

representação se houver concurso de graus entre os coerdeiros. O mesmo não acontece com relação ao legatário ou ao herdeiro instituído que foi excluído por indignidade, porque não existe o direito de representação na sucessão testamentária, mas somente a nomeação por substituição ordenada pelo testador no seu próprio testamento.

A exclusão atinge somente o herdeiro ou o legatário autor da ofensa e não repercute relativamente aos seus sucessores, mas, se forem incapazes, não poderão ser representados pelo excluído nem exercer a administração dos bens que seus descendentes herdaram em seu lugar. Caso faleça algum de seus descendentes, o excluído também não poderá ser sucessor desses bens que um filho premorto herdou em seu lugar.

Embora existam controvérsias se a ação de indignidade poderia ser proposta depois da morte do indigno ou se ela prossegue se no curso de declaratória sobrevier o falecimento do indigno, ressalta o argumento de que a morte do indigno extingue a ação iniciada, não se estendendo aos seus sucessores a sanção que é de caráter pessoal, e, sabidamente, uma pena civil ou criminal não pode ultrapassar a pessoa do criminoso,¹¹³ tampouco pode haver uma interpretação extensiva por analogia ou paridade.

Para Clóvis Beviláqua a ação deve ser proposta durante a vida do indigno, mas, uma vez iniciada, ela prossegue mesmo depois de sua morte, recaindo seus efeitos sobre o seu herdeiro.¹¹⁴ Hermenegildo de Barros e Carvalho dos Santos, ambos citados por Washington de Barros Monteiro, contestam essa possibilidade e dizem que, iniciada ou não a ação, ela se extingue com o falecimento do herdeiro indigno diante do caráter pessoal da pena que se hipótise alguma deve passar adiante da pessoa do criminoso.¹¹⁵

Segundo Carlos Maximiliano, a morte do *desamoroso* elide a continuação da ação contra o seu herdeiro, e assim permite antever o art. 1.816 do Código Civil, ao destacar os efeitos pessoais da pena de exclusão, trazendo à sucessão os herdeiros do excluído e que sucedem em seu lugar por representação, como se ele morto fosse.¹¹⁶ De nada adiantaria prosseguir com a ação de exclusão diante da morte incidental do indigno durante a tramitação do processo, pois a pena desaparece com o delinquente e seus herdeiros virão à sucessão por direito próprio ou em representação, dependendo da classe e do grau de parentesco dos demais coerdeiros. Como a culpa não se transmite, diz Ney de Mello Almada, falecendo o indigno antes do autor da herança, descabe o ajuizamento da ação de indignidade, pois nem o indigno adquiriu com a sua premoriência a qualidade de herdeiro.¹¹⁷

No Direito argentino, a conduta de indignidade pode ser tipificada mesmo depois do falecimento do ofendido, por fatos causados depois da sua morte, como na hipótese da subtração do testamento,¹¹⁸ ou na de falsificação ou de ocultação do testamento, todas elas previstas no art. 2.281 do Código Civil argentino (Ley 26.994/2014) que aglutinou as causas de deserdação com as de indignidade.¹¹⁹

¹¹³ MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito das sucessões no novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 61.

¹¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. p. 65.

¹¹⁵ 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. 67.

¹¹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958. v. I, p. 105.

¹¹⁷ ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 145.

¹¹⁸ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1982. t. I, p. 201.

¹¹⁹ CCC da Argentina – “Art. 2.281 – Causas de indignidad. Son indignos de suceder: a) Los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la

Muitas das hipóteses de indignidade do Direito argentino não são contempladas no Direito brasileiro, em que impera um menor conjunto de causas de indignidade, mas em cuja legislação também é possível ocorrer uma ofensa à memória do sucedido, de seu cônjuge, companheiro ou de familiares mais próximos, por exemplo, no crime de calúnia do art. 138, § 2º, do Código Penal, quando a ofensa acontece contra o autor da herança depois do seu falecimento, ou contra seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, autorizando a exclusão intercorrente do herdeiro ofensor da sucessão.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho entende ser perfeitamente possível que a ofensa ocorra depois da morte do hereditando, com relação à sua memória,¹²⁰ o que é verdade, ou contra seu cônjuge ou convivente supérstite, e acrescento que a ofensa também pode ser perpetrada depois da morte do autor da herança contra seus ascendentes ou descendentes.

Incontroverso que a morte do autor da ação declaratória de exclusão da herança do indigno não extingue a ação, sendo ele substituído no processo por seus próprios herdeiros, que assumem o seu lugar no polo ativo da demanda.

46. CAUSAS DE INDIGNIDADE

A relação jurídica sucessória atrelada à ordem de vocação hereditária pressupõe que o direito à herança responde aos vínculos de afeto e de solidariedade e, como bem explica Carlos Maximiliano, o direito de suceder está baseado na afeição real ou presumida do *de cuius*, despertando o ato da sucessão uma gratidão, amizade em respeito à pessoa do sucedido, sua vontade e preferências sucessórias que partem das suas inclinações afetivas.¹²¹ A indignidade penaliza a maldade, a traição, a falta de respeito e de lealdade, verdadeira quebra de confiança que se estabelece com o ato indigno.¹²² Trata-se de uma pena civil prevista contra a prática pelo herdeiro de clara lesão à dignidade do sucedido, a ponto de afastar um direito constitucional sobre a herança do ofendido. Essa sanção só se opera por meio de sentença judicial provocada a partir de petição de exclusão de herdeiro indigno, em demanda proposta

propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena. b) Los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria. c) Los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal. d) Los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice. e) Los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo. f) El padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad. g) El padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental. h) Los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento. i) Los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.”

¹²⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 239.

¹²¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958. v. I, p. 87.

¹²² TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Direito das sucessões. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 101.

por pessoa ativamente legitimada, e, sendo julgada procedente a ação, a sentença depois de transitada em julgado exclui o herdeiro ofensor da herança deixada pela pessoa ofendida.

A sanção civil da indignidade fundamenta-se na presunção de que a vontade do sucedido seria de excluir o indigno da sucessão, sem afastar o natural e compreensível sentimento de uma moral social invocada pelo texto legal ao homenagear a vontade daquele que, ofendido, não externou qualquer expresso perdão endereçado ao indigno.

A indignidade jamais se opera de ofício e depende sempre de uma correspondente ação declaratória ajuizada pelo rito comum (CPC, art. 318), e que melhor atende ao princípio constitucional da mais ampla e irrestrita defesa. As causas de indignidade são taxativa e exaustivamente enumeradas pelo art. 1.814 do Código Civil brasileiro, não existindo indignidade geral ou absoluta, sendo sempre relacionada a determinado ofensor que será punido pelas faltas por ele cometidas.¹²³ O art. 1.814 do Código Civil estabelece como causa de exclusão da sucessão legítima ou testamentária de herdeiro ou legatário quem incorrer nas seguintes hipóteses:

I – que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se trata, 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.

Ao autor da ação de indignidade é vedado apresentar quaisquer outras causas que se afastem do expresso *numerus clausus*, e que não tenham sido estampadas nos três incisos do art. 1.814 do Código Civil, sendo estas as três únicas causas capazes de retirar do herdeiro o seu direito constitucional à herança (CF, inc. XXX, art. 5º). A exclusão por indignidade abarca atos considerados socialmente inaceitáveis porque agridem a integridade física ou moral do autor da herança, ou atentam contra a sua liberdade de testar, tenham as agressões previstas no inc. I do art. 1.814 do Código Civil sido direcionadas ao autor da herança, seu cônjuge ou companheiro, ascendentes ou descendentes, ou em relação às ofensas do inc. II, tenham elas sido apontadas contra o sucedido, seu cônjuge ou companheiro.

As causas de indignidade estão unificadas no art. 1.814 do Código Civil e não comportam nenhuma interpretação extensiva ou por analogia, ainda que a conduta resulte mais grave do que aquelas textualmente previstas em lei, sendo bastante restritivas na legislação brasileira em comparação com o direito alienígena, com um maior número de causas que de alguma maneira atentam contra os vínculos de afeto e de solidariedade, e que afinal de contas também não ensejam a vocação hereditária no direito sucessório brasileiro.

O art. 2.281 do Código Civil argentino ampliou sensivelmente as causas de indignidade, que no Código Civil argentino revogado eram igualmente restritas como no Brasil. Assim, na atualidade, além da autoria ou cumplicidade no delito doloso contra a pessoa, a honra, a integridade sexual, a liberdade ou a propriedade do autor da herança, ou de seus descendentes, ascendentes, cônjuge, convivente ou irmãos, também considera indignos aqueles que tenham maltratado gravemente o sucedido, ou ofendido gravemente a sua memória; os que tenham acusado ou denunciado o autor da herança por algum delito apenado com prisão ou reclusão,

¹²³ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. I, p. 88.

exceto que a vítima do delito seja o acusador, seu cônjuge ou convivente, seu descendente, ascendente ou irmão, ou tenha obrado em cumprimento de um dever legal.

Também considera indignos de suceder aqueles que omitem a denúncia da autoria da morte dolosa do sucedido, dentro de um mês do assassinato, exceto se a justiça tenha denunciado nesse mesmo prazo por informação de terceiro ou de ofício por suas diligências. Essa causa de indignidade não alcança as pessoas incapazes nem aquelas com capacidade restringida, nem os descendentes, ascendentes, cônjuge e irmãos do homicida ou seu cúmplice (esqueceu o convivente). Também podem ser excluídos por indignidade os parentes ou o cônjuge que não tenham alcançado ao autor da herança os alimentos devidos, ou que não o tenham recolhido a um estabelecimento adequado, se o sucedido não mais podia cuidar de si mesmo. Igualmente, poderá ser excluído o pai que não reconheceu voluntariamente o sucedido como filho durante a sua menoridade, tirante o genitor casado sobre quem recai na legislação argentina, tal qual sucede no Direito brasileiro, a presunção de paternidade. Ainda ficam fora do direito sucessório o pai ou a mãe que tenham sido privados da responsabilidade parental em ordem judicial equivalente à perda do poder familiar no Direito brasileiro. Também podem ser excluídos aqueles que tenham induzido ou cooptado a vontade do autor da herança para que ele outorgasse testamento ou deixasse de fazê-lo, ou que o modificasse, assim como aqueles que falsifiquem, alterem, subtraíam, ocultem ou substituam o testamento, ou que tenham incorrido nas demais causas de ingratidão que permitem revogar as doações (CC, arts. 555 a 564, previstas pela legislação brasileira, mas não contempladas no sistema jurídico brasileiro como causa de indignidade).

O Direito espanhol também descreve um número mais amplo de causas de indignidade, cujo rol foi expandido com a Ley 41/2003, existindo sete proposições de exclusão por indignidade: 1º) Os pais que abandonam, prostituem ou corrompem seus filhos; 2º) Aquele que foi condenado em juízo por haver atentado contra a vida do testador, de seu cônjuge, descendentes ou ascendentes; 3º) Aquele que acusou o testador de delito que a lei assine pena não inferior a de presídio ou prisão maior, quando a acusação seja declarada caluniosa; 4º) O herdeiro maior de idade que, sabedor da morte violenta do testador, não a denuncia dentro de um mês à Justiça, quando esta já não o procedeu de ofício; 5º) Aquele que, com ameaça, fraude ou violência, obrigar o testador a fazer testamento ou o tenha modificado; 6º) Aquele que por iguais meios impede o outro de fazer testamento, ou revoga o testamento que ele tivesse feito, ou suplanta, oculta ou altera testamento posterior; 7º) Tratando-se da sucessão de uma pessoa sem capacidade física ou mental, as pessoas com direito à sua herança que não lhe tivessem prestado as atenções devidas, entendendo por tais as reguladas nos arts. 142 e 146 do Código Civil espanhol e cujos artigos são relacionados com o dever de prestar alimentos, merecendo especial referência o trabalho escrito por Fabiana Domingues Cardoso a despeito da indignidade no direito aos alimentos e no qual defende a privação da herança por abandono material e afetivo.¹²⁴

46.1. Reflexões sobre novas causas de indignidade

Induvidosamente, o Direito das Sucessões foi o que sofreu o menor número de alterações com o aparecimento do Código Civil de 2002, não obstante a instituição familiar tenha apresentado significativas mudanças ao largo dos anos, e muitos desses câmbios sociofami-

¹²⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. *A indignidade no direito aos alimentos*. São Paulo: Editora Iasp, 2018. p. 350-361.

lires surgiram durante a demorada tramitação do primitivo projeto do Código Civil perante o Congresso Nacional, como outras grandes transformações sociais sucederam e seguem ocorrendo depois da promulgação do Diploma Civil. Essas importantes mudanças na estrutura e no comportamento da família brasileira, como o divórcio e a paridade conjugal, ou a pluralidade dos modelos de família, a paridade da filiação, a independência financeira da mulher, o próprio envelhecimento da população e uma maior sobrevivência do indivíduo, o crescimento do número de mães solteiras, os avanços da filiação extracorpórea, os casamentos homoafetivos, os casais informais, as famílias paralelas, o surgimento maciço de famílias reconstituídas, o abandono afetivo e a evidência de que essas mudanças transcorridas no tempo alternaram no seio das redes familiares os momentos de dar e de receber ajuda, e a verdade é que nada disso repercutiu no direito sucessório brasileiro que permanece praticamente com a mesma configuração presente desde muito antes da promulgação do Código Civil de 1916.

Diante de todas essas modificações surgidas no comportamento humano, não obstante a sua relevância jurídica e social, em sede de Direito das Sucessões, não se verifica nenhum movimento doutrinário, legislativo ou jurisprudencial buscando determinar algum desajuste, desequilíbrio ou incoerência que sugerisse ampliar as hipóteses de exclusão da herança por indignidade ou por deserdação, mantendo os modelos estanques vigentes no Direito das Sucessões. Caso fosse perquirido, pesquisado ou questionado se eles continuam cumprindo com a função de proteção da família, ou se novos modelos devem surgir para realmente continuar protegendo a família que tanto mudou, e se, afinal de contas, as injúrias, os maus-tratos, o abandono material e afetivo do ascendente ou descendente, fatos que a todo momento são sinalizados nas relações familiares, apesar de sua relevância, estranhamente não encontram nenhuma repercussão no sagrado direito à legítima e à sucessão. Diferentemente do Direito brasileiro, outros sistemas jurídicos, embora mantenham um calendário fechado de causas de indignidade, adaptaram a nova realidade social e ampliaram o leque de motivos de indignidade que nem sempre implicam atos positivos realizados pelo indigno, senão que por vezes consistem, como sucede com relação ao Direito argentino, em gestos de omissões ou de abstenções.¹²⁵

A inevitável conclusão diante do número restrito de causas de indignidade e de deserdação é que se trata, na atualidade, tal qual estão legalmente configurados, de institutos de muita pouca utilidade, justamente por deixarem de acolher condutas familiares altamente reprováveis, enquanto mantêm como herdeiros necessários descendentes, ascendentes e cônjuges que abandonam material e emocionalmente o autor da sucessão, sem que o legislador promova uma imperiosa reflexão e confira aos institutos jurídicos da indignidade e da deserdação uma interpretação mais justa e muito mais adaptada aos tempos atuais.¹²⁶

46.2. Autoria, coautoria ou partícipe de homicídio doloso ou de tentativa

O Código Civil brasileiro prevê no art. 1.814 três causas que incorrem em indignidade, autorizando no inc. I a exclusão da sucessão daquele herdeiro ou legatário que houver sido autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se trata, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente. Essa seria a mais

¹²⁵ LASALA, José Luis Pérez. *Tratado de sucesiones*. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2014. t. I, p. 413.

¹²⁶ VARELA, Ángel Luis Rebolledo. Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores. In: _____ (Coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 388.

grave de todas as restritas hipóteses de indignidade, em que a sucessão é aberta pela mão do herdeiro assassino, ou da sua tentativa, cuja prática é considerada igualmente dolosa, embora frustrada a intenção criminoso do agente, o fato jamais deixará de representar o mais abjeto dos delitos repugnados pela sociedade e pelo autor da herança, que tampouco aceitaria que o desamoroso criminoso pudesse sob qualquer forma ser beneficiado com a sua herança.

Entrementes, só configura indignidade o homicídio doloso, sendo indiferente se o indigno agiu com o intento ou não de apressar a aquisição da herança,¹²⁷ pois para reconhecer e proclamar judicialmente a indignidade, já dizia Carlos Maximiliano, não tem importância o móvel do crime, se cometido por excesso de cobiça ou com o intuito de precipitar o gozo do espólio, eis que a pena é cominada para o assassinio em geral atento ao aforismo jurídico alemão: *blutige Hand nimmt kein Erbe* (mão ensanguentada não pega nenhuma herança).¹²⁸

A exclusão hereditária do indigno sucede apenas nos crimes dolosos, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, jamais nos crimes culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (CP, art. 18), ou nos crimes praticados com excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito (CP, art. 23), excludentes de culpabilidade como a doença mental (CP, art. 26), a embriaguez fortuita completa (CP, art. 28, § 1º), ou quando há erro na execução ou erro quanto à pessoa.

O Direito argentino considera como causas de indignidade a da *aberratio ictus* e a do *error in personam*. Na primeira, o sujeito ativo quis matar a pessoa de cuja sucessão se trata, seu cônjuge, companheiro, descendente ou ascendente, mas a interferência de um erro dirigiu a ação contra um terceiro. Na segunda hipótese, o agente quis matar um terceiro, mas o erro desviou sua conduta homicida contra o autor da herança, o cônjuge ou companheiro deste, seu descendente ou ascendente. Por diferentes motivos, explica Jorge O. Maffía, em ambos os casos, origina-se a indignidade; com relação ao primeiro, no mínimo houve a tentativa contra a pessoa de quem sucederia ou contra pessoas próximas (cônjuge, companheiro, ascendente, descendente); na segunda proposição, houve o homicídio doloso, mesmo que por erro de pessoa dirigido a terceiro.¹²⁹ Essa orientação doutrinária contrasta de frente com o sistema jurídico brasileiro, pois em uma hipótese o agente quis matar a quem ele sucederia e atingiu terceiro; no segundo caso, quis eliminar terceiro e por erro indesejado matou o autor da herança.

O mote do crime é o assassinato ou a sua tentativa como autor, coautor ou partícipe, só configurando como causa de indignidade o homicídio doloso, consumado ou tentado, quer a ação criminosa se volte contra o autor da herança, seu cônjuge ou companheiro, ascendente ou descendente, que são as pessoas mais próximas do convívio do sucedido e que foram atingidas, e o crime tem idêntico impacto e repercussão sociofamiliar.

O Código Civil de 2002 atualizou o antigo texto equivalente do art. 1.595 do Código Civil de 1916 e adaptou as expressões antes utilizadas de *autores* ou cúmplices, foram reformuladas pela Lei 7.209/1984.¹³⁰ Diferente do Código Civil português, cujo art. 2.034 exige a condenação do autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o

¹²⁷ SOUZA, Osni de. *Código Civil interpretado*. Coordenação de Silmara Juny Chinellato. Organização de Costa Machado. 3. ed. Barueri: Manole, 2010. p. 1.480.

¹²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958. v. I, p. 89.

¹²⁹ MAFFÍA, Jorge O. *Tratado de las sucesiones*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010. t. I, p. 131.

¹³⁰ 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. 10-11.

autor da sucessão ou contra seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado, ou do art. 727-1 do Código Civil francês e também o Código Civil belga, que, por igual, reclamam a prévia condenação criminal, ao contrário do Código Civil espanhol, ou do art. 2.281 do Código Civil argentino, como ainda o § 2.342 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), bem como o sistema jurídico brasileiro, dispensando todos eles a prévia condenação criminal, sendo suficiente a sentença cível para a exclusão do herdeiro indigno.

O art. 935 do Código Civil brasileiro veta questionar acerca da existência do fato, ou sobre sua autoria, quando essas questões se achem decididas no juízo criminal. Não obstante, uma vez intentada a ação penal, o juiz da ação cível possa suspender sua tramitação até o julgamento definitivo da jurisdição penal (CPP, art. 64), sendo o sobrestamento da ação civil para aguardar o julgamento da ação penal uma faculdade, e não uma obrigação, e, uma vez reconhecidas as excludentes de ilicitude no juízo penal, descabe discuti-las no cível (CPP, art. 65).

Conforme Inacio de Carvalho Neto, se a sentença penal negou a materialidade ou a autoria do crime, também importará em coisa julgada no cível, não sendo assim se o réu foi absolvido por falta de provas, pois o fato e a autoria podem ser provados no juízo cível (CPP, art. 66). Salieta o autor a dificuldade prática decorrente da competência do Tribunal do Júri para os crimes de homicídio doloso, no qual vigora como garantia constitucional o sigilo das votações, sendo, portanto, imotivada a decisão proferida pelos jurados (CF, inc. XXXVIII, art. 5º), respondendo o júri apenas aos quesitos formulados.¹³¹ Portanto, a sentença absolutória do júri sobre a questão do fato e da autoria, por não ser fundamentada, não tem nenhuma influência no juízo cível.¹³² Se for condenado no cível e depois absolvido no crime, prevalece a absolvição que invalida a exclusão do herdeiro por indignidade que ele não praticou, sendo o inverso igualmente verdadeiro, quando foi absolvido no cível e condenado no crime.¹³³

Embora inquestionável que o homicídio culposo ficou afastado de um enquadramento como causa de indignidade, assim também seria com relação à instigação ao suicídio, que deveria ser igualmente agente estranho à indignidade.¹³⁴ Contudo, existem muitos autores que reconhecem a sua equiparação ao homicídio doloso, mesmo não estando contemplada em lei.¹³⁵ Como refere Luiz Paulo Vieira de Carvalho, por meio da instigação ao suicídio ou ao homicídio, o agente provocador persegue e atinge exatamente o mesmo resultado,¹³⁶ e nessa conclusão é acompanhado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, que defendem a tese da *interpretação finalística* da norma, ou seja, a finalidade da conduta, devendo o juiz verificar a meta desejada pelo agente com o seu comportamento, e se este foi o de alcançar a morte da vítima induzida, auxiliada ou instigada ao suicídio, então atingiu o mesmo objetivo do homicídio doloso, devendo ser reputado como indigno.

No entanto, a doutrina majoritária arreda essa analogia, pois não foi uma hipótese textualmente prevista pelo legislador, muito embora ela atinja a mesma finalidade, não havendo nenhuma diferença no propósito ilícito do indigno matar ou de ele entregar a arma e na sequência instigar a vítima ao suicídio.

¹³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 7, p. 111.

¹³² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 538.

¹³³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 69.

¹³⁴ BARREIRA, Dolor. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p. 95.

¹³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito das sucessões*. Atualizador Carlos Roberto Barbosa Moreira. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. VI, p. 32.

¹³⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 237.

Paulo Nader aborda ainda a hipótese da eutanásia e concluiu que seria uma temeridade deixar de aplicar a pena no caso de sua configuração,¹³⁷ vista por muitos como um suicídio assistido. Outros denominam essa prática de homicídio piedoso, especialmente diante dos avanços da ciência médica na recuperação de casos antes havidos como irreversíveis, sem esquecer que, a pretexto de abreviar uma vida, haveria um incentivo à aceleração da abertura da sucessão, concluindo alguns veredictos que, embora não seja lícito acabar com a vida de outra pessoa, pode se tratar de um ato nobre.¹³⁸

46.3. Calúnia em juízo contra o autor da herança

O inc. II do art. 1.814 do Código Civil prevê duas hipóteses de indignidade por ato de herdeiro ou legatário. A primeira delas trata da denúncia caluniosa, também chamada de *calúnia qualificada*, prevista no art. 339 do Código Penal, cujo crime ocorre quando o sujeito ativo dá causa à investigação policial ou a processo judicial, por haver denunciado em juízo, perante autoridade policial ou diante de membro do Ministério Público, pessoa que sabe que não participou da infração ou denunciando infração que sabe que não ocorreu, não sendo suficiente a acusação meramente verbal, pronunciada pelas redes sociais disponíveis na internet ou verbalizando aos quatro ventos a falsa acusação. O preceito está fundado nos naturais sentimentos de afeto e de respeito à pessoa do autor da herança e tende a evitar fatos que possam constituir um atentado a sua integridade moral ou, quando for o caso, a de seus familiares, cônjuge ou convivente.

Para a integração da figura examinada, diz Marcelo Fortes Barbosa Filho, é necessária a apresentação de uma declaração que se sabe falsa, dirigida a um juízo, imputando ao hereditando a prática de ilícito penal, ainda que seja uma contravenção penal,¹³⁹ não cogitando essa primeira parte do inc. II do art. 1.814 do Código Civil de ofensa extensiva aos ascendentes ou ascendentes do sucedido.

Não é ponto pacífico na doutrina brasileira deva a acusação caluniosa ser procedida no juízo criminal, havendo quem dela discorde, como Maria Helena Diniz, ao lecionar que, na atualidade, será indigno tanto quem fizer denúncia caluniosa no juízo criminal como em

¹³⁷ Etimologicamente, o termo eutanásia deriva de duas raízes gregas – *eu*, bom, e *thanatos*, morte – que expressam seu significado primário “boa morte”. Segundo AGREST, Diana Cohen. *Qué piensan los que no piensan como yo?* Buenos Aires: Debate, 2008. p. 138: “Se distinguem diferentes classes de atos de eutanásia, cada um dos quais apresenta o seu próprio peso moral. No marco da literatura clássica, se denomina ‘eutanásia passiva’ à morte provocada por uma omissão, por exemplo, a suspensão do tratamento em pacientes terminais. Em câmbio, se denomina ‘eutanásia ativa’ à morte provocada por uma ação, como a administração de um tóxico. A respeito da ação, em sua acepção tradicional, esta pode ser direta, quando se subministra uma droga em uma dose letal, ou indireta, pela administração de drogas para acalmar ou tratar a dor, que, em determinadas doses poderiam deprimir o centro respiratório e provocar o adiantamento da morte. E no que concerne à voluntariedade, a eutanásia voluntária é a que se realiza a pedido do paciente. Em câmbio, a involuntária é a que se pratica sobre um paciente impotente, sem poder tomar em conta a sua vontade e nem tem percepção do que constitui seu próprio bem. Por último, a eutanásia não voluntária é a que se impõe a um paciente contra sua própria vontade, contrariando seus próprios desejos, se bem que, dado ao seu caráter homicida, se exclui de toda a consideração ética”.

¹³⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 6, p. 117.

¹³⁹ BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *A indignidade no direito sucessório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 44.

inquérito civil ou em investigação administrativa.¹⁴⁰ Para Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, qualquer denúncia caluniosa ou não, feita em juízo civil ou criminal, deverá ser cabível, podendo inclusive dar vazão à instauração de uma ação penal, devendo, portanto, ser modificados o entendimento doutrinário e a antiga jurisprudência civil acerca de a acusação caluniosa precisar ser criminal para efeitos de exclusão hereditária por indignidade, porquanto, “a lei exige que o fato imputado caluniosamente seja considerado crime sob a ótica do direito penal, e não que a denúncia tenha sido originada no juízo criminal”.¹⁴¹

Inexiste qualquer exigência contida no inc. II do art. 1.814 do Código Civil de que deva a acusação caluniosa ser procedida em juízo criminal, constando no inciso uma denúncia caluniosa procedida em *juízo*, bastando a acusação por si só, que se torna justamente caluniosa porque feita sem nenhum fundamento, externando um comportamento incompatível com o afeto, respeito e solidariedade que deveriam existir entre o sucedido e o sucessor.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald realçam ser suficiente a acusação caluniosa feita em juízo, não obrigatoriamente na esfera criminal, lembrando a inundação de acusações que a todo instante surgem nos conflitos conjugais¹⁴² e, com efeito, cada vez mais se deparam aqueles que labutam na área jurídica com a percepção de quão vastas e prolíferas são as possibilidades das acusações caluniosas, especialmente no âmbito familiar, em ambientes de divórcios e de dissoluções de uniões de casais que denunciam com extrema facilidade, e por vezes com pouca responsabilidade, cônjuges e conviventes, de crimes que não foram cometidos, como facilmente um consorte ou convivente magoado colaciona em suas vinganças essas versões fantasiosas de um cenário que nunca existiu.

Conforme art. 339 do Código Penal, comete o crime de denúncia caluniosa quem: “der causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”. Segundo Julio Fabbrini Mirabete, o tipo objetivo do crime ocorre quando o sujeito ativo der causa à investigação policial ou a processo judicial, podendo partir até de denúncia anônima, mas sendo indispensável para a configuração do delito que o sujeito ativo impute falsamente a prática de um crime.¹⁴³ Rigorosamente, o crime dispensa para a sua caracterização que o agente o pratique pela via judicial, pois esta é apenas uma de suas modalidades, existindo outras tantas diferentes vias, bastando uma mera comunicação formal e até mesmo informal, partindo de uma denúncia anônima, mas realizada perante pessoas que darão curso à falsa denúncia proferida em um lugar público ou perante a imprensa.

Entretanto, para efeito de exclusão hereditária, é imprescindível que a acusação caluniosa seja realizada em juízo, não exigindo a legislação vigente que a denúncia caluniosa se dê perante o juízo criminal (CC, inc. II, art. 1.814), podendo ser diante de um juízo cível

¹⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6, p. 53-54.

¹⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. Coordenação de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 374, ou, ainda, em 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. 149.

¹⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Sucessões. São Paulo: Atlas, 2015. v. 7, p. 117.

¹⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996. v. 3, p. 382-383.

em uma demanda familiar ou sucessória, eleitoral, administrativa ou trabalhista, pois relevante será a falsidade da acusação, e não o lugar onde ela foi realizada. Para muitos autores é imprescindível que a acusação caluniosa ocorra no juízo criminal,¹⁴⁴ dos quais divirjo por não encontrar na legislação vigente nenhuma imposição nesse sentido, mas, pelo contrário, a referência é de uma acusação irrogada em qualquer juízo, lembrando Carlos Maximiliano que essa restrição não faz muito sentido ante a segunda parte do dispositivo, que torna igualmente indigno o herdeiro ou legatário que incorrer em *crime contra a honra do de cujus* e a calúnia e a injúria também se perpetram em palestras e impressos.¹⁴⁵

Para efeitos de declaração judicial de indignidade com o intuito de afastar da herança o herdeiro ofensor, a acusação independe de uma prévia condenação por crime de denunciação caluniosa, bastando que os fatos tenham sido praticados antes ou depois da morte do autor da herança em ofensa à sua memória, do seu cônjuge ou do companheiro do sucedido,¹⁴⁶ impondo-se por igual o castigo da exclusão.

46.4. Crime contra a honra do sucedido ou a de seu cônjuge ou companheiro

A segunda hipótese legal de indignidade é a de o indigno incidir em um dos crimes contra a honra e nela apenas incide quem já foi judicialmente condenado em algum dos crimes de calúnia, difamação ou injúria (arts. 138, §§ 1º e 2º, 139, e 140 do Código Penal).

O bem jurídico tutelado é a honra do sujeito passivo, e como honra tem-se o respeito à própria personalidade da pessoa. Como escreve Heleno Cláudio Fragoso, “honra é valor social e moral da pessoa, inerente à dignidade humana”.¹⁴⁷ A lei protege contra manifestações de pensamento que atinjam a estima social, a reputação, a dignidade e o decoro, configurando os crimes de *calúnia, difamação e injúria*, e a ação criminosa consiste justamente em ofender a honra alheia.

O crime de calúnia (CP, art. 138) é considerado o mais grave dos crimes contra a honra, pois não se atribui ao ofendido um defeito ou um vício, o que seria uma acusação vaga, mas um fato determinado, que consiste na atribuição de um fato criminoso. A ação incriminada versa em imputar a alguém falsamente a prática de um crime, devendo o fato atribuído ser tipificado como crime, não servindo a imputação de uma mera contravenção, que pode ser objeto de difamação, mas não de calúnia.¹⁴⁸ A calúnia é imputação falsa, que admite a exceção da verdade e permite que o agente prove que é verdade aquilo que ele alegou, excluindo, assim, o crime e afastando a declaração de indignidade. No entanto, nem toda acusação comporta a exceção da verdade, como nas ações de iniciativa privada ou quando a vítima logrou absolvição por sentença definitiva.¹⁴⁹

¹⁴⁴ “Não basta, portanto, para ser considerado indigno, que o herdeiro acuse falsamente o sucessor. Essa acusação há de ser feita no juízo criminal. A imputação inverídica feita em inquérito policial, ou a outra autoridade administrativa, conquanto possa tipificar conduta criminalmente punível, não se presta ao reconhecimento da indignidade pelo inc. II do art. 1.814, que fala em acusação caluniosa em juízo” (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. 160).

¹⁴⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958. v. I, p. 94-95.

¹⁴⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 239.

¹⁴⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte Especial. 4. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. v. 1, p. 201.

¹⁴⁸ Idem, p. 209.

¹⁴⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 6, p. 121.

Por vezes, os fatos, mesmo sendo verdadeiros, carecem de efetiva comprovação, pois se trata de uma prova difícil, senão impossível, deixando exposto e vulnerável o acusador, e disso os noticiários também estão repletos de exemplos de cônjuges em processos de separação pessoal denunciando seu parceiro de crimes geralmente relacionados com a evasão de divisas, atos de fraude, sonegações, desvio de bens e crimes de corrupção. Tais denúncias podem ser feitas em processos de família, ou diretamente ao Ministério Público, pela imprensa ou até mesmo nas redes sociais da internet, mas são fatos que, embora o denunciante até repunte como verdadeiros, ele não se apercebe no calor do embate que carecem de meios de prova e se sujeitam à incidência da segunda hipótese do inc. II do art. 1.814 do Código Civil, praticando um crime contra a honra da pessoa do autor da herança, por vezes contra o seu cônjuge ou companheiro, quando se trata de um familiar, incidindo esse herdeiro na posição da sua exclusão da herança deixada pelo ofendido, pela prática do crime de calúnia, injúria ou difamação.

O crime de difamação (CP, art. 139) consiste em atribuir a alguém a prática de determinado fato, que não constitui crime, mas que lhe ofende a reputação ou o bom nome. O bem tutelado, conforme Heleno Fragoso, tem sido denominado de *honra externa*, imputando à vítima um acontecimento ou uma conduta concreta e precisa, e não simplesmente algum vício ou defeito pessoal.¹⁵⁰ A lei permite apenas a exceção da verdade se a difamação é feita a um funcionário público e se refere ao exercício de suas funções. Para a caracterização do crime não se exige a falsidade da imputação, que pode ter procedência ou não.

A injúria (CP, art. 140) seria a menos gravosa de todas as ofensas à honra, porque nela não há imputação de fatos, mas de vícios ou defeitos morais, e injuriar alguém seria ofender-lhe o decoro e a dignidade, calhando tomar em conta a observação feita por Heleno Fragoso, de que, a rigor, todos os crimes contra a honra ofendem basicamente o mesmo bem jurídico, distinguindo-se apenas pela gravidade objetiva da ofensa.¹⁵¹ O sujeito ativo do crime emite conceito social negativo contra alguém, atingindo-o em sua honorabilidade e o delito se configura independentemente de comunicação a terceiro.¹⁵²

46.5. Obstáculos à liberdade de testar

Outra causa de indignidade está tipificada pelo inc. III do art. 1.814 do Código Civil, quando, “por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade”. O fundamento do inciso é o de garantir a livre e espontânea manifestação de vontade do testador.

É preciso consignar que o inc. III do art. 1.595 do Código Civil de 1916 dispunha de forma diversa, permitindo excluir da sucessão quem, “por violência ou fraude, inibisse o testador de dispor de seus bens, em testamento ou codicilo, ou lhe obstasse a execução dos atos de última vontade”. O Código Civil vigente não menciona o codicilo, mas se trata etimologicamente de um *pequeno testamento* e, portanto, permanece inserido na codificação atual, que exclui da herança quem iniba ou obstrua o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de manifestação de derradeira vontade que pode perfeitamente ser expressa em um codicilo.

¹⁵⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. Parte Especial. 4. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. v. 1, p. 212-213.

¹⁵¹ Idem, p. 214.

¹⁵² NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 6, p. 121.

Zeno Veloso, em clássica obra sobre o testamento, editada ainda na vigência do Código Civil de 1916, dizia ser intento do legislador punir a violência ou dolo, coação ou artificios usados contra o hereditando, para evitar que ele testasse, modificasse ou revogasse seu testamento ou codicilo, ou que obstasse a execução dos atos de última vontade.¹⁵³

Nada restou diferente na doutrina de Zeno Veloso com relação ao inc. III do art. 1.814, pois reafirma ser indigno de suceder aquele que por violência ou meios fraudulentos inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, manifestado em testamento ou codicilo.¹⁵⁴

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, *inibir* é cercear a liberdade de disposição de bens e *obstar* corresponde a impedir tal disposição, representando ambas as situações formas distintas de violência ou de fraude contra a liberdade de testar do autor da herança, em que a violência se traduz em ação física e a fraude em psicológica.¹⁵⁵ Contudo, os termos dispostos no inc. III do art. 1.814 do Código Civil permitem inferir que o ato de inibir ou obstar a livre manifestação da vontade não representa necessariamente o uso da força física, servindo qualquer classe de força, física, moral, psicológica, havendo até mesmo quem sofra violência sexual e patrimonial, mas cujas ameaças geram irresistível temor ao testador, um mal grave e iminente, e que, por vezes, sequer percebe ser vítima de uma forma de violência que termina alterando a sua vontade e logre o agente o seu escuso propósito.

Na mesma pena civil incorre o herdeiro que usa da força contra o tabelião ou sobre as testemunhas do testamento no afã de impedir a sua feitura, pois esta seria igualmente uma via indireta atentando contra a liberdade de testar, porém não será causa de indignidade a subtração ou destruição de um testamento revogado por ter sido feito outro posterior pelo testador, considerando não ter sido de fato tolhida a sua vontade. Também não será inibida ou obstada a vontade final do testador, se o seu testamento foi declarado nulo ou anulado,¹⁵⁶ sendo inequívoco que a lei não sanciona a intenção, mas a efetiva consecução do ato de inibição ou de estorvo ao manifesto da vontade derradeira.

Explica Carlos Maximiliano que a lei pune tudo aquilo que atenta contra a liberdade de dispor, por violência, dolo, coação ou artifício, não só quando impede a feitura do instrumento, ou altera o que estava pronto, como o ato de exercer pressão sobre o testador, iludi-lo e fazê-lo acreditar em fatos que não são reais, além de ocultar, viciar, inutilizar ou falsificar o escrito do testador,¹⁵⁷ sendo indiferente que a conduta do indigno não se realize em seu próprio proveito.¹⁵⁸

A legislação vigente pune com a pena de exclusão qualquer ato de herdeiro que iniba ou obste o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, ou seja, crie por qualquer forma situações que impeçam ao testador de se servir da cédula testamentária para manifestar sua derradeira vontade, não só impedindo a feitura do testamento, mas igualmente ocultando, viciando, inutilizando ou falsificando o escrito do testador, pois

¹⁵³ VELOSO, Zeno. *Testamentos de acordo com a Constituição de 1988*. Belém: Cejup, 1993. p. 450.

¹⁵⁴ VELOSO, Zeno. *Novo Código Civil comentado*. Coordenação de Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1.631.

¹⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7, p. 119.

¹⁵⁶ LASALA, José Luis Pérez. *Tratado de sucesiones*. Santa-Fé: Rubinzal-Culzoni, 2014. t. I, p. 419-420.

¹⁵⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958. v. I, p. 97.

¹⁵⁸ LOBATO, Encarna Cordero. *Derecho de sucesiones*. Prática jurídica. Coordenação de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Tecnos, 2009. p. 75.

estes são formatos concretos que atentam contra a vontade do testador e, portanto, deve-se aceitar que se trata de atos que, inclusive, podem ser perpetrados depois de aberta a sucessão, por exemplo, o herdeiro que oculta ou inutiliza um testamento particular ou cerrado, e assim inviabiliza a execução da última vontade do autor da herança. Também age de forma maliciosa aquele herdeiro que oculta a existência do testamento, até mesmo na sua forma pública, que depois é descoberta e resta clarificada a atuação maliciosa daquele herdeiro que sabia da existência do testamento e deliberadamente silenciou acerca dele.

Portanto, para as hipóteses de crime contra a honra, mesmo quando já falecida a vítima, é admissível a perpetração da indignidade, pois o indigno fere o respeito ao morto e autor da herança (CP, § 2º do art. 138). Também é admissível a perpetração da indignidade no caso de obstrução à execução dos atos de última vontade, escrevendo Carlos Roberto Gonçalves que:

Malgrado o dispositivo supratranscrito (CC, inc. III do art. 1.814) não tenha reproduzido a parte final do art. 1.595 do Código de 1916, correspondente ao citado art. 1.814 do novo diploma que incluía na punição quem obstasse à *execução* dos atos de última vontade, não se deve entender que tal possibilidade não mais exista, porque, conforme assentado pela doutrina, tão mal procede aquele que impede o autor da herança de manifestar a sua declaração de última vontade, como aquele outro que, maliciosamente, altera, falsifica, inutiliza ou oculta a cédula testamentária.¹⁵⁹

José Luiz Gavião de Almeida também entende que a utilização do termo *obstar* pelo vigente Código Civil, embora faça parecer que se refira apenas ao ato de feitura do testamento, e não à sua execução, chegando ao extremo de um herdeiro permitir que o testador faça seu testamento cerrado, mas depois da morte do testador destrói a cédula, parecendo se eximir da responsabilidade e não se incapacitando para recolher a herança, seria um incontestável equívoco que abriria a porta para a indesejada fraude.¹⁶⁰

Prossegue José Luiz Gavião de Almeida dizendo não ser essa a melhor interpretação, porquanto o legislador de 2002 inclusive ampliou as hipóteses de indignidade, incluindo novas situações de exclusão da herança, antes inexistentes, e, quando no inc. III do art. 1.814 trocou a palavra *fraude* pela expressão *meios fraudulentos*, também aumentou as hipóteses de exclusão de herdeiros e legatários, não sendo crível que pretendesse afastar a indignidade no caso de o herdeiro legítimo ou testamentário inutilizar, esconder ou omitir a existência do testamento de modo a obstar maldosamente a sua execução, justamente quando essa hipótese já estava no Código Civil anterior e nenhuma daquelas situações previstas no diploma anterior foi esquecida.¹⁶¹

Enneccerus, Kipp e Wolff inclusive afirmam expressamente ser indigno aquele que destruiu, deformou, deteriorou ou desapareceu com o testamento com a intenção de causar prejuízo a outro,¹⁶² e esse procedimento de destruir, inutilizar, deformar ou fazer com que desapareça o testamento, a toda evidência, pode ser executado após a morte do testador e,

¹⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7, p. 119.

¹⁶⁰ 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. 162.

¹⁶¹ 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. 162-163.

¹⁶² ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Derecho de sucesiones. 11. ed. Barcelona: Bosch, 1976. t. V, v. 2, p. 10.

portanto, passível de punição com a declaração de indignidade por haver atentado contra a manifestação derradeira da vontade do autor da herança. Entretanto, certamente não se configurará a indignidade se, por exemplo, o agente era o único beneficiado ou prejudicado pela inutilização da cédula, ou, como ensina Caio Mário da Silva Pereira, se o causador tem tempo de emendar os seus efeitos.¹⁶³ Emenda seus erros quem induziu a facção testamentária e depois a inutiliza, como quem deliberadamente silenciou acerca da existência de testamento ou omitiu sobre a existência, ou escondeu o testamento, mas ainda em tempo hábil apresenta o documento para a sua execução.

De qualquer forma, seria exagerado argumentar em favor de uma livre disposição para testar, quando existem herdeiros necessários que restringem essa livre disposição para cinquenta por cento do patrimônio do testador. A liberdade de testar incide somente sobre a porção disponível, pois sobre a indisponível não existe qualquer livre-arbítrio sobre bens considerados intangíveis para o testador. Trata-se de política legislativa voltada à proteção da família e que reserva metade da herança para os parentes mais próximos e ao cônjuge ou convivente (RE 646.721/RS e RE 878.694/MG) e libera a indisponível quando só existem herdeiros transversais. Portanto, a liberdade de testar será maior ou menor dependendo dos destinatários da herança e do seu grau de parentesco e vínculo de afetividade com o testador, que, tendo ascendentes, descendentes, cônjuge e convivente (CC, art. 1.845 e RE 646.721/RS e RE 878.694/MG), não poderá dispor de todos os seus bens.

Acerca dessa maior ou menor disposição patrimonial, a lei brasileira criou outra causa de indignidade contra quem inibe ou impõe obstáculos ao autor da herança, pela violência física ou pela fraude, de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, observando Jorge Mosset Iturraspe quão fértil transita a fraude nos negócios de última vontade para prejudicar ou burlar tanto alguns herdeiros, em benefício de outros, como em detrimento dos credores do testador e em benefício de seus herdeiros.¹⁶⁴

Jorge O. Maffía alerta para a diferença entre a nulidade do testamento e a indignidade, que atuam em planos totalmente distintos, já que a primeira hipótese não impede o acesso do herdeiro à legítima, ao passo que a segunda priva o indigno de todo e qualquer direito hereditário, afora o fato de a nulidade poder viciar somente uma cláusula do testamento, enquanto a indignidade tem efeito total, ainda que a intenção do indigno tenha sido projetada para sobre uma determinada disposição do testamento. Da mesma forma, um segundo testamento viciado não prejudica a validade da facção testamentária precedente, enquanto a indignidade opera sobre os dois.¹⁶⁵

47. EFEITOS DA INDIGNIDADE

Além de ser herdeiro ou legatário, é preciso ser digno para suceder, e as causas de indignidade previstas no art. 1.814 do Código Civil são aplicadas à sucessão legítima e à sucessão testamentária, cujos efeitos não se perdem com a morte do autor da herança, mas, antes, é com a abertura da sucessão que suas consequências jurídicas iniciam. A partir da abertura da sucessão, pode ser proposta a ação de declaração de indignidade, cuja sentença que exclui o herdeiro indigno da herança do sucedido, com o seu trânsito em julgado, gera efeitos retroati-

¹⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito das sucessões*. Atualizador Carlos Roberto Barbosa Moreira. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. VI, p. 34.

¹⁶⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos simulados y fraudulentos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001. p. 24.

¹⁶⁵ MAFFÍA, Jorge O. *Tratado de las sucesiones*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010. t. I, p. 142.

vos à data da abertura da sucessão, suscitando uma eficácia *ex tunc*, passando o indigno a ser considerado como se morto fosse (CC, art. 1.816).

Também no Direito francês há retroatividade dos efeitos da sentença de indignidade, asseverando Anne-Marie Leroyer que o indigno é excluído retroativamente e perde a qualidade de herdeiro, devolvendo todos os bens que porventura estiverem em sua posse; todos os frutos e todas as receitas que absorveu desde a abertura da sucessão (CCf, art. 729), embora tenha direito ao reembolso das dívidas do espólio que ele saldou, resguardados direitos de terceiros diante da *teoria do herdeiro aparente*.¹⁶⁶

47.1. Exclusão do indigno da herança

Como antes enfatizado, são pessoais os efeitos da exclusão da herança e por isso o art. 1.816 do Código Civil estabelece que os descendentes do excluído sucedem pelo direito de representação, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão, mas herdaram por cabeça ou por direito próprio se o indigno era o único herdeiro na sua classe e grau. Inacio de Carvalho Neto diz que esses efeitos não são assim tão pessoais, porque, se o excluído for casado sobre esses bens que ele deixou de herdar, a sua esposa deixará de auferir sua meação sobre esses bens que ele deixou de herdar.¹⁶⁷ E realmente, havido o indigno como se morto fosse, pela mais pura ficção legal, seu casamento também será tido pela mesma ficção como dissolvido pelo óbito irreal, e a morte não só dissolve o matrimônio, como também o regime de bens, passando os bens diretamente para os filhos do indigno, que podem não ser filhos comuns com a esposa.

Conforme o parágrafo único do art. 1.816 do Diploma Civil, o excluído tampouco terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens, nem seu cônjuge terá direito ao usufruto ou à administração desses bens, podendo alcançar a eventual sucessão desses bens, se os filhos que herdaram por representação forem comuns e morrerem antes da mãe e sem deixar seus próprios descendentes, que seriam os netos da avó indiretamente atingida pela exclusão hereditária do marido.

O art. 1.816 do Código Civil ressalva que o indigno é havido como morto e somente seus descendentes a ele sucedem, por direito de representação. Entretanto, se o indigno não tem descendentes, é certo que não existe o direito de representação entre os ascendentes, como também não podem herdar cônjuge ou companheiro, pois, se é ficcionalmente havido como morto, seu casamento ou a sua união estável também foi considerada extinta por ficção. Também não poderiam seus sobrinhos representá-lo, pois em realidade seriam representantes dos seus eventuais irmãos pré-falecidos. Ademais, só existe direito de representação quando herdeiros de um grau de parentesco concorrem com herdeiros de outro grau de parentesco, ou seja, irmãos do indigno concorrem à herança com os filhos do indigno, vindo estes últimos à herança pelo direito de representação. Agora, se o indigno não tem irmãos nem descendentes, ninguém poderá representá-lo, pois serão chamados à sucessão, na ordem de vocação hereditária, os ascendentes, e na classe dos ascendentes não existe direito de representação. Na falta de ascendentes, será chamado o cônjuge ou o companheiro do sucedido, e aqui também

¹⁶⁶ LEROYER, Anne-Marie. *Droit des successions*. Paris: Dalloz, 2009. p. 34.

¹⁶⁷ 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. 76.

não há direito de representação. Por fim, na falta de descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro, seriam vocacionados os colaterais do falecido, seus tios, ou, na falta destes, seus sobrinhos e, eventualmente, alguém poderia representar o sobrinho pré-falecido. Se, porventura, o herdeiro sobrinho é o indigno, volta-se ao mesmo ponto do *caput* do art. 1.816 do Código Civil, pois herdariam por representação os filhos do sobrinho indigno, e que, portanto, nada mais são do que os filhos do indigno e, como referido, apenas os filhos do indigno podem representá-lo na sucessão da qual ele foi excluído.

Se o indigno tem irmãos, mas não tem descendentes, herdeiros serão apenas os seus irmãos, considerando que ninguém representará o excluído, mas, ao contrário, existindo descendentes do indigno, estes herdaram por representação, pois concorrem com os seus tios (irmãos do excluído), que herdaram por direito próprio; porém, se não existirem irmãos do indigno, os descendentes do excluído receberão então a herança por direito próprio e por cabeça, e não mais por representação, uma vez que são os únicos na classe dos descendentes e os mais próximos em grau de parentesco com o autor da herança, eis que o indigno é considerado ficticiamente morto.

47.2. Limites dos efeitos da pena de exclusão

A exclusão do indigno é limitada à herança do ofendido, não podendo ser privado de qualquer outra herança advinda de qualquer outro parente que vier a falecer após a morte do ofendido, ou por meio de ato de última vontade, desde que não derive daquela da qual foi definitivamente afastado.¹⁶⁸ A pena de exclusão da herança por indignidade é perpétua para o indigno, mas dele não passa, tendo como fundamento jurídico a pretensão de que jamais o indigno se cure da afronta por ele cometida.¹⁶⁹ A lei trata de castigar o ofensor tirando-lhe a herança, entretanto, em tempos primórdios, não beneficiando os descendentes do indigno, como sucede na atualidade, mas confiscando os bens para o fisco, em que esses bens confiscados eram denominados *ereptícios*, sem excluir que em alguns casos poderiam ser entregues para outras pessoas. Acontece que a indignidade não se opera de ofício, ela depende de sentença que a declare, cuja consequência será a perda do direito à herança deixada pelo ofendido, sendo lícito ao ofensor manter a posse direta dos bens, os quais ele terá de devolver ao espólio com o decreto judicial de sua exclusão por indignidade. Esses bens serão retirados do indigno, que eram e continuam sendo chamados de *ereptícios*, sendo, no passado, confiscados pelo Estado, por meio de uma *vindicatio ereptio*,¹⁷⁰ retornando tais bens *ereptícios*, na atualidade, ao monte-mor, para efeitos de redistribuição entre os herdeiros remanescentes e não mais sendo apossados pelo Estado.

47.3. Bens ereptícios

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a expressão *ereptorium* (ereptícios) é originada do Direito Romano, porquanto da pena de indignidade beneficiava-se o fisco, de onde resultava a erepção, ou o confisco da herança (*eripere*) dos bens hereditários,¹⁷¹ e, conforme

¹⁶⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 244.

¹⁶⁹ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Novo direito sucessório brasileiro*. Leme: JH Mizuno, 2009. p. 220-221.

¹⁷⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1958. v. I, p. 111.

¹⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7, p. 130.

Pontes de Miranda, somente o Estado era legitimado ativo para o confisco desses bens (*bona ereptoria*),¹⁷² fosse por meio de um ato administrativo ou judicial. Orlando Gomes menciona que os *bona ereptoria* também podiam recair, excepcionalmente, em outras pessoas que houvessem se distinguido por sua misericórdia para com o *de cuius*, ou que eram designadas por ato de última vontade.¹⁷³

47.4. Efeitos quanto ao cônjuge ou ao convivente

O principal efeito proveniente da declaração judicial de indignidade é o de considerar, com efeito retroativo à data da abertura da sucessão, como se o indigno tivesse falecido. Isso significa que, embora se trate de um óbito por ficção, é como se seu cônjuge ou convivente fosse, com quem deveria estar casado ou convivendo pelo regime da comunhão universal de bens, pois só nesse regime o consorte ou companheiro é considerado um coerdeiro, que teria ficado viúvo e se casado, ou seria um companheiro sobrevivente, mas, estando viúvo, é por que o seu casamento se dissolveu pela morte ficcional do indigno, não havendo como herdar os bens deixados pelo autor da herança ofendido pelo indigno (que é tido como se morto fosse). Em realidade, falta ao cônjuge ou convivente *sobrevivente* capacidade sucessória, pois sua condição de coerdeiro dependia de um casamento ou de uma união estável existente, mas que se dissolveu por ficção legal, dado que seu consorte foi excluído da sucessão por ato de indignidade e havido como morto em decorrência disso.¹⁷⁴ Também deve ser lembrado que somente os descendentes herdam por representação do indigno, ou herdam por direito próprio se o indigno era o único da sua classe e grau de parentesco, não assim outros herdeiros do indigno, como cônjuge, companheiro ou colaterais, pois, na hipótese de existência apenas destes, os bens *ereptícios* são devolvidos ao monte-mor.

47.5. Efeitos quanto aos herdeiros testamentários e legatários

Caso o herdeiro declarado indigno tenha sido instituído por meio de testamento, ocorre o mesmo efeito da sua pura e simples exclusão da herança que lhe havia sido destinada pelo ofendido por meio de cédula testamentária. Tampouco poderão se fazer representar os descendentes do excluído, eis que inexistente o direito de representação na sucessão testamentária, mas, tão somente, o instituto da substituição, vindo os herdeiros testamentários substitutos à herança por direito próprio, e não por representação, que só existe na sucessão legítima. Caso se trate meramente de um legado, este caduca com a declaração judicial de indignidade do legatário (CC, art. 1.939, inc. IV). Sendo vários os herdeiros ou legatários instituídos pela mesma disposição testamentária, em quinhões não determinados, a quota do indigno será repartida entre os demais herdeiros instituídos, em decorrência do direito de acrescer (CC, arts. 1.941 e 1.943), mas, quando não se efetua o direito de acrescer, porque os quinhões foram

¹⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. t. LV, p. 122.

¹⁷³ GOMES, Orlando. *Sucessões*. Atualizador Mario Roberto Carvalho de Faria. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 32.

¹⁷⁴ Em sentido contrário e do qual respeitosa discordo, argumenta CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 96, que: "Casado o herdeiro excluído, o impedimento legal recai somente sobre ele, não atingindo seu cônjuge, se não provar que houve cumplicidade".

previamente determinados pelo testador, a quota vaga do indigno é transmitida aos herdeiros legítimos (CC, art. 1.944).

47.6. Fideicomisso

Escreve Maria Berenice Dias que, na instituição de herdeiros sucessivos do fideicomisso (CC, art. 1.951), existe a possibilidade de serem excluídos da herança por indignidade tanto o primeiro herdeiro instituído (fiduciário) como o segundo contemplado (fideicomissário) e, portanto, os sucessores deles não poderão assumir o lugar do indigno. Destarte, se for declarado indigno o fiduciário, a propriedade consolida-se no fideicomissário, e, se o fideicomissário for considerado indigno, o fiduciário será o titular final dos bens.¹⁷⁵

47.7. Adiantamento de herança e colação

Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, ao passo que a declaração de indignidade exige um pronunciamento judicial, cuja procedência exclui o indigno da herança em efeito retro-operante, contado desde a abertura da sucessão, mesmo que a causa da indignidade tenha ocorrido após o falecimento do ofendido. Enquanto não declarada a indignidade, o ofensor é considerado herdeiro e tem a posse e administração dos bens hereditários como qualquer outro coerdeiro, contudo responde à ação de indignidade e podem os demais interessados promover alguma medida judicial, que pode se consubstanciar em uma *tutela de urgência* (CPC, art. 300) para a preservação dos bens, quando se evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Com esse expediente processual, podem os demais interessados impedir que, por má-fé – pois o indigno não desconhece o risco e a probabilidade de sua exclusão da herança, tampouco ignora ter ofendido o sucedido –, o ofensor promova um deliberado esvaziamento dos bens do espólio.

Entretanto, se nenhuma medida de acautelamento for tomada, mesmo porque de direito é considerado ao menos em aparência um herdeiro, enquanto não reconhecida a sua indignidade, o ofensor conserva a sua qualidade de sucessor sob condição resolutiva, mas, uma vez declarada a indignidade e transitada a sentença em julgado, ele perde a titularidade do direito de propriedade dos bens deixados pelo sucedido, como também a posse desses bens, não podendo auferir nenhum benefício, direto ou indireto, dos bens deixados pelo hereditando.

Entre as consequências dessa retroatividade da indignidade, o excluído deixa de ter direito ao usufruto e à administração dos bens que couberem aos seus filhos, nem direito à sucessão eventual desses bens (CC, art. 1.816, parágrafo único). Como o indigno não herda, pois é tido como se morto fosse, herdaram seus filhos por direito próprio, se forem os únicos herdeiros na classe dos descendentes e no mesmo grau de parentesco (ausentes irmãos do indigno), ou por representação, se existir um ou mais irmãos do excluído, não tendo o indigno o direito ao usufruto nem à administração desses bens, cujo direito de usufruto e de administração seria uma decorrência legal do exercício do poder familiar (CC, art. 1.689, incs. I e II).

Contudo, as liberalidades feitas em vida pelo hereditando ao indigno não são revogáveis depois da morte do ofendido, conforme pode ser extraído da redação do art. 2.008 do Código Civil, quando estabelece que o indigno somente está obrigado a repor o que exceder o dispo-

¹⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 4. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 319.

nível, de modo a permitir a conferência unicamente de eventual excesso em relação à parte disponível da herança e devolução do valor sobejante.¹⁷⁶

Em suma, a indignidade transforma o ofensor em pessoa estranha à herança, mas não estará obrigada a restituir bens que recebeu do sucedido por ato entre vivos, qualquer que tenha sido o título dessa transferência, salvo que as doações tenham sido revogadas em vida pelo autor da herança, por ingratidão, caso contrário manterão sua validade, já que não estavam submetidas à colação, isto sem prejuízo da ação de redução que os herdeiros possam promover.¹⁷⁷

Embora esse posicionamento se mostre incoerente com o móvel do instituto da indignidade, que é o de não permitir que, sob qualquer forma, o indigno usufrua de bens do ofendido, não obstante se trate de liberalidade das quais ele se despojou em vida, por adiantamento de herança ou por mera doação dispensando da colação, só faz reposição daquilo que excedeu a porção disponível. É o que consta do art. 2.008 do Código Civil ao dispor que o herdeiro renunciante ou o herdeiro excluído têm o dever de conferir as liberalidades *inter vivos* recebidas que superou a porção da legítima. Afirma Luiz Paulo Vieira de Carvalho que o excluído não perde o bem doado, a menos que tenha ocorrido a revogação da doação por ingratidão.¹⁷⁸

De acordo com Antônio José de Souza Levenhagen, em comentário ao art. 1.790 do Código Civil de 1916, equivalente ao art. 2.008 do vigente Código Civil, a conferência destina-se tão somente a fazer com que a parte excedente da legítima seja reposta ao monte, a fim de ser partilhada entre os herdeiros não renunciantes e não excluídos, e esse excesso reposto os herdeiros renunciantes, os indignos e os deserdados, mas estes não perdem as doações realizadas em vida pelo ofendido e que permanecerão em seu poder,¹⁷⁹ ou seja, o excluído por indignidade ou por deserdação perde o quinhão hereditário, a herança por seu ato de ofensa, mas não perde a doação realizada em vida pelo ofendido e, certamente, antes da ocorrência da ofensa. Anota Zeno Veloso a justeza dessa determinação porque o preceito existente para efeito de exclusão da herança não atinge a revogação das precedentes doações, embora o doador esteja autorizado a promover a revogação da doação, por ingratidão do donatário, se este praticar algum dos atos referidos no art. 557 do Código Civil, e, no caso de homicídio doloso praticado contra o doador (CC, art. 557, inc. I), a ação caberá aos herdeiros, exceto se o ofendido houver perdoado (CC, art. 561).¹⁸⁰

A mesma disposição legal consta do art. 640 do Código de Processo Civil,¹⁸¹ ordenando que o excluído da herança devolva os bens ou reponha o equivalente em dinheiro daquilo que excedeu à porção disponível, mantendo em seu poder e sendo dispensado de colacionar quaisquer liberalidades recebidas em vida e originárias da porção disponível do sucedido.

¹⁷⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 6, p. 124.

¹⁷⁷ MAFFÍA, Jorge O. *Tratado de las sucesiones*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010. t. I, p. 154.

¹⁷⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 970.

¹⁷⁹ LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. *Código Civil*. Comentários didáticos. Direito das sucessões. São Paulo: Atlas, 1995. v. 6, p. 207-208.

¹⁸⁰ VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. Do direito das sucessões. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, p. 427.

¹⁸¹ Art. 640 do CPC. "O herdeiro que renunciou à herança ou que dela foi excluído não se exime, pelo fato da renúncia ou da exclusão, de conferir, para o efeito de repor a parte inoficiosa, as liberalidades que obteve do doador."

Portanto, toda doação adiantada e pertencente à porção disponível do doador não será alcançada pelos efeitos da exclusão.

E, ainda, o § 1º do art. 640 do CPC favorece o herdeiro donatário renunciante ou excluído, com a faculdade de ele escolher, dos bens doados, tantos quantos bastem para perfazer a legítima e a porção disponível. Entretanto, alerta Paulo Cezar Pinheiro Carneiro que esse dispositivo deve ser interpretado em sintonia com o § 4º do art. 2.007 do Código Civil, e que essa liberdade de escolha desaparece quando as doações foram feitas em várias datas, pois então elas serão reduzidas a partir da última doação até a eliminação do excesso, retirando, por óbvio, a liberdade de escolha outorgada pelo art. 640 do CPC ou pelo art. 2.008 do Código Civil.¹⁸²

Acerca da possibilidade de escolha dos bens a serem colacionados pelo herdeiro excluído por indignidade ou deserdação, conforme viabiliza o § 1º do art. 640 do Código de Processo Civil, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro colaciona preciosas informações:

A lei faculta ao herdeiro donatário a escolha dos bens que deverão ser colacionados. Assim, ele poderá ficar com o número de bens cujos valores somados não ultrapassem o valor da sua legítima, acrescida, desde que o *de cuius* assim tenha previsto, da metade disponível, ou seja, parte da herança que o falecido poderia dispor em testamento. O procedimento adequado para garantir o direito de escolha ao herdeiro donatário consistirá na apresentação de todos os bens ao inventário: aqueles ainda na propriedade do herdeiro serão avaliados, e os que ele não mais possuir serão conferidos pelos valores à época em que deixaram o seu patrimônio, devidamente corrigidos. Logo após, os demais herdeiros serão ouvidos, bem como o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz, devendo o juiz decidir em seguida. Note-se, contudo, que a regra enunciada no art. 640 do CPC só será aplicável no caso de a doação dos bens ter ocorrido de forma simultânea. Isso porque o § 4º do art. 2.007 do Código Civil estabelece que, “sendo várias as doações a herdeiros necessários, feitas em diferentes datas, serão elas reduzidas a partir da última, até a eliminação do excesso”. Tendo ocorrido as doações em diferentes datas, aplica-se, pois, o dispositivo do Código Civil, restando impossibilitada a escolha dos bens a serem colacionados.¹⁸³

47.8. Usufruto e administração

O pai e a mãe (ou mesmo os pais), enquanto no exercício do poder familiar, são usufrutuários dos bens dos filhos (CC, art. 1.689, inc. I) e, por igual, têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade (CC, art. 1.689, inc. II). Portanto, se os filhos do indigno são menores, o excluído, ascendente deles, terminaria sendo indiretamente beneficiado pela herança do sucedido, usufruindo e administrando os bens herdados por seus filhos que o representarão na sucessão do autor da herança. Tendo sido excluído do rol de herdeiros do *de cuius*, ao indigno não caberá nenhum direito direto ou indireto relacionado com a herança da qual foi afastado, constando expressamente do inc. IV do art. 1.693 do Código Civil que são excluídos do usufruto e da administração dos genitores os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão, cuja redação se harmoniza com o parágrafo único do art. 1.816 do mesmo Diploma Civil.

¹⁸² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. IX, t. I, p. 159.

¹⁸³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Inventário e partilha*. Judicial e extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 148.

A grande polêmica que surge diz respeito à exclusão ou não do usufruto e da administração de ambos os genitores, se só um deles foi considerado indigno e quando, sabidamente, são restritos e pessoais os efeitos jurídicos da exclusão. O parágrafo único do art. 1.816 do Código Civil é claro quanto à exclusão do usufruto e da administração apenas daquele genitor excluído da sucessão, ao passo que o inc. IV do art. 1.693 do Código Civil ordena a exclusão de ambos os genitores do usufruto e da administração dos bens que aos filhos comuns couberem na herança, da qual os dois foram legalmente excluídos, e não poderia ser diferente, pois, se um dos pais não foi julgado indigno, não há como estender-lhe a pena civil da indignidade.

Esse é o pensamento também externado por Silmara Juny Chinelato ao comentar sob o prisma do poder familiar o art. 1.693 do Código Civil, no sentido de que, atingindo a exclusão apenas a um dos pais, o que de regra acontece, e o outro for titular do poder parental, os efeitos daquela não o atingem, cabendo-lhe o exercício do usufruto e da administração dos bens herdados.¹⁸⁴

Diferentemente pensa J. V. Castelo Branco, ao opinar pela nomeação de um curador para administrar os bens do menor, porque confiá-los à administração materna seria, de certo modo, confiá-los ao próprio pai, e, assim, a proibição legal não alcançaria o fim colimado.¹⁸⁵ Talvez na década de 1970 e por muitos anos fosse possível justificar como uma verdadeira temeridade confiar à administração da esposa os bens herdados pelos filhos por indignidade do pai, pois naquela época o marido era o chefe da sociedade conjugal e provedor da família, quando tampouco havia o divórcio, e muito menos nas dimensões atuais, sendo raras as separações e praticamente absoluta a independência financeira da mulher.

Contudo, mesmo naqueles tempos em que a esposa era considerada uma simples auxiliar do marido, poderia existir a exceção dos pais separados, estando os filhos sob a guarda materna, e nada impedindo que a mulher usufruísse e administrasse isoladamente os bens da prole conjugal, como os pais poderiam ser pessoas que jamais coabitaram. Um curador especial, porventura nomeado, precisaria prestar contas, tanto quanto a esposa poderia ser acionada a prestar contas da administração e usufruto dos bens dos filhos (dispensada apenas dos atos de simples administração e de manutenção do patrimônio dos filhos menores), sabendo, de antemão, que nem direta ou indiretamente poder permitir que o indigno do seu marido usufrua e administre os bens herdados pela prole, preservando assim, com votos de confiança e com o respaldo da paridade e independência da esposa, possa ela ficar responsável pelos quinhões hereditários recebidos por seus filhos em representação do marido considerado herdeiro indigno, sendo que pensar diferente representaria fazer vista grossa da igualdade de direitos dos cônjuges ordenada pela Constituição Federal (CF, art. 226, § 5º).

A função de administração não pode ser desempenhada pelos pais ilimitadamente, e sofre as restrições impostas pelo art. 1.691 do Código Civil, de forma que não é permitido aos pais alienar ou gravar de ônus reais os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

Jorge O. Maffía, discorrendo sobre o mesmo tema no Direito argentino, conclui, na mesma linha, que a exclusão de um dos cônjuges não importa na exclusão dos dois, e que os

¹⁸⁴ CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial do Direito de Família. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 435.

¹⁸⁵ ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1978. p. 262.

frutos dos bens dos filhos, havidos por um dos cônjuges, devem ser considerados como bem próprio e incommunicável, a fim de não beneficiar o outro consorte.¹⁸⁶

47.9. Indenização por perdas e danos

A parte final do art. 1.817 do Código Civil prescreve a cobrança pelos herdeiros, das perdas e danos que porventura tenham sofrido por algum ato ilícito causado pelo indigno. Em verdade, o legislador civilista considera válidos as alienações onerosas de bens hereditários feitas a terceiros de boa-fé e os atos de administração legalmente praticados pelo indigno antes da sentença de exclusão, embora subsista aos herdeiros, quando prejudicados, o direito de demandar por perdas e danos. Por certo, aos herdeiros temerosos aconselha o bom senso que eles tomem as medidas cautelares possíveis, bloqueando ou arrolando judicialmente os bens, enfim, procurando movimentar tutelas provisórias de urgência de caráter cautelar ou antecedente, consoante regulam os arts. 305 e seguintes do Código de Processo Civil e movidas diante da possibilidade de eventual alienação de bens do espólio pelo indigno, ou para assegurar que dinheiro, títulos e ações ou joias depositadas em bancos ou na posse do indigno fiquem sob custódia judicial. Acerca das medidas judiciais de típica precaução levadas a efeito no juízo sucessório, anota Graciela Medina¹⁸⁷ ser essencial demonstrar a existência de uma aparência ou verossimilhança do direito que ampare a pretensão do peticionário, o que se torna patente diante da existência ou da evidência do processo de declaração de indignidade ou de deserdação, ou dos fatos que levarão ao ajuizamento da correspondente ação de exclusão de herdeiro, justificado pelo temor de esvaziamento e pela evidência da necessidade de sua preservação para a partilha final entre os herdeiros remanescentes.

Como a sentença de exclusão por indignidade opera retroativamente, pode acontecer de o indigno haver praticado a transferência ou cessão de algum bem hereditário, preservando a lei a boa-fé desse terceiro adquirente, conquanto a transação não exale um óbvio sentimento de ocorrência de fraude ou de simulação, em notório concerto fraudatório havido entre vendedor e comprador.

Sendo uma aquisição onerosa e de boa-fé, com o efetivo desembolso pelo adquirente, o negócio jurídico, quando celebrado antes da decisão judicial de exclusão do indigno, será preservado, cometendo aos herdeiros prejudicados pela alienação do bem requer perdas e danos, por meio do direito de regresso contra o indigno que fica responsabilizado pela alienação que fez de bens que não lhe pertenciam e que, por responder a uma ação de indignidade, ou por não desconhecer a possibilidade de ser excluído da herança por indignidade, o excluído vendeu bens que não devia nem podia. Trata-se de solução idêntica adotada pelo art. 1.828 do Código Civil aos contratos feitos pelo herdeiro aparente, com vistas a evitar o desfalque patrimonial para o adquirente de boa-fé, mas assegurando aos herdeiros prejudicados a via indenizatória contra o excluído,¹⁸⁸ nada podendo fazer contra o adquirente de boa-fé. O indigno deve indenizar as perdas e danos decorrentes da deterioração da coisa ou aquilo que o espólio deixou de perceber por má administração do indigno, promovendo, por exemplo, uma péssima aplicação financeira, com visível prejuízo ao acervo hereditário.

¹⁸⁶ MAFFÍA, Jorge O. *Tratado de las sucesiones*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010. t. I, p. 156.

¹⁸⁷ MEDINA, Graciela. *Proceso sucesorio*. 4. ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2018. t. I, p. 349.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*. Doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1.368.

No entanto, deve ser, *a contrario sensu*, admitida a ação contra o terceiro adquirente a título oneroso, se estava de má-fé, e não desconhecia a exclusão do herdeiro indigno de quem comprou o bem hereditário, até porque quem não desconhece a causa de indignidade deveria ao menos ter um comportamento cuidadoso e preventivo.

Tratando-se de transferência gratuita, a negociação não será convalidada, haja vista que o terceiro, além de não ter desembolsado qualquer valor para haver o bem, acresce do fato de que a alienação gratuita ressalta a presunção de fraude e ausência de boa-fé, mesmo porque a devolução do bem não impõe nenhum prejuízo ao adquirente, privando-o apenas de um ganho.¹⁸⁹

47.10. Frutos e rendimentos

Transitada em julgado a sentença declaratória de indignidade, diante do seu efeito retroativo (*ex tunc*) para a data da abertura da sucessão, desde então o indigno é considerado um possuidor de má-fé e deve restituir os frutos e rendimentos por ele recebidos, conforme determina o parágrafo único do art. 1.817 do Código Civil, com o direito de ser indenizado das despesas que realizou com a conservação desses bens.

Silvio Rodrigues destaca justamente nesse dispositivo legal o nítido caráter retroativo da sentença de exclusão, pois, nunca tendo sido herdeiro, o excluído não pode ser beneficiado sob qualquer forma na herança que não lhe pertence, tampouco por ela ser de algum modo onerado. Não faria realmente sentido que um estranho à herança pudesse conservar os frutos colhidos sobre bens que estavam sob a sua posse enquanto aparentava ser herdeiro, até porque nunca ignorou haver dado margem à sua exclusão hereditária por ingratidão praticada contra o finado e, por isso, também não desconhece a existência de um vício que lhe impede de adquirir o domínio e a posse da herança.¹⁹⁰ A indignidade afeta o chamamento do herdeiro, a vocação hereditária até a sua raiz,¹⁹¹ e desde o seu início, por isso o indigno é considerado um possuidor de má-fé, como expressamente consigna, por exemplo, o art. 2.037º do Código Civil de Portugal,¹⁹² devendo o excluído restituir todos os frutos ou rendimentos dos bens já percebidos ou por perceber.

Portanto, o excluído deve devolver não apenas as coisas com seus acessórios e aumentos, como também os frutos e rendimentos, ou produtos obtidos desses bens, desde a abertura da sucessão, considerando que frutos são as utilidades econômicas que a coisa periodicamente produz, sem alteração ou perda de sua subsistência, podendo-se tratar de *frutos naturais*, quando provenientes diretamente da coisa, como a colheita ou a cria do gado que nasce; os *frutos civis*, consistentes nas rendas periódicas, estas provenientes da concessão do uso e gozo de uma coisa frutífera por outrem que não seja o proprietário, como os juros e aluguéis; e os *frutos industriais*, cuja produção decorre da atuação da atividade humana sobre a natureza.¹⁹³

¹⁸⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Direito das sucessões. Atualizado por Zeno Veloso. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7, p. 75.

¹⁹⁰ Idem, p. 73.

¹⁹¹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. VI, p. 43.

¹⁹² Código Civil português, art. 2.037º “Efeitos da indignidade. 1. Declarada a indignidade, a devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente, sendo ele considerado, para todos os efeitos, possuidor de má fé dos respectivos bens”.

¹⁹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Reais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5, p.138-139.

Para efeitos fiscais, evoluiu o conceito de propriedade para o de patrimônio, no sentido de que toda disponibilidade de bens materiais ou força de trabalho se constitui em um patrimônio suscetível de produzir riqueza, ou seja, renda, e esse patrimônio rentável de determinada pessoa pode se constituir de uma propriedade imobiliária, de um capital mobiliário, afora a força do próprio trabalho, considerando os dois primeiros um patrimônio que, sendo hereditário e explorado prematuramente pelo indigno, impõe seja essa renda por ele restituída, com a devolução dos próprios bens geradores ou não de renda e frutos, preservando o direito de ser ressarcido dos gastos necessários que realizou para a conservação dos bens.

A restituição deve ser feita retroativamente ao dia da abertura da sucessão, inclusive se a causa de indignidade surgiu depois da morte do sucedido. Se ele não devolve os bens, os herdeiros devem promover a competente ação reivindicatória dos bens hereditários indevidamente e maliciosamente retidos pelo excluído; e se o excluído da herança faleceu no curso dos acontecimentos, seus descendentes se tornam coerdeiros e legítimos possuidores desses mesmos bens.

47.11. Ressarcimento de despesas

O indigno é uma pessoa estranha à sucessão e dela não tem nenhum direito, tampouco para com ela não tem nenhuma obrigação que deva assumir sem ser devidamente ressarcido. Portanto, é natural que possa exigir da sucessão os créditos por gastos que tenha efetuado em prol da herança, como, igualmente, a sucessão poderá exigir do indigno os créditos quem tem contra ele.¹⁹⁴ Como doutrina Dolor Barreira, aplica-se à matéria a conhecida regra geral de direito de que a ninguém é dado enriquecer-se à custa do patrimônio ou sacrifício alheios,¹⁹⁵ cujo regramento consta do texto legal do Código Civil de 2002 (CC, arts. 884 e 885), restringindo-se a reposição às despesas de conservação consideradas necessárias,¹⁹⁶ nada referindo o Código Civil sobre benfeitorias e construções. Entretanto, sugere José Luiz Gavião de Almeida¹⁹⁷ a aplicação do art. 1.220 do Diploma Civil, pelo qual o possuidor de má-fé será indenizado somente pelas benfeitorias necessárias, mas não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

47.12. Direito de representação dos descendentes do excluído

Lecionam José Luis Pérez Lasala e Graciela Medina que, ao tempo do Direito Romano, a porção do indigno ia para o Fisco, e não para os seus herdeiros, descabendo falar em direitos sucessórios dos filhos do indigno. Todavia, esse princípio romano foi perdendo força e a porção do indigno passou aos coerdeiros, ou seja, àquelas pessoas consideradas herdeiros

¹⁹⁴ LASALA, José Luis Pérez. Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Sucesiones. Coordenação de Alberto J. Bueres e Elena I. A. Highton. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. v. 6, p. 87.

¹⁹⁵ BARREIRA, Dolor. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p. 110.

¹⁹⁶ “As benfeitorias necessárias estão ligadas à própria conservação da coisa e, assim, teriam forçosamente de ser feitas pelo proprietário. Caso contrário, a própria existência ou integridade da coisa estariam comprometidas. Justamente por isso, não indenizá-las seria prestigiar o enriquecimento ilícito” (OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*. Doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 872).

¹⁹⁷ 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. 172-173.