CC, art. 28), pois não há herança de pessoa viva (CC, art. 426). Existe evidente impossibilidade jurídica do pedido quando a ação de indignidade é ajuizada antes de aberta a sucessão do ofendido. Reforça essa conclusão o fato de que em vida o indigno sempre pode vir a ser perdoado, ou reabilitado pelo ofendido e, portanto, habilitado a suceder no todo ou em parte (CC, art. 1.818), cessando o interesse jurídico para a ação.<sup>112</sup> Uma vez ajuizada a ação, a sentença de procedência aproveitará não apenas ao seu autor, mas a todos os demais coerdeiros, pois o excluído é tido como se morte fosse, sendo chamados em seu lugar os seus descendentes ou sucessores, que recolhem o montante de seu quinhão por direito próprio, se forem os únicos na classe, ou por direito de

<sup>110</sup> LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. VI, p. 41.

<sup>111</sup> SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência*. Início dos prazos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 224.

<sup>112</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 243.