
Deserdação

Anderson Vinícius de Moraes Ortega*

RESUMO

Indicam-se os requisitos, as causas e os efeitos da deserdação que somente poderá ocorrer mediante a feitura de um testamento; pois, a deserdação é um instituto privativo da sucessão testamentária, sendo desta dependente. Instituto este de extrema polêmica e repulsa por boa parte da sociedade por autorizar a exclusão de um herdeiro necessário da sucessão legítima e também testamentária.

Palavras-Chave: Deserdação. Rol taxativo de causas. Indignidade.

*Acadêmico do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru.

1 INTRODUÇÃO

A deserdação é um instituto utilizado pelo autor da herança que deseja penalizar um de seus herdeiros necessários o excluindo de sua sucessão como se pré-morto fosse. Tal exclusão abrange a sucessão legítima e também testamentária.

A exclusão de um herdeiro necessário da sucessão se dá por causas taxativas previstas na lei que foram abordadas amplamente nesta pesquisa.

A relevância de seu conhecimento e aplicabilidade se encontra no sentido de ser uma exceção à regra, pois os herdeiros necessários, por possuírem esta característica, detêm direito previsto no Código Civil (2002) a 50% do patrimônio do autor da herança. Contudo, tal herdeiro poderá ser excluído da sucessão quando comete certos atos que são inaceitáveis no âmbito de uma família conforme veremos a seguir.

2 DA DESERDAÇÃO

2.1 CONCEITO

A deserdação faz parte da sucessão testamentária e constitui um ato privativo do autor da herança que possui o condão de afastar o herdeiro necessário da sucessão.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1.845 definiu como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Tais parentes do autor da herança, pela lei, possuem o direito de receber a legítima; tanto é que o próprio legislador os protege positivando que somente poderá ser testada a metade disponível do patrimônio do testador (artigo 1.846 do CC) para que a legítima seja garantida aos herdeiros necessários, que constitui metade do patrimônio, também chamada como indisponível.

O único modo admitido de se utilizar o instituto da deserdação é por meio de testamento com expressa declaração da causa (artigo 1.964 do CC).

O legislador não incluiu os demais herdeiros (colaterais) como passíveis de serem deserdados, pois o testador pode dispor de seus bens por testamento sem contemplá-los (artigo 1.850 do CC).

Pelo rol trazido pelo artigo 1.829 do Código Civil (2002), um herdeiro colateral poderá participar da sucessão legítima quando não houver a figura dos herdeiros necessários. Caso o testador não tenha testado todos os seus bens, esse herdeiro

colateral (irmão, primo, tio, etc.) receberá a totalidade da legítima; para que o mesmo não seja beneficiado em nada, os interessados (terceiros, herdeiros testamentários) em sua exclusão poderão ajuizar ação de indignidade.

A indignidade também caracteriza uma forma de excluir um herdeiro da sucessão; no entanto, tal instituto se diferencia da deserdação por excluir não somente os herdeiros necessários, mas também os testamentários, os colaterais, e as demais pessoas passíveis de serem beneficiadas com a legítima que tenham cometido uma das causas previstas na lei.

Cateb apresenta um conceito para a deserdação:

A deserdação é, portanto, uma faculdade que tem o autor da herança para privar seus herdeiros necessários ou ou legitimários de sua legítima, se incorrem em uma das causas legais, elencadas nos arts. 1.814, 1.962 e 1.963 do CCB/2002. Sua finalidade é similar à da indignidade, isto é, excluir o herdeiro da sucessão. (CATEB, 2004, p. 100).

É possível perceber o efeito devastador que a deserdação causa; onde um parente tão próximo ao testador é excluído de toda a sucessão através de uma cláusula testamentária. Esse parente excluído é taxado como se morto fosse ao momento da sucessão (caput do artigo 1.816, CC), ou como se nunca houvesse existido para a sucessão, passando a seus herdeiros o direito de participarem da sucessão legítima, por meio da representação.

Conforme dispôs Cateb na transcrição acima, a lei traz determinadas causas legais que devem ter ocorrido para que haja a possibilidade de utilização de tal cláusula em testamento.

Interessante é o fato de que, não somente os ascendentes possuem o poder de deserdar seus descendentes, como também ocorre no inverso; os descendentes podem deserdar seus ascendentes.

Não é comum ocorrer a deserdação. Existe atualmente uma grande repulsa a esta modalidade de exclusão de herdeiros.

Normalmente as pessoas não conseguem se imaginar utilizando tal instituto. É comum de se ouvir por comentários, ou por noticiário em telejornais, filhos agredindo os pais que já possuem uma idade avançada. Este ato de agressão pode configurar o caso de deserdação previsto no rol legal trazido pelo artigo 1.962, inciso I – ofensa física. Porém, o número de pessoas que o utilizam é praticamente deserto.

O que se costuma ver e ouvir é o perdão; o amor materno e paterno incondicional prevalecendo sobre o ódio e o desgosto de tal parente que cometeu o ato configurador do motivo para a deserdação. Por isso que este instituto é tão repudiado; taxado

como odioso, onde um parente tão próximo pertencente ao mesmo seio familiar exclui um pai, uma mãe, ou seu próprio filho de sua sucessão; desejando que o mesmo seja considerado morto ou não existente em referência à sucessão de seu patrimônio.

A respeito da deserdação, Dias cita a opinião de Rizzardo e Beviláqua:

A tendência da doutrina é abolir a deserdação, nada mais do que uma forma de perpetuar ressentimentos, até porque, conforme bem observa Clóvis Beviláqua, os efeitos legais da indignidade bastam para excluir da herança os que realmente não a merecerem. Mas o instituto se mantém. Repete o Código Civil o texto da lei anterior, trazendo somente um avanço: excluiu a desonestidade de filha que vive em casa paterna como causa de deserdação (CC/1916 1.744 III). Este dispositivo, além de inconstitucional, dispunha de injustificável ranço discriminatório contra a mulher e, em boa hora, foi eliminado.

(RIZZARDO, p. 527, apud BEVILÁQUA, p. 204, apud DIAS, 2010, p. 319).

Os autores acima mencionados destacam a tendência presente na doutrina brasileira de abolir o instituto da deserdação; afirmando que a mesma pode ser substituída pela exclusão por indignidade, que possui o mesmo efeito e abrange não só os herdeiros necessários, como qualquer indivíduo sucessível, inclusive o legatário.

Ainda em referência à transcrição, observam os juristas que somente houve uma mudança no tocante à deserdação na transferência do ordenamento civil de 1916 para o de 2002, que abordava sobre a causa de deserdação sobre a desonestidade de filha que vive em casa paterna, hoje abolido.

Sobre a tendência encontrada na doutrina em abolir tal instituto, dispõe Orozimbo Nonato, mencionado por Gonçalves:

Na mesma trilha, manifesta-se Orozimbo Nonato, afirmando que o instituto da deserdação reflete, de certo modo, a dureza dos costumes antigos e arma o autor da herança de poderes para impingir castigos e anátemas que não deveriam partir de quem “passa da vida presente e cujos pensamentos se devem purificar no crisol das grandes renúncias e do perdão”. (NONATO, p. 144, apud GONÇALVES, 2012, p. 423).

Desta forma, Gonçalves cita Orozimbo Nonato que possui o entendimento favorável à abolição do instituto da deserdação, por entender que o mesmo é retrógrado.

Porém, o autor da herança deve possuir esse poder de deserdar os herdeiros necessários que contra ele pratiquem atos indignos e ofensivos; pois seu patrimônio foi adquirido mediante o seu próprio esforço e trabalho; conforme dispõe Gonçalves, mencionando Zeno Veloso:

Não se deve, pois, retirar a possibilidade de uma pessoa deserdar herdeiro seu, como assinala Zeno Veloso, acrescentando: “Pode haver necessidade e ser de inteira justiça que essa providência extrema tenha de ser tomada. Não se olvide que a privação da legítima só é possível se o acusado praticou algum ato ignóbil, previsto na lei como ensejador da medida. Jamais ocorre por puro arbítrio do testador”. (VELOSO, p. 308-309, apud GONÇALVES, 2012, p. 424).

Pela transcrição acima, o autor citado por Gonçalves entende que deve ser mantido o instituto da deserdação; pois tal poder não pode ser retirado do próprio autor da herança; pois o mesmo somente deserdará um ou vários de seus herdeiros necessários pelas causas tipificados em lei, já que somente por elas será possível ocorrer a deserdação; reduzindo a possibilidade de o testador cometer tal ato por mero capricho.

Mesmo a deserdação sendo polêmica e havendo uma grande quantidade de posicionamentos doutrinários em desacordo com o legislador pátrio, vários outros países além do Brasil também se utilizam de tal instituto, como por exemplo: Portugal, Espanha, Suíça, Áustria, Alemanha, Argentina, Uruguai, Paraguai, Peru, Chile Colômbia e Macau. (GONÇALVES, 2012).

2.2 REQUISITOS DA DESERDAÇÃO

A deserdação somente ocorrerá quando houver a presença de herdeiros necessários; desta forma, o primeiro requisito para que seja possível a ocorrência da deserdação é a existência dos herdeiros necessários (artigo 1.845 do CC).

Se quando da morte do testador nenhum herdeiro necessário se encontrar vivo, a cláusula testamentária que o previa será declarada nula, assim como todas as outras que dela dependia, se houver. (VENOSA, 2010).

Não há a possibilidade de deserdar herdeiro que não seja o necessário; pois, caso o testador desejar que seus primos, irmãos ou tios (herdeiros colaterais) não sejam beneficiados com sua herança, basta que o mesmo teste todos os seus bens a quem desejar não os aquinhoando com nada (artigo 1.850).

E caso haja uma das causas previstas no artigo 1.814 do Código Civil (2002), tal herdeiro colateral pode ser declarado indigno de receber a herança, mesmo quando o testador, por desconhecimento da causa, tenha disposto algum bem ao mesmo; cabendo aos demais interessados na sua exclusão, impetrar a ação correspondente.

A deserdação somente poderá ser ordenada em testamento. Logo, somente o autor da herança possui a capacidade de deserdar um herdeiro necessário, devido ao caráter personalíssimo do testamento.

Deste modo, o segundo requisito encontrado para a deserdação é a manifestação da vontade de deserdar presente em uma cédula testamentária válida.

A deserdação não produzirá efeitos quando o testamento for declarado nulo pelo magistrado, revogado, rompido ou caduco. (GONÇALVES, 2012).

O legislador pretendeu dificultar o procedimento de exclusão do herdeiro necessário, haja vista que o testamento é um dos atos mais solenes previstos no ordenamento civil atual.

Além de somente ser ordenada em testamento; quando mencionada em uma das cláusulas testamentárias, a deserdação só terá eficácia quando o testador declarar expressamente a sua causa, ou seja, uma das modalidades de ensejamento da deserdação previstas nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil de 2002.

Portanto, encontra-se mais uma imposição do legislador para a eficácia da deserdação; a declaração expressa de sua causa deve constar na cédula testamentária (artigo 1.964 do CC).

No entanto, a lei não dispôs como deve ser feita tal declaração em testamento, com isso, entende-se que a simples menção da vontade de deserdar e a declaração expressa da devida causa prevista em lei, já se configuram hábeis a promover a deserdação do herdeiro necessário.

Em referência ao testamento, o Código Civil (2002) também não mencionou uma modalidade exclusiva para a eficácia da deserdação, abrindo margem à interpretação extensiva de que poderá ocorrer em qualquer modalidade; seja por testamento cerrado, militar, excepcional, aeronáutico, etc.

O terceiro requisito que pode se apontar, é de que somente o autor da herança poderá deserdar um herdeiro necessário.

Tal capacidade compete somente a ele; não poderá ser designado em cláusula testamentária que terceiro, ou mesmo um herdeiro escolha um de seus herdeiros necessários para ser deserdado, isso é impossível. No entanto, os demais herdeiros podem influenciar na designação da deserdação. Aqueles filhos que ficam infiltrando na cabeça de seus pais que determinado filho não o ajudou no momento específico de enfermidade, que não ligou para saber como estava, mesmo que tais afirmações podem não condizer com a verdade, influenciam na decisão do testador.

O quarto requisito que pode ser apontado é a declaração expressa da causa que se encontra prevista em lei.

Tais causas legais, conforme já mencionado anteriormente, estão previstas nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil (2002), cujo rol lá encontrado é taxativo, não existindo, ainda, outras causas para que ocorra a deserdação.

Quando o testador descreve em seu testamento outro motivo para a deserdação que não seja um destes presentes no texto da lei, a cláusula testamentária que o abriga será nula. (MONTEIRO, 1995).

O quinto requisito para que ocorra a deserdação é a propositura de ação ordinária. Pois, de nada adiantará o testador dispor em testamento válido, mediante uma cláusula/disposição testamentária contendo a declaração expressa da causa da deserdação; se, posteriormente à abertura do testamento, os herdeiros interessados pela deserdação não promoverem a ação ordinária e provarem, em seu curso, a causa da deserdação alegada pelo testador (artigo 1.965 do CC).

Tais herdeiros interessados podem ser: demais herdeiros necessários, herdeiros testamentários, legatários, Ministério Público e até o Município, se os demais interessados citados anteriormente não existirem na abertura do testamento. (GONÇALVES, 2012).

A exigência de comprovação mediante ação por herdeiros, legatários ou demais interessados pela declaração da deserdação, se encontra presente no cuidado tomado pelo legislador para evitar que abusos por parte do testador ocorram quando o mesmo manifestar sua vontade de deserdar um herdeiro necessário. (VENOSA, 2010).

Um sexto requisito pode ser apontado; contudo, tal requisito é de não incidência da deserdação que ocorrerá quando houver perdão por ato autêntico ou por testamento, em acordo com o artigo 1.818 do Código Civil (2002).

A respeito deste sexto requisito, Venosa menciona Pontes de Miranda:

O perdão só pode ser, evidentemente, posterior ao testamento que inseriu a deserdação. Se o testador revoga o testamento e não repete a disposição de deserdação em sua última vontade, está sem efeito o testamento revogado e não há deserdação. O perdão é implícito. Pode, porém, o testador perdoar expressamente o deserdado, assim como o indigno, em novo testamento e também por ato autêntico. Embora o art. 1.818 se insira nas disposições da indignidade, não há razão para inadmitir o perdão ao deserdado dessa forma (Miranda, 1973, v. 58:251). [...] O ato autêntico do perdão, contudo, não pode dar margem a dúvidas. Meras promessas de perdão ou inferências da atitude do testador são irrelevantes. (MIRANDA, 1973, apud VENOSA, 2010, p. 320).

Entendem os autores citados acima que o deserdado pode ser perdoado em testamento posterior ao que continha a cláusula deserdatória.

Porém, caso o testamento posteriormente editado pelo testador, não repita a cláusula testamentária contendo a deserdação, entender-se-á que o mesmo desejou revogar tal disposição, não sendo necessário haver uma cláusula contendo o perdão deste herdeiro, já que para o direito, tal deserdação nunca existiu.

A inclusão de tal perdão em testamento pode ter somente o efeito sentimental no caso onde o herdeiro obter conhecimento de que foi deserddado, e, posteriormente, o autor da herança, arrependido, incluir uma cláusula contendo o perdão, surpreendendo seu herdeiro necessário.

2.3 CASOS DE DESERDAÇÃO

Cumpramos examinar agora os casos em que ocorre a liberalidade de utilização dessa pena civil.

O artigo 1.961 do Código Civil (2002) dispõe que os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserddados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Pelo artigo acima mencionado, os herdeiros necessários do testador sujeitam-se à deserdação em todos os casos enumerados no artigo 1.814 do Código Civil (2002) que também configuram os casos de exclusão de herdeiros ou legatários por indignidade: a) que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; b) que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; c) que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Os casos acima mencionados serão analisados separadamente no tópico 2.6.1.

Além das causas mencionadas pelo artigo 1.814 do mesmo ordenamento, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes, ou também, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes, atentando contra a vida, a liberdade e a honra do autor da herança, as demais probabilidades previstas nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil (2002): (CATEB, 2004).

I – Ofensas físicas: As ofensas compreendem a agressão de qualquer maneira, desde que sejam físicas. Não será possível o testador deserddar um herdeiro necessário por ofensa moral com base neste inciso. A ofensa moral (quando não for considerada injúria grave, conforme veremos no inciso II) pode acarretar uma responsabilidade civil de indenização, mas não de deserdação.

Sobre o grau e natureza da ofensa física, entende Monteiro (1995, p. 238) que “relativamente às ofensas físicas, ainda que de natureza leve, autorizam a deserdação. Sevícia demonstra desamor, falta de carinho e de respeito, legitimando por isso a deserdação”.

Deste modo, o autor acima transcrito entende ser causa para deserdação a ofensa física mesmo que de natureza leve; pois configura o desamor, a falta de respeito para com a pessoa do testador; no mesmo sentido, entende Gonçalves:

A ofensa física ou sevícia demonstra falta de afetividade, de carinho e de respeito, legitimando por isso a deserdação. Não se exige a reiteração. Basta uma única ofensa física que um filho cometa contra seu pai, ou uma filha contra sua mãe, por exemplo, para que a hipótese de deserdação seja cogitada. (GONÇALVES, 2012, p. 429).

O autor entende que não prescinde para caracterizar a deserdação, a reiteração do ato; somente cometido uma única vez, já estará “consumado” o motivo para que ocorra a deserdação.

Percebe-se que há uma fragilidade presente na deserdação por ofensa física; pelo que a doutrina aponta, qualquer machucado, lesão corporal ou ferimento causado por herdeiro necessário ao autor da herança, acarretará a causa para a deserdação por ofensa física.

Contudo, convém esclarecer que tal ato ofensivo praticado deve ser doloso, ou seja, deve haver a intenção de machucar o testador. Caso seja culposos, ou melhor, sem a vontade de agredir o autor da herança, não caracterizará esta causa para deserdação.

Um exemplo da modalidade culposa no caso da ofensa física, se dá no caso de um pai que ao guardar o carro na garagem atropela acidentalmente seu filho; ou um filho que ao brincar com sua espingarda de chumbo acaba acertando um tiro em sua mãe; tais casos não configuram o dolo, a vontade explícita de machucar o ascendente ou descendente.

Importante destacar mais uma vez que tanto o pai pode deserdar um filho, como um filho pode deserdar o pai.

Para caracterizar a ofensa física não é necessária a condenação criminal, uma vez que o artigo 935 do Código Civil (2002) estabeleceu a independência entre a responsabilidade civil e a criminal. (GONÇALVES, 2012).

Porém, deverá haver a comprovação da causa da deserdação alegada no testamento. O ato ofensivo praticado por um herdeiro necessário ao autor da herança deverá ser provado.

Tal comprovação poderá ser feita por herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação num prazo decadencial de quatro anos a contar da abertura do testamento (artigo 1.965 do CC).

Dispõe Cateb (2004, p. 111) que “tanto o herdeiro poderá ajuizar a ação negatória do motivo da deserdação, como o interessado na exclusão ajuizar a ação positiva”.

No caso da ofensa física, poderá ser comprovado mediante um boletim de ocorrência emanado no dia em que houve a agressão; ou o laudo médico proferido por profissional de saúde que atendeu o ofendido; ou, na melhor hipótese de comprovação, a condenação criminal do ofensor; dentre outros.

No caso de legítima defesa contra o autor da herança, o herdeiro necessário não poderá ser deserddado por ofensa física. (Cateb, 2004).

Caso não for possível se provar a ofensa física alegada em testamento pelo autor da herança, a cláusula que a contém perderá sua eficácia; sendo declarada nula pelo magistrado, devendo o herdeiro necessário acusado de lesão corporal participar da sucessão legítima normalmente.

Em jurisprudência proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em grau de Recurso Especial com número 124.313 – SP, não conhecido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, os recorrentes Maria Terezinha Barbosa Borges e seu cônjuge impetraram ação de deserdação contra o irmão da recorrente, Orival Roberto Barbosa da Silva; alegando que o mesmo agredia fisicamente a autora da herança (mãe das partes), que devido a isto, mediante um testamento público resolveu deserddá-lo.

A decisão foi recente, datada em 16 de abril de 2009. O voto do ministro foi pela improcedência do pedido da recorrente por o mesmo entender que as agressões foram posteriores à data da elaboração do testamento; ficando tal cláusula testamentária sem a devida motivação legal, sendo, desta forma, nula. Conforme pode-se verificar a ementa do voto abaixo:

ACÇÃO DE DESERDAÇÃO EM CUMPRIMENTO A DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA.
1. EXCETO EM RELAÇÃO AOS ARTS. 1.742 E 1.744 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, OS DEMAIS DISPOSITIVOS LEGAIS INVOCADOS NO RECURSO ESPECIAL NÃO FORAM PREQUESTIONADOS, INCIDINDO OS VERBETES SUMULARES 282 E 356, DO STF.
2. ACERTADA A INTERPRETAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUANTO AO MENCIONADO ART. 1744, DO CC/1916, AO ESTABELECEER QUE A CAUSA INVOCADA PARA JUSTIFICAR A DESERDAÇÃO CONSTANTE DE TESTAMENTO DEVE PREEXISTIR AO MOMENTO DE SUA CELEBRAÇÃO, NÃO PODENDO CONTEMPLAR SITUAÇÕES FUTURAS E INCERTAS.
3. É VEDADA A REAPRECIACÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO QUANTO AO MOMENTO DA SUPOSTA PRÁTICA DOS ATOS QUE ENSEJARAM A DESERDAÇÃO, NOS TERMOS DA SÚMULA 07, DO STJ.
RECURSO NÃO CONHECIDO. (BRASIL, 2009).

II – **Injúria grave:** O Código Civil (2002), ao tratar desta modalidade de deserdação, a definiu em seu próprio nome como “grave”; não abrindo portas para a doutrina questionar sua dimensão, se deve ser considerado como causa de deserdação a injúria leve ou não. Não poderá; pois, foi o próprio legislador quem já definiu o alcance da injúria.

Convém trazer o conceito de injúria, previsto no artigo 141 do Código Penal (1941) que no saber de Julio Fabbrini Mirabete:

A injúria é crime comum e pode ser praticada por qualquer pessoa. [...] A conduta típica é ofender a honra subjetiva do sujeito passivo, atingindo seus atributos morais (dignidade) ou físicos, intelectuais, sociais (decoro). Não há na injúria imputação de fatos precisos e determinados, como na calúnia ou difamação, mas apenas de fatos genéricos desonrosos ou de qualidades negativas da vítima, com menosprezo, deprecição, etc. (MIRABETE, 2001, p. 902-903).

Portanto, a injúria, para ser caracterizada como grave, deverá ser observada pelo momento em que foi proferida; pelo que havia ocorrido antes entre os indivíduos envolvidos; pela condição pessoal do autor da herança; pelos lugares que costumava frequentar; dentre outros. Tais atributos deverão ser analisados e julgados pelo magistrado.

A mesma deverá ser dirigida diretamente ao testador, como expôs Mirabete na transcrição acima. Não configurará a injúria para o autor da herança quando a ofensa verbal for direcionada a outras pessoas (ascendentes e descendentes), com exceção do cônjuge ou companheiro do testador, pois o novo Código Civil (2002) em seu artigo 1.814, inciso II inovou com esta hipótese de deserdação e também de exclusão por indignidade; quando, pelo instituto em análise, um herdeiro necessário dirigir qualquer ofensa moral que configure crime contra a honra do cônjuge ou companheiro do autor da herança. (GONÇALVES, 2012).

Não haverá injúria quando tais xingamentos ou apontamentos forem proferidos por simples discussões ou mesmo através de brincadeiras feitas com o testador. Tudo dependerá da ocasião e do sentimento pessoal do testador; pois, o mesmo pode aceitar a brincadeira feita com ele, ou não. Portanto, se a ofensa dirigida ao mesmo for mediante um momento de descontração; porém, o assunto veiculado por ela for de extremo desagrado para o testador, poderá configurar a causa para deserdação.

Assunto de extrema polêmica na atualidade, o “bullying”, é uma modalidade de tortura psicológica onde determinados indivíduos se utilizam de fragilidades ou características de determinadas pessoas para a humilharem e a agredirem não

somente na forma física, como principalmente e permanentemente na forma mental; seja pelo peso, pela altura, por uma deficiência, por sexualidade, por etnia ou por preferências musicais da pessoa ofendida.

O “bullying” é mais comum de ocorrer na infância, no período escolar; no entanto, também poderá ocorrer na fase adulta de um indivíduo, inclusive dentro de sua casa pelos próprios familiares.

Portanto, quando se configurar o “bullying” cometido por herdeiros necessários ao autor da herança, por sua natureza de causar sofrimento, dor e angústia ao mesmo; estará consumada a injúria grave capaz de deserदार o ofensor de tais insultos reiterados, podendo ser esse ofensor o pai, a mãe, o filho ou filha.

Monteiro cita interpretações interessantes da jurisprudência, conforme pode-se verificar:

a) pedido de interdição do testador, formulado pelo herdeiro, não configura injúria grave capaz de acarretar-lhe o castigo; b) também não a autoriza o uso regular de ação, embora ao articular os fatos qualificativos do pedido, o autor venha a exceder-se magoando o testador, e vindo afinal a decair, por não haver comprovado sua intenção; c) não constitui motivo para deserदार ter-se insurgido o herdeiro contra doação efetuada pelo testador e contra este proposto ação; d) de modo idêntico, ser o herdeiro de idade avançada, cego e portador de alienação mental; e) haver requerido destituição do testador do cargo de inventariante, bem como a entrega de certo legado; f) mas, concubinato em que viva o descendente pode constituir injúria grave aos pais da pessoa amasiada, capaz de justificar-lhe a exclusão. (MONTEIRO, 1995, p. 239).

Observa-se o grande número de modalidades para deserदार em referência à injúria grave na jurisprudência; sobre a letra “f” da transcrição acima, mesmo sendo referente ao Código de 1916, Gonçalves (2012, p. 430) observa que “esta última hipótese ainda encontra aplicação, tendo em vista que o Código de 2002 distingue união estável de concubinato, que pressupõe relacionamento entre pessoas impedidas de casar (art. 1.727)”.

Em jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em grau de Recurso de Apelação com número 1.0707.01.033170-0/001, onde os apelantes Kleber Jesus Braga e outros pleiteiam a herança de seu pai para seus filhos; netos do autor da herança. O apelado, Sr. Edelson Antônio Braga, deserदार todos os seus filhos por injúria grave.

Em acórdão proferido pela 6ª Câmara Cível de Minas Gerais em 05 de setembro de 2006, o Desembargador relator Maurício Barros e os demais desembargadores entenderam que através da prova testemunhal, ficou comprovado o motivo de injúria grave para a deserदार; e que não é possível que os herdeiros deserदारos façam o

pleito por seus filhos, netos do autor da herança, pois os mesmos não cumprem o requisito necessário para a legitimidade da ação, posto que estão requerendo direitos de outrem. Caso os terceiros se sentirem prejudicados pela deserdação, deverão pleitear seus direitos em seu próprio nome, conforme fica possível verificar pela ementa do acórdão abaixo:

EMENTA: CIVIL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CAUSAS DE DESERDAÇÃO-CAUSAS APONTADAS NO TESTAMENTO E COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL – PEDIDO IMPROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA. EXCLUSÃO DOS HERDEIROS DO TESTAMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO.

1. Tendo o falecido exarado em testamento a firme disposição de deserdar os filhos, apontando as causas de deserdação, e havendo comprovação desses fatos, deve ser mantida a disposição de última vontade do testador.
2. É incabível a discussão afeta à exclusão dos filhos dos deserdados do testamento, porque ausente legitimação dos autores para tal pleito, nos termos do art. 6 do CPC. V.V. (BRASIL, 2006).

III – Relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto, ou ainda com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta: Tal ato caracteriza-se pela falta de respeito que é necessário no ambiente doméstico familiar, e por isso é um dos motivos para ocorrer a deserdação.

Sobre este inciso, expõe Cateb o entendimento de Gomes:

Existe o parentesco civil, constituindo impedimento para o matrimônio e as relações ilícitas a que se refere o CCB/2002 configuram incesto e adultério, constituindo sua prática uma grave injúria no sentido particular da expressão. (GOMES, p. 211, apud CATEB, 2004, p. 114).

O autor acima mencionado nada mais afirma do que o próprio ambiente saudável que deve haver no relacionamento familiar. Onde o costume de nosso país não condiz com tal ato libidinoso envolvendo estes determinados indivíduos previstos neste inciso, pois o mesmo viola a moral e desrespeita o indivíduo que foi ofendido pelo ato e também à sociedade em volta, que repudia tais relacionamentos.

O legislador ao elaborar este inciso não pensou somente no âmbito familiar do autor da herança e em seus preceitos individuais; mas também nos costumes de nosso país e da sociedade em volta de tal família; pois, não somente a moral do testador irá ser abalada, mas também a população que não aceita tal manifestação de libertinagem entre estes indivíduos. Deste modo, o legislador pretendeu defender o costume e a moral presente até hoje em nosso país.

A lei não deixou expresso o tipo de relação; porém, a doutrina entende que a jurisdição, no caso em questão, desejou significar no texto legal, as relações sexuais; pouco importando que tais relações sejam hétero ou homoafetivas. (VENOSA, 2010).

Essas relações são também consideradas como adúlteras e de incestuosas devido ao parentesco em afim na linha reta entre o padrasto e enteada ou entre a madrasta e enteado, já que o parentesco não se extingue com a dissolução do casamento que lhe deu origem. (DINIZ, 2010).

Tal relação configura ainda um impedimento matrimonial, conforme verificado acima, previsto nos artigos 1.521, inciso II e no 1.595, parágrafo 2 do Código Civil (2002), pois tais indivíduos, mesmo após a dissolução do casamento, são considerados parentes em afim.

IV – Desamparo do ascendente, descendente ou neto em alienação mental ou grave enfermidade: A falta de atenção e cuidados com o testador podem causar motivos para a deserdação.

O inciso IV trata do caso de enfermidade mental; porém, o indivíduo que possui tal enfermidade não possui a capacidade para manifestar sua vontade e ser considerado válido seu testamento. Desta forma, a deserdação somente poderá ocorrer se, posteriormente, o autor da herança recuperando-se da enfermidade mental conseguir manifestar sua vontade validamente, incluindo tal cláusula em testamento. Do contrário, não poderá deserdar seu herdeiro necessário, não podendo também ser excluído por indignidade impetrada pelos indivíduos que serão beneficiados pela exclusão do mesmo que não cumpriu com seu dever moral de cuidado com seu parente tão próximo; pois tal causa não se encontra prevista no artigo 1.814 do Código Civil (2002).

A respeito deste inciso, dispõe Monteiro:

O egoísmo que o herdeiro demonstra com seu procedimento é de molde a coonestar a represália do testador, privando-o da legítima. Todavia, já se decidiu que a internação do testador como indigente num hospital durante grave enfermidade não autoriza a deserdação, se não se prova que o filho tinha recursos para custear o tratamento.

(MONTEIRO, 1995, p. 240).

Portanto, entende Monteiro que tal inciso inserido pelo legislador faz jus como uma das causas legais de deserdação, devido ao egoísmo manifestado pelo herdeiro em não ajudar o autor da herança quando necessário. Cita inclusive um caso de jurisprudência, onde o herdeiro que não possui recursos financeiros para custear

o tratamento de seu parente testador pode interná-lo como indigente, sem correr contra ele a causa necessária para a deserdação.

Sobre este desamparo ao testador, observa Venosa:

O desamparo é eminentemente econômico, na medida do que podia o descendente amparar. Todavia, não se descarta o desamparo moral e intelectual da dicção legal. O caso concreto e o prudente exame das circunstâncias pelo juiz ditarão a procedência da causa de deserdação. O testador deve descrever a enfermidade e a forma do desamparo, ainda que sucintamente. (VENOSA, 2010, p. 326).

Venosa, na transcrição acima, entende que o desamparo ocorre não somente na modalidade econômica, mas também na modalidade moral e intelectual do autor da herança; sendo que em todos estes casos deverá deixar a causa expressa e sucinta que o motivou a deserdar tal herdeiro. O testador ao recuperar-se da enfermidade mental, ou quando não for mental, mas sim física, for possível ao mesmo fazer um testamento válido, deverá fazê-lo; cabendo ao magistrado analisar caso a caso.

O desamparo espiritual também pode ser incluído como causa para deserdação nos casos de enfermidade. (GONÇALVES, 2012).

Estas são as causas de deserdação incluídas pelo legislador no Código Civil de 2002.

Atualmente, a afetividade vem sendo cada vez mais discutida no âmbito jurídico brasileiro. Seu conceito remonta ao ínfimo dos deveres de uma família, qual seja: o carinho, o afeto, o respeito, a gratidão e o amor; porém não compreende somente a estes sentimentos.

O afeto também compõe o dever de assistência dos pais para com os filhos, mesmo que não haja amor, ou outro sentimento caridoso entre eles, deve haver a assistência, conforme estipula os artigos 227 e 229 da Constituição Federal (1988), assim como os filhos também possuem o dever de amparar os pais na velhice ou enfermidade. (GUERRA, 2011).

Bruna Pessoa Guerra, em artigo científico publicado a respeito do desamparo afetivo entende que:

Cumprе enaltecer que o desamparo afetivo é infinitamente mais grave e violento do que o desamparo em um único momento da vida de uma pessoa, como é a previsão atual do Direito Sucessório. O Código Civil de 2002 foi antiquado ao restringir “desamparo” apenas nas hipóteses de doença mental ou enfermidade grave. (GUERRA, 2011).

A autora acima mencionada entende que o desamparo afetivo também deverá ser incluído como uma extensão do entendimento da própria palavra “desamparo”,

que originalmente se encontra prevista pelo legislador somente o desamparo abrangendo as hipóteses de doença mental ou grave enfermidade.

Justifica Guerra que o desamparo afetivo é mais gravoso e acarreta mais consequências na vida do autor da herança, do que o desamparo ocorrido em um dos momentos difíceis da vida, ficando assim, configurada uma causa real para ocorrer a deserdação.

O desamparo afetivo produz efeitos negativos durante toda a vida do testador; sendo mais devastador que os demais casos de deserdação previstos. Deste modo, Guerra entende haver a necessidade de inclusão da causa do desamparo afetivo no direito sucessório brasileiro, para que seja possível a deserdação nestes casos.

Foi apresentado um projeto de Lei com número 118 de 2010 ao Senado Federal, onde prevê alterações no Código Civil brasileiro no tocante à deserdação; inserindo no capítulo V, mais causas de deserdação; e uma delas é referente à falta de afeto com o autor da herança. Tal projeto de lei ainda esta em trâmite, porém, já foi aprovado pelo Relator Senador Demóstenes Torres. (GUERRA, 2011).

O artigo que se refere à falta de afetividade encontra-se transcrito abaixo:

CAPÍTULO V

Dos Impedidos de Suceder por Indignidade

Art. 1.814. São impedidos de suceder, direta ou indiretamente, por indignidade:

I – aquele que houver provocado, ou tentado provocar, dolosa e antijuridicamente, a morte do autor da herança, ou de pessoa a ele intimamente ligada;

II – aquele que houver praticado, ou tentado praticar, dolosa e antijuridicamente, qualquer comportamento que venha a atingir a honra, a integridade física, a liberdade, o patrimônio ou a dignidade sexual do autor da herança, ou de pessoa a ele intimamente ligada;

III – aquele que houver abandonado, ou desamparado, econômica ou **afetivamente**, o autor da sucessão acometido de qualquer tipo de deficiência, alienação mental ou grave enfermidade;

IV – aquele que, por violência ou qualquer meio fraudulento, inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, furto, roubo, destruir, ocultar, falsificar ou alterar o testamento ou o codicilo do falecido, incorrendo também aquele que, mesmo não tendo sido o autor direto ou indireto de qualquer desses atos, fizer uso consciente do documento viciado. (SENADO, 2011).

Tal assunto é de extrema polêmica e complexidade, cabendo uma análise minuciosa aos indivíduos capacitados para sua legislação e aprovação; pois, tal modificação na lei, de certa forma, estará obrigando os indivíduos a amarem seus herdeiros necessários para receberem sua herança. Porém, tal sentimento não pode ser criado; ele nasce com as relações vividas pelos próprios indivíduos em seu dia a dia.

A aprovação desta modalidade de deserdação, para ser mais correta, deveria abranger somente o exposto pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 227 e 229 já citados; que regulam a assistência e amparo dos pais para com os filhos,

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

Contudo, tais deveres dos pais para com os filhos não são vitalícios; devem somente permanecer na infância e juventude deles. Não podem ser compelidos a amar, a abraçar, a beijar, a acariciá-los para demonstrarem que o amam; tais atitudes de controle e preocupação para com os mesmos, conforme estipulado pela própria Constituição Federal (1988) deixa mais do que claro que os pais amam seus descendentes.

E o ápice normativo brasileiro também já prevê que o filho deve amparar o pai na velhice, na carência e nas enfermidades.

Amor ou afetividade não pode ser medido por carinho. Cada pessoa tem dentro de si um modo de expressar tais sentimentos. O legislador não possui o direito de regular tal assunto que obrigue, de certa forma, um indivíduo a amar.

Este dispositivo, se aprovado, não terá sua eficácia no âmbito familiar, pois o amor não surge com a publicação de uma lei entrando em vigor no ordenamento jurídico.

2.4 PROVA DA VERACIDADE

Uma das condições para a eficácia da deserdação é a necessidade da prova de veracidade que deverá ser declarada mediante uma sentença acolhendo a causa mencionada na cédula testamentária.

O artigo 1.965 do Código Civil de 2002 dispõe que ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbirá provar a veracidade da causa alegada pelo testador; e seu parágrafo único expõe que o direito de provar a causa da deserdação extinguir-se-á no prazo decadencial de quatro anos, a contar da abertura do testamento.

O prazo decadencial de quatro anos apresentado pelo legislador, somente se iniciará com a abertura judicial do testamento.

Deste modo, o ato do testador de manifestar a sua vontade de deserdar através de um testamento válido, pode ser denominado como o ato iniciatório da deserdação; porque, somente a declaração de vontade do testador, não possui eficácia para deserdar um herdeiro necessário. É apenas a autorização para que os interessados ajuízem a ação declaratória da deserdação.

Para valer juridicamente, o mesmo dependerá da movimentação processual feita pelo herdeiro ou terceiro interessado na exclusão de determinado herdeiro necessário. Sobre o acima alegado, entende Monteiro:

Não basta, pois, declaração unilateral do testador. Essa declaração apenas autoriza o interessado a propor a ação competente [...]. O ônus da prova compete naturalmente ao autor e o interesse que legitima o ingresso deste em juízo é o econômico e não o moral. [...]. Dita ação não se substitui por simples justificação. (MONTEIRO, 1995, p. 241-242).

Desta forma, Monteiro observa que o ônus da prova compete ao interessado na exclusão do herdeiro a ser deserdado.

Caso o interessado que possui a capacidade para ajuizar determinada ação de deserdação não a fizer; o próprio herdeiro deserdado em testamento pode tomar iniciativa e impetrar ação negatória de deserdação por falta de provas, ou, pode o mesmo requerer que os demais herdeiros necessários provem o alegado no testamento, caso este, mais difícil ainda de ocorrer.

Convém mencionar que o herdeiro deserdado pode impetrar tal ação no prazo de quatro anos apenas para acelerar o seu recebimento da herança quando nenhum outro interessado na deserdação se manifestar. Caso contrário, se nem o herdeiro deserdado, nem os interessados pela deserdação se manifestarem, a mesma (cláusula deserdatória) será declarada ineficaz pelo magistrado, porém, o herdeiro que seria deserdado somente receberá a propriedade de sua parte na herança após o decurso do prazo decadencial de quatro anos da abertura do testamento.

Se o indivíduo interessado na exclusão do herdeiro necessário não conseguir provar a causa invocada para a deserdação, a disposição testamentária que a institui será nula, e as demais cláusulas que prejudiquem a legítima deste herdeiro também serão.

A respeito da finalidade de tal prova da deserdação, expõe Rodrigues:

A finalidade do dispositivo é a de evitar que o testador articule fato não verdadeiro contra seu herdeiro necessário, a fim de, afastando-o da sucessão, liberta-se da restrição à sua liberdade de testar. Representa, ademais, elementos de segurança oferecido aos descendentes e ascendentes, que, só poderão ser privados de sua legítima se efetivamente se provar, em juízo, em ação onde terão ampla liberdade de defesa, que eles, herdeiros necessários, realmente praticaram um dos atos compendiados pelo legislador como gravemente ofensivos à pessoa ou à honra do testador. (2010, p. 213).

Rodrigues entende que tal medida imposta pelo legislador de comprovar a causa deserdatória alegada em testamento pelo autor da herança, tem o condão

de proteção em referência à legítima dos demais herdeiros necessários; ficando o testador impedido e limitado de testar a totalidade de seus bens enquanto existir a pessoa dos herdeiros necessários.

Caso não fosse necessário comprovar a deserdação, o testador, para burlar a lei, declararia em testamento que deseja deserdar todos os seus herdeiros necessários; para que assim possa testar livremente seu patrimônio. Deste modo, entende o jurista mencionado acima que tal ação necessária para a validade da deserdação configura uma maior segurança ao ato; onde um indivíduo competente (magistrado) decidirá se tais provas realmente irão configurar a deserdação.

O Código Civil (2002) não traz um nome específico para a ação competente ao herdeiro deserdado, e nem aos interessados pela deserdação. Tal ação deverá ser declaratória, no sentido de declarar ou não a eficácia deserdação.

2.5 EFEITOS DA DESERDAÇÃO

O efeito que a deserdação busca, é o de excluir efetivamente o herdeiro necessário da sucessão.

Tal efeito compreende um castigo, uma pena que o autor da herança impõe àquele que lhe fez algum mal, podendo ser físico ou psicológico, conforme já analisado no tópico 2.3.

A respeito do efeito causado pela deserdação, observa Cateb:

É voz corrente entre os doutrinadores pátrios e, atualmente, uníssona interpretação do STJ, que os efeitos da deserdação são personalíssimos, quer pela semelhança com a indignidade, e aplicação analógica do texto legal, quer em decorrência de princípio constitucional, não permitindo que a pena vá além do criminoso. (2004, p. 124)

Deste modo, a deserdação somente penalizará o herdeiro necessário que foi o autor dos atos causadores de tal pena (artigo 1.816 do CC); sendo que, se este herdeiro necessário tiver filhos (netos do autor da herança, por exemplo), estes poderão representar seus pais na sucessão. Porque, como exposto anteriormente neste trabalho, o herdeiro deserdado, é tratado como se pré-morto fosse ao testador; no mesmo sentido, dispõe Dias (2010, p. 326) que “o deserdado recebe o mesmo tratamento como se pré-morto fosse. Deserdado o pai, os seus filhos recebem a herança do avô por representação”.

A deserdação não possui o condão de abranger os herdeiros do herdeiro que foi deserdado. Contudo, se aplica as mesmas restrições impostas ao indigno prevista

no parágrafo único do artigo 1.816 do Código Civil, onde o dispositivo expõe que o excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

Deste modo, o herdeiro deserddado em nada poderá se beneficiar da herança a que o mesmo foi excluído, não podendo administrá-la, nem ter usufruto da mesma e nem ser sucessor de seu herdeiro em relação aos bens herdados de seu ascendente que o deserddou; sendo estas restrições, mais um efeito da pena.

Não se admite a deserddação condicional e nem a parcial; conforme dispõe Venosa, comparando sua opinião com as de Viana e Nonato:

Não há meia deserddação. Se o testador não desejar o maior rigor ao ingrato, basta que disponha a outros da parte que não se inserir na legítima. Não deixa de ser um castigo, por exemplo, um filho receber menos que seus irmãos. O herdeiro ou é digno ou não é. Nossa lei não dá margem a interpretação diversa, não havendo norma expressa a esse respeito, como em direitos estrangeiros. A opinião, porém, não é unânime (Viana, 1987:167; Nonato 1957, v. 2:160). (VENOSA, 2010, p. 327).

Venosa entende que a deserddação não pode ser parcial, pois o ordenamento civil atual em nada prevê tal modalidade ou possibilidade; contudo, o mesmo jurista expõe não haver consonância entre a doutrina; já que outros juristas entendem ser possível que o autor da herança deserde parcialmente um herdeiro necessário. Além dos autores mencionados por Venosa, expõe Dias, citando Miranda:

A lei não fala em deserddação parcial, mas nem por isso é proibida. Admite Pontes de Miranda que o testador limite o quinhão do herdeiro deserddado, deferindo-lhe apenas uma fração da legítima. Por exemplo, pode o pai deserddar o filho, mas deixar-lhe um terço da herança. Também é possível que o pai deserde o filho e institua em seu favor um legado. O filho não recebe a herança, só o bem que lhe foi deixado. (MIRANDA, p. 248, apud DIAS, 2010, p. 325).

Desta forma, Dias e Miranda entendem ser possível a modalidade de deserddação parcial; onde o autor da herança deserda em parte um herdeiro necessário. Nesta modalidade de deserddação, os efeitos da mesma somente incumbirão sobre a parte que o testador desejar.

Venosa motiva seu entendimento, que é contrário à existência da deserddação parcial; pelo caso: se o autor da herança quiser castigar um herdeiro necessário; porém, não há a causa para deserddá-lo, ou, havendo a causa, não deseja deserddá-lo; o mesmo poderá se utilizar de sua metade disponível, aquinhoando os demais herdeiros e deixando de contemplar aquele que deseja prejudicar. Já que; quando

o testamento for aberto, tal herdeiro que não agradou o autor da herança receberá menos que seus irmãos ou demais indivíduos beneficiados em testamento. Àquele, somente caberá o que a legítima conter por estar previsto em lei.

Sobre a deserdação condicional, que somente geraria efeitos caso um evento incerto e futuro ocorresse; Dias também entende não ser possível e cita o entendimento de Miranda:

Ainda que não seja possível deserdar sob condição ou termo, tal não significa que o testador, tendo dúvida sobre a causa da deserdação, subordine sua eficácia à prova do motivo que não tem certeza ter acontecido. Cabe o exemplo: deserdo B se ficar provado que ele me injuriou na reunião ocorrida em tal data e local. O que não se permite é que a deserdação se refira a acontecimento futuro. (MIRANDA, p. 254, apud DIAS, 2010, p. 326).

Expõe a autora acima mencionada, que a modalidade condicional ou à termo da deserdação realmente não são possíveis. No entanto, caso o autor da herança tenha dúvidas sobre a ocorrência da causa da deserdação; o mesmo poderá subordinar a eficácia da cláusula por ele inserida em testamento aos terceiros interessados de provarem se em tal ocasião, realmente ocorreu uma das causas mencionadas pelo autor da herança, lembrando que deve ser uma das causas previstas em lei.

A respeito da posse e dos bens do defunto, cujo testamento contém a cláusula deserdativa, encontra-se uma dúvida sobre o princípio da saisine, conforme observa Gonçalves:

A dúvida é levantada em razão do princípio da saisine consagrado no artigo 1.784 do Código Civil, que estabelece adquirir o herdeiro, com a morte do *de cuius* e a abertura da sucessão, desde logo, a posse e a propriedade da herança. Mas, se ação de deserdação for julgada procedente, os seus efeitos retroagirão até esse momento. Daí a preocupação em preservar a integridade do monte para entregá-lo ao herdeiro instituído, ou aos outros beneficiados com a deserdação, se esta for confirmada em juízo, ou ao próprio deserddado, se for ele vencedor na referida demanda. (GONÇALVES, 2012, p. 436).

Como observado por Gonçalves; com a morte do autor da herança e a abertura da sucessão, os herdeiros legítimos e também os testamentários recebem a posse e a propriedade da herança. Tais institutos mencionados pela lei, posse e propriedade, possuem o sentido de afirmar que os bens envolvidos na sucessão já são dos herdeiros; porém, de todos, já que é considerado como se fosse um condomínio.

A problemática surge quando aparece no testamento do defunto a cláusula deserdativa de determinado herdeiro necessário.

Como existe a possibilidade de o mesmo ser privado de tais bens, não é confortável afirmar que o mesmo possui a posse e a propriedade da herança; devido a isto, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que os bens deverão ser deixados com um depositário judicial, se necessário e se houver, ou com o inventariante. Tais medidas possuem o objetivo de minorar os riscos de o herdeiro deserdado usufruir de algo que juridicamente não o pertencerá. (GONÇALVES, 2012).

Se o testamento for declarado nulo, a deserdação, e logicamente todos os seus efeitos também serão; mantendo a posição de herdeiro necessário aquele indivíduo que seria deserdado, já que todas as cláusulas testamentárias tornaram-se ineficazes. No entanto, os interessados em sua exclusão poderão ajuizar ação de indignidade por outras causas previstas em lei que entenderem se encaixar no caso em apreço, ou pela mesma causa que estava contida no testamento contra o herdeiro que seria deserdado mas não o foi pela nulidade do ato de disposição por última vontade.

2.6 CONCEITO DE INDIGNIDADE

A indignidade não é componente exclusivo da sucessão testamentária; no entanto, o testamento poderá ser utilizado em algumas situações envolvendo a indignidade conforme veremos a seguir.

A ordem da sucessão hereditária prevista no artigo 1.829 do Código Civil de 2002 (I – descendentes em concorrência com o cônjuge; II – ascendentes em concorrência com o cônjuge; III – cônjuge sobrevivente; IV – colaterais) apresenta uma razão de ordem ética. O legislador objetivou com este artigo, alcançar a vontade real ou pelo menos presumida do falecido ao escolher os parentes a lhe suceder.

Tal rol sucessivo apresentado pela lei presume a vontade real do defunto, tendo como parâmetro a proximidade, a afeição, o sentimento de gratidão ou, pelo menos, do acatamento e respeito à pessoa do “de cuius” e às suas vontades. (GONÇALVES, 2012).

Quando tais sentimentos são quebrados, contra a prática dos atos que se encontram previstos em lei, esses indivíduos presumidos pela lei como aqueles em que o defunto gostaria de beneficiar, poderão ser excluídos da sucessão.

Desta forma, os herdeiros também podem ser excluídos da sucessão por indignidade. Contudo, não somente eles podem ser declarados indignos, assim como os herdeiros testamentários e os legatários também.

Em referência à indignidade, a palavra herdeiros abrange a todos os herdeiros sucessíveis do defunto, quais são: herdeiros necessários, herdeiros colaterais e herdeiros testamentários.

Concluindo, a indignidade é uma sanção civil que acarreta na exclusão do herdeiro ou legatário que cometeu os atos ofensivos, criminosos ou reprováveis taxativamente previstos em lei, contra a vida, a honra e a liberdade do falecido ou de seus familiares; que os impede de receber qualquer bem do acervo hereditário daquele defunto. (DINIZ, 2010).

A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer dos casos de indignidade, será declarado por sentença. E o direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se no prazo decadencial de quatro anos, contados da abertura da sucessão (artigo 1.815 do CC).

2.6.1 CAUSAS DE EXCLUSÃO POR INDIGNIDADE

As causas que autorizam a exclusão dos herdeiros ou dos legatários da sucessão encontram-se previstas no artigo 1.814 do Código Civil (2002). Tais causas são taxativas; deste modo, somente aquelas previstas em lei poderão ser utilizadas como motivo legal.

As causas de exclusão por indignidade são:

I – Os que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.

Este inciso trata da mais grave de todas as causas, pois, demonstra a real falta de gratidão do herdeiro ou legatário que retira ou tenta retirar a vida do autor da herança.

Ainda que a lei fale em homicídio; também ficará excluído da herança aquele que comete o delito de induzimento ao suicídio, a eutanásia e o infanticídio. Tais crimes também configuram uma falta de cuidado e total desrespeito para com a vida do autor da herança. (DIAS, 2010).

Referente à representação da indignidade, observa Dias:

Para configurar indignidade é necessária a prova da prática do delito, mas não a prévia condenação do réu. Não cabe a exclusão se no juízo criminal ocorreu a absolvição pelo reconhecimento da inexistência do fato ou foi admitida causa excludente da ilicitude (CP 23): estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito. No entanto, se o juízo absolutório decorreu de falta de provas, nada impede o reconhecimento da indignidade. (DIAS, 2010, p. 306-307).

Portanto, Dias entende que para configurar a indignidade, prescinde a comprovação do delito, que conforme exposto anteriormente, deverá ser por

sentença. No entanto, para caracterizar a indignidade não há a necessidade de se aguardar a condenação do réu na esfera penal; pois, prevalece o princípio da independência da responsabilidade civil em relação à penal.

Contudo, não se poderá questionar sobre a existência do fato que almejou a indignidade, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões já se encontrarem decididas no juízo criminal.

Não caberá a exclusão se no juízo criminal ocorreu a absolvição do réu pelo reconhecimento da inexistência do fato, ou foi admitida umas das causas excludentes de ilicitude, quais sejam: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito; conforme discorreu Dias.

Expõe Gonçalves:

[...] Enquanto tais aspectos fáticos não estiverem definidos na esfera criminal, as ações cível e penal correrão independente e autonomamente, sendo apuradas ambas as responsabilidades, a civil e a penal. No entanto, se já foi proferida sentença criminal condenatória, é porque se reconheceu o dolo ou a culpa do causador do dano, não podendo ser reexaminada a questão no cível. Assim, a sentença criminal condenatória, com trânsito em julgado, sempre faz coisa julgada no cível. (GONÇALVES, 2012, p. 114).

Afirma Gonçalves, assim como Dias, que se houver a sentença penal condenatória, com o trânsito em julgado, fará coisa julgada também na área cível. Caso ainda não se encontre definida na esfera penal, o reconhecimento ou não do delito pela via cível, poderá correr normalmente e independentemente da penal.

No tocante ao inciso em comento, Diniz faz menção a Monteiro e Pereira, que também se manifestaram no assunto:

Não se estende, no caso, ao homicídio culposo por imprudência, imperícia ou negligência, como ainda não tem cabimento no *error in persona*; na *aberratio ictus* (CP, art. 20, parágrafo 3); nos casos de: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de um direito, loucura ou embriaguez (CP, arts. 23, I a III, 26 e 28, II). Em todas essas circunstâncias o ato lesivo não é voluntário, para efeito de afastar o agente da sucessão, visto que o dolo é elementar na determinação da causa da exclusão; daí não se pode cogitar de qualquer situação em que a perda da vida resultou de uma ausência de *animus necandi*. (MONTEIRO, p. 71, apud PEREIRA, p. 36, apud DINIZ, 2010, p. 51).

Os autores mencionados acima expõem os casos em que entendem não configurar os motivos para a declaração de indignidade.

Citam, na transcrição acima, não configurar a indignidade nos casos de crime cometido por erro sobre a pessoa (quando o indivíduo dispara um tiro e mata o pai, porém queria matar o vizinho); nos casos de homicídio culposo, onde o autor do

crime não teve a intenção de matar, seja por imprudência, imperícia ou negligência; nos casos de legítima defesa, estado de necessidade, e os demais elencados acima e mencionados também por Dias.

Os juristas fundamentam seu entendimento alegando que as determinadas circunstâncias não foram voluntárias, ou seja, não houve o dolo, que é a intenção de praticar o ato lesivo ao autor da herança.

O Código Civil (2002) oferece uma maior abrangência de tal modalidade de exclusão de indivíduos da sucessão não só legítima, como também a testamentária. Conforme explícito neste inciso, caso tais atos sejam cometidos contra o cônjuge ou companheiro, ascendente ou descendente do autor da herança, o autor de tais atos ofensivos poderá ser declarado indigno.

Desta forma, observa-se que o legislador ofereceu um conforto para a família do autor da herança, tipificando que se o crime for cometido contra eles também poderá ocorrer a exclusão do indivíduo criminoso.

Em jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em grau de Recurso de Apelação com número 0000078- 83.2005.8.26.0627, o apelante, Rogério Leal, é o irmão que já atingiu a maioridade, e o apelado é o Ministério Público em defesa dos demais herdeiros do falecido, que são menores, e da sociedade.

A lide do processo acima mencionado gira em torno de uma ação de indignidade impetrada pelo Ministério Público em face de Rogério Leal, herdeiro necessário, maior, que matou seu pai. Tal conduta homicida do herdeiro contra seu genitor já foi comprovada pelo juízo criminal e inclusive transitado em julgado.

Na decisão de primeira instância o Juiz Fernando Salles Amaral decidiu por declarar indigno o apelante, que não se conformando com a decisão apelou alegando não ser o Ministério Público legitimado para a presente ação, já que somente os interessados na exclusão do herdeiro possuem tal capacidade.

O desembargador relator, Claudio Godoy entende ter o Ministério Público a devida legitimidade para ajuizar tal ação e fundamenta sua decisão alegando que o Ministério Público, por ser um órgão que deve guarnecer a ordem jurídica, não pode silenciar-se num caso onde há um interesse não só dos demais herdeiros menores, mas também um interesse social e público em evitar que o herdeiro, ou mesmo se fosse um legatário, desnaturado, se beneficie da herança deixada por sua vítima.

Fundamenta ainda o desembargador relator, que o Ministério Público é parte legítima ativa para propor ação em prol de criança e adolescente; ao final decide através do acórdão de número 1.630 proferido em 28 de setembro de 2011, o

desprovimento do recurso de apelação e a devida legitimidade do órgão, conforme se observa pela ementa abaixo transcrita:

Indignidade de herdeiro necessário. Homicídio do autor da herança. Ação declaratória. Legitimidade ativa do Ministério Público. Inteligência do art. 1.815 do CC/02. Co-herdeiros, ademais, que são menores. Preservação de seus interesses, indisponíveis. Sentença mantida. Recurso desprovido. (BRASIL, 2011)

II – Os que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro.

O legislador, neste inciso, deixou claro que os crimes contra a honra do cônjuge ou companheiro do autor da herança, também serão casos para a declaração de indignidade.

Cateb (2004, p. 68) cita o entendimento de Itabaiana de Oliveira onde “o texto legal refere-se à denúncia caluniosa, à calúnia e à injúria, hipóteses previstas nos arts 138, 140 e 339 do Código Penal”.

Convém trazer o conceito de tais crimes que se cometidos irão caracterizar a causa para que haja a declaração de indignidade.

A denúncia caluniosa prevista no artigo 339 do Código Penal (1941) possui como tipo subjetivo, na visão de Mirabete:

O dolo do crime de denúncia caluniosa é a vontade de provocar a investigação policial, o processo judicial, a instauração de investigação administrativa, o inquérito civil ou a ação de improbidade administrativa, exigindo-se que o agente saiba que imputa a alguém crime que este não praticou. É mister, assim, que a acusação seja objetiva e subjetivamente falsa, isto é, que esteja em contradição com a verdade dos fatos e que haja por parte do agente a certeza na inocência da pessoa a quem se atribui a prática do crime; sem essa certeza não se configura o crime previsto no art. 339. (MIRABETE, 2001, p. 2082).

Deste modo, para configurar a denúncia caluniosa, exige-se que o agente saiba que o autor da herança não praticou o crime que o acusa ter praticado; porém, será desencadeado um processo judicial, sendo feita uma investigação policial, transtornando a vida do autor da herança, que, provavelmente, se sentirá ofendido e humilhado mediante tal ocorrência; acarretando nele a vontade de deserdar ou declarar indigno o autor de tal ofensa à sua integridade moral.

No tocante à calúnia prevista no artigo 138 do Código Penal (1941), Mirabete entende que:

Pratica o crime quem imputa, atribui a alguém, a prática de crime, ou seja, é afirmar, falsamente, que o sujeito passivo praticou determinado delito. É necessário, portanto, para a configuração da calúnia, que a imputação verse sobre fato determinado, concreto, específico, embora não se exija que o sujeito ativo descreva suas circunstâncias, suas minúcias, seus pormenores. Trata-se de crime de ação livre que pode ser cometido por meio de palavra escrita ou oral, por gestos e até meios simbólicos. Pode ser ela explícita (inequívoca) ou implícita (equivoca) ou reflexa (atingindo também terceiro). (MIRABETE, 2001, p. 882).

Pelo acima exposto, a calúnia, diferentemente da denunciação caluniosa, ocorre quando o autor do crime sai falando pela sociedade (não para autoridades jurídicas) que o autor da herança cometeu algum dos crimes previstos no Código Penal (1941), tal modalidade de crime contra a honra é tão abrangente que até os gestos ou meios simbólicos o caracterizarão.

A injúria, prevista no artigo 140 do mesmo ordenamento penal, já foi analisada nas causas da deserdação pelo tópico 2.3; e o lá contido também configura causa para a declaração de indignidade.

Convém ressaltar mais uma vez que os crimes aqui observados, quando cometidos contra o cônjuge ou companheiro do autor da herança, também configurarão a causa para a exclusão da sucessão por indignidade, já que o Código Civil (2002) expressamente o estipulou.

Em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, onde, em uma ação de deserdação, discute-se também a declaração de indignidade através de um Recurso Especial de número 11855122/RJ, o recorrente Carlos Ernanny Chagas de Melo e Silva afirma e comprova que em testamento válido, seu pai desejou deserdar seu irmão Drault Ernanny de Melo e Silva Filho (recorrido), pelos motivos de tê-lo caluniado e injuriado nos autos de inventário de sua esposa (mãe das partes, esposa do autor da herança), condutas essas que configurariam nos crimes de denunciação caluniosa e de injúria.

O Ministro relator do processo, Massami Uyeda na data de 17 de fevereiro de 2011 proferiu acórdão contrário ao desejo do recorrente, entendendo que o crime de denunciação caluniosa somente se configura quando feita em juízo criminal, e não em qualquer juízo; e que o ajuizamento de ação de interdição, por si só, não caracteriza uma causa a induzir a pena de deserdação do herdeiro. A ementa da decisão encontra-se abaixo:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE DESERDAÇÃO - MERO AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INTERDIÇÃO E INSTAURAÇÃO

DO INCIDENTE DE REMOÇÃO DA HERANÇA, AMBOS EM DESFAVOR DO TESTADOR SUCEDIDO - “INJÚRIA GRAVE” - NÃO OCORRÊNCIA - EXPEDIENTES QUE SE ENCONTRAM SOB O PÁLIO DO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE AÇÃO - DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA - EXIGÊNCIA DE QUE A ACUSAÇÃO SE DÊ EM JUÍZO CRIMINAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE AS AFIRMAÇÕES DO HERDEIRO TENHAM DADO INÍCIO A QUALQUER PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO OU MESMO AÇÃO PENAL OU DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA O SEU GENITOR - INVIABILIDADE, IN CASU, DE SE APLICAR A PENALIDADE CIVIL - RECURSO IMPROVIDO. (BRASIL, 2011).

III – Os que por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

O legislador ao elaborar este inciso, pretendeu preservar a solenidade do testamento estipulando que qualquer interferência no sentido de prejudicá-lo ocasionará a causa para exclusão por indignidade.

O testamento é um ato personalíssimo e importantíssimo, onde o testador expõe ali sua última vontade.

No tocante aos atos praticados para prejudicar o testamento, Cateb cita o entendimento de Maximiliano, conforme pode-se observar:

A lei pune aquele que atenta contra a liberdade de testar, por violência ou fraude, coação ou artifício, “não só quando impede a feitura do instrumento, ou consegue alterar o que estava pronto, como abusar da confiança do testador, exercer pressão sobre ele, iludi-lo, fazer, maliciosamente, crer em fatos não reais; mas também quando oculta, vicia, inutiliza ou falsifica o escrito revelador das disposições derradeiras do *de cuius*, ou embaraça o cumprimento delas”. (MAXIMILIANO, p. 104-105, apud CATEB, 2004, p. 71).

Os autores acima mencionados afirmam que a lei intenta punir aquele que ousa prejudicar a liberdade de testar, seja por artifícios fraudulentos, ou por violência. Tais atos podem se dar quando o indivíduo não só atrapalha na feitura do testamento, mas também quando o mesmo consegue alterar o ali contido, o falsifica, o oculta ou o inutiliza.

Monteiro cita casos trazidos pela doutrina que também configuram a causa trazida por este inciso:

Na doutrina, são estes os casos geralmente apontados: a) o herdeiro constrange o *de cujus* a testar; b) ou então impede-o de revogar testamento anterior; c) suprime testamento cerrado ou particular dele; d) urde ou elabora um testamento falso. (MONTEIRO, 1995, p. 68).

Conforme o transcrito acima, o autor apresenta casos já mencionados pela doutrina. Portanto, também será causa da exclusão por indignidade de herdeiros ou legatários: se o indivíduo constranger o autor da herança a testar; o impedir de revogar seu testamento; o impede de ser feito qualquer modalidade de testamento ou prepara um testamento falso.

É possível perceber que essa causa aborda somente o testamento; devido a isso, observa-se que o legislador protege a integridade de tal documento, onde a manifestação de vontade do testador deverá se encontrar intocável para que o mesma surta os efeitos por ele desejados antes de sua morte.

Tais casos aqui estudados também configuram causa para a exclusão por deserdação, conforme dispôs o caput do artigo 1.962 do Código Civil (2002). Ressaltando que a deserdação somente poderá ser feita pelo testador; desta forma, prescinde que o mesmo sobreviva aos atos trazidos pelo artigo 1.814 do mesmo ordenamento civil.

2.6.2 EFEITOS DA INDIGNIDADE

Os efeitos gerados pela exclusão por indignidade podem ser equiparado àqueles que também geram a deserdação (ver 2.5).

O reconhecimento judicial da indignidade é requisito para a eficácia da mesma; já que o Código Civil (2002) previu que tal instituto somente gerará efeitos quando declarado por sentença (artigo 1.815 do CC).

Desta forma, com o devido reconhecimento e após prolatada a sentença, a indignidade produzirá os efeitos que pode-se verificar abaixo:

O principal efeito da indignidade é o de penalizar o herdeiro ou legatário, excluindo-o totalmente do rol sucessório e também do rol dos beneficiários do testamento.

O Código Civil (2002) expõe que são pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão (artigo 1.816 do CC). Portanto, os efeitos da exclusão

prejudicarão somente ao herdeiro ou o legatário que foi penalizado; não prejudicando seus herdeiros.

Os legatários que forem declarados indignos não terão direito à sucessão de seu legado por seus sucessores legais; pois, o próprio Código Civil (2002) prevê tal caducidade; declarando expressamente no inciso V do artigo 1.939 que a declaração de indignidade caducará o legado.

Entende-se que o legislador declarou a morte do herdeiro ou legatário anteriormente à abertura da sucessão, ou seja, os indignos faleceram antes do testador. Complementando o aqui exposto, dispõe Rodrigues:

Embora, todavia, se reconheça a aquisição da herança pelo indigno, no momento da abertura da sucessão, o que se sustenta é que, por ficção legal, o legislador faz retroagir os efeitos da sentença, para considerar o indigno como pré-morto ao hereditando. (RODRIGUES, 1998, p. 52).

Rodrigues entende que o legislador criou uma ficção legal ao declarar a pré-morte do hereditando no momento da abertura da sucessão; tal ficção produz efeitos, que veremos abaixo:

O efeito retroativo mencionado por Rodrigues impõe ao excluído a obrigação de restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido; no entanto, terá direito à indenização das despesas com a conservação deles (parágrafo único do artigo 1.817, CC).

A lei entende que o excluído nunca foi dono dos bens herdados; já que o mesmo “faleceu” antes do autor da herança; devido a isso, em nada poderá se beneficiar após a morte do mesmo, devendo devolver os frutos e rendimentos dos bens que tenha percebido. Nota-se que o legislador declara que as despesas com a conservação dos frutos percebidos pelo indigno deverão ser indenizadas.

Pela mesma explicação exposta acima, o excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens (parágrafo único do artigo 1.816, CC); devido ao mesmo ser indigno daquela herança, em nada poderá beneficiar-se da mesma.

Em regra, os atos de disposição e de administração praticados pelo herdeiro excluído da sucessão não deveria valer pelo já acima mencionado; porém, o legislador entende que são válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e aos atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos (caput do artigo 1.817 do CC).

2.6.3 REABILITAÇÃO DO INDIGNO

Aquele indivíduo que cometeu uma das causas mencionadas em lei que determinem sua exclusão por indignidade; poderá ser admitido a suceder, se o autor da herança, e somente ele, o perdoar expressamente mediante um testamento, ou em outro ato autêntico (caput do artigo 1.818 do CC).

Observa-se que o legislador estipulou que o perdão somente poderá ocorrer em um ato de extrema solenidade, como o testamento, para que não haja nenhum tipo de vício, pois tal declaração expressa do testador reabilitará aquele que poderia ser ou já é um indigno de receber qualquer bem de seu acervo hereditário. O ato autêntico mencionado pela lei pode-se incluir a escritura pública.

No tocante à reabilitação do indigno, dispõe Cateb sobre seu conceito:

O perdão é um ato jurídico, uma declaração de vontade do autor da herança, unilateral, direcionada a evitar a exclusão do herdeiro ou legatário do processo sucessório. A este ato do perdão, a doutrina chama de reabilitação, e produz efeitos a partir da emanção do ato independentemente da vontade dos outros herdeiros. Por ser um ato unilateral, não precisa da concorrência de mais ninguém. O castigo que a indignidade supõe para o indigno pode levantar o ofendido, cuja possibilidade lhe dá a lei, como visto no art. 1.818 do CCB/2002. (CATEB, 2004, p. 86).

Cateb esclarece a individualidade do ato da reabilitação; ressaltando os motivos pessoais do autor da herança em perdoar o indigno.

Ainda em vida do autor da herança, posterior ao perdão manifestado, poderá ocorrer a ocasião de: o indivíduo que foi perdoado volta a cometer alguma das causas previstas em lei que configuram a indignidade.

Não seria justo e nem saudável ao autor da herança ter que conviver com um perdão irrevogável, sabendo que aquele indivíduo atentou contra sua vida, mesmo após ser perdoado e mesmo assim o sucederá. Desta forma, a reabilitação do indigno pode ser revogada.

O perdão poderá ser revogado conforme exposto acima. Pois, caso o testador faça outro testamento posterior ao que continha a reabilitação do indigno, sem mencionar novamente o perdão, tal ato estará legalmente revogado; mesmo que tenha sido por esquecimento do testador de mencionar novamente a cláusula de absolvição; já que, somente o autor da herança pode dá-lo, por ser um ato personalíssimo.

Devido a não haver hierarquia entre os testamentos, qualquer modalidade poderá revogar aquele que continha o perdão.

Quando o perdão for dado mediante escritura pública, o próprio testador poderá revogá-lo pessoalmente, caso possa. Se não puder se deslocar de sua residência até o cartório; poderá fazer um testamento particular, por exemplo, revogando o perdão feito por escritura pública. Não poderá ser feito por procuração pois o mesmo é de caráter personalíssimo.

O perdão se auto-revogará caso o autor da herança for morto pelo indivíduo que foi perdoado; ou, se, posterior ao perdão, ele voltar a cometer mais atos que se configuram em causas para declará-lo indigno e o autor da herança não se manifestar em nada referente à reabilitação do mesmo sobre estes atos cometidos posteriormente ao seu primeiro perdão. Com isso, os interessados na exclusão poderão normalmente ajuizar ação declaratória de indignidade contra ele, mesmo que o defunto tenha o perdoado da primeira vez.

O exposto no parágrafo acima tem como fundamento a unilateralidade da reabilitação. O falecido poderia ter o perdoado pelos outros atos, mas não o fez; deste modo, entende-se que o defunto não se oporia à exclusão deste indivíduo do seu acervo hereditário.

A indignidade pode ser parcial. Se o autor da herança testar algum bem a indivíduo que saiba possa ser declarado indigno por ter cometido uma das causas possíveis a excluí-lo da sucessão; entende-se que aquele deseja que o indigno receba somente o que se encontra legado na disposição testamentária.

Dessa forma, o efeito da indignidade abrange somente a parte reservada à legítima; pois a cláusula testamentária, em seu limite, beneficiará o herdeiro declarado indigno, quando o autor da herança o beneficiar em testamento posterior ao ato cometido contra ele.

Tal indignidade parcial acima exposta exclui a modalidade de reabilitação tácita; pois caso o testador não mencione expressamente o seu desejo de perdoar, a reabilitação não ocorrerá; e uma simples disposição testamentária a favor do indigno não o perdoará, somente o beneficiará com o ali legado (parágrafo único do artigo 1.818).

2.7 DISTINÇÃO ENTRE DESERDAÇÃO, INDIGNIDADE E INCAPACIDADE SUCESSÓRIA

Tais institutos são parecidos, produzem os mesmos efeitos; no entanto, não são iguais.

A capacidade sucessória significa a capacidade para suceder o defunto em seu patrimônio.

Conforme já abordado anteriormente neste trabalho, os herdeiros legítimos e testamentários adquirem a herança desde a abertura da sucessão; ou seja, desde o momento da morte do autor da herança, devido princípio da saisine.

As pessoas incapacitadas para suceder são aquelas expressamente mencionadas pelo Código Civil (2002); como por exemplo: o indivíduo não nascido ou ainda não concebido ao tempo da morte do autor da herança (artigo 1.798 do CC); a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos (inciso I do artigo 1.801, CC); dentre os demais previstos (ver 3.3 e 3.6.3).

Embora a indignidade seja bastante parecida com a incapacidade sucessória, com ela não se confunde.

A incapacidade impede que surja o direito à sucessão; em nenhum momento o tabelião civil é beneficiário do testamento público que foi aprovado por ele, como por exemplo. Já a indignidade obsta a conservação da herança; pois o herdeiro indigno adquire a posse da herança no momento da morte do autor da herança, mas com a declaração de indignidade, não mais conserva a mesma em sua posse.

O indivíduo incapaz de suceder nunca foi herdeiro; e devido a isso, seus herdeiros em nada o representarão; diferentemente do indigno, que foi herdeiro, e, em acordo com artigo 1.816 do Código Civil (2002) os efeitos dessa pena são personalíssimos; não prejudicando seus herdeiros que poderão representá-lo na sucessão, já que o mesmo foi considerado pré-morto ao autor da herança.

A incapacidade sucessória é um fato advindo do enfraquecimento da personalidade do herdeiro a suceder; pois, se seu tio não fosse testemunha de seu testamento; por ele poderia ser beneficiado. Enquanto que a indignidade é uma pena imposta ao indivíduo que violou um dos incisos previstos no artigo 1.814 do Código Civil (2002). (DINIZ, 2010).

Desta forma, observa-se que a incapacidade sucessória regula os casos em que o indivíduo nunca chegou a ser herdeiro; já a indignidade regula os casos em que o indivíduo chegou a ter posse da herança; porém, a perdeu com o trânsito em julgado da sentença que declarou sua indignidade.

A deserdação e a indignidade possuem o mesmo sentido e o mesmo objetivo. Ambas excluem o herdeiro da sucessão.

Porém, a deserdação é aquele ato manifestado somente por testamento; ou seja, é personalíssimo, somente o autor da herança poderá deserdar um herdeiro necessário, mesmo que sejam os interessados na exclusão deste herdeiro que irão

movimentar o judiciário para comprovar o ali testado e atribuir eficácia à disposição. Já a indignidade é feita pelos interessados na exclusão do indigno; mesmo que em nada o autor da herança tenha se manifestado; ou seja, não é personalíssimo, podendo terceiros interessados ajuizar a ação declaratória de indignidade.

A deserção penaliza somente os herdeiros necessários pelas causas expressas nos artigos 1.814, 1.962 e o 1.963 do Código Civil (2002). Já a indignidade exclui da sucessão tanto os herdeiros necessários quanto aos testamentários beneficiados em testamento; no entanto, somente configurará a indignidade, as causas taxativas previstas no artigo 1.814 do Código Civil (2002) apenas.

A deserção se opera somente na seara da sucessão testamentária; enquanto que a indignidade é própria da sucessão legítima, mesmo que alcance aos legatários. (DINIZ, 2010).

O Código Civil (2002) expressamente prevê que poderá haver uma modalidade parcial do instituto da indignidade devido ao exposto no parágrafo único do artigo 1.818. Sobre a deserção, referente à modalidade parcial da mesma, existe uma controvérsia na doutrina, já que o legislador em nada se manifestou, silenciando inclusive sobre uma possibilidade de haver tal divisão nos efeitos da deserção.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contida na sucessão testamentária, a deserção é um importante instituto do ordenamento civil brasileiro. A mesma é conhecida por excluir um herdeiro necessário da sucessão legítima e também da testamentária.

O autor da herança somente poderá se utilizar da deserção pelas causas encontradas na lei.

O legislador não inovou em nada na transição do antigo Código Civil de 1.916 para o de 2.002 no tocante à deserção; somente excluiu um inciso que era o referente à desonestidade de filha; e fez algumas modificações no texto do artigo 1.814 que trata das causas da declaração de indignidade, que também configura os casos de deserção.

Na literatura especializada encontram-se escassas explicações e pensamentos no tocante à deserção; foi possível observar que a maioria dos doutrinadores deseja que tal instituto seja banido do ordenamento civil atual e substituído pelo instituto da indignidade, já que possuem o mesmo efeito de exclusão.

O que diferencia a declaração de indignidade da deserdação é o fato da capacidade para excluir e quem pode ser excluído.

Na deserdação somente poderão ser excluídos os herdeiros necessários, quando autorizado pelo autor da herança em testamento.

Já na indignidade, poderão ser excluídos da sucessão os herdeiros necessários e os legatários; ou seja, é mais abrangente e não necessita da autorização do defunto; os interessados podem ajuizar a ação por capacidade própria, quando configurar as causas previstas em lei cometida por um dos indivíduos passíveis de serem declarados indignos.

No entanto, tal instituto não é passível de ser excluído do ordenamento civil brasileiro. Pois não é possível diminuir um direito atribuído aos indivíduos de punirem aquele herdeiro necessário que cometeu tal atrocidade contra sua vida ou sua honra, através da deserdação.

Atualmente há um projeto de Lei com número 118 de 2010 em trâmite no Senado Federal objetivando incluir mais causas que caracterizam a deserdação. Uma das causas albergadas por este projeto é a deserdação por falta de afeto.

Tal projeto é abusivo ao almejar regular o amor que um indivíduo sente por seu parente. Amor ou afetividade não é passível de ser regulado pela lei; cada ser humano demonstra de uma maneira seus sentimentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível no 994.09.342607-0 (Antigo no 648.874-4/8). Apelante: Rubens Ferrieira Vicente e outros. Apelados: Municipalidade de São Paulo e outros. Relator: Ênio Santarelli Zuniani. São Paulo, 08 de abril de 2010. Lex: jurisprudência do TJSP.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível no 1.0707.01.033170-0/001. Apelante: Kleber Jesus Braga e outros. Apelado: Edelson Antônio Braga e outros. Relator: Maurício Barros. Minas Gerais, 05 de setembro de 2006. Lex: jurisprudência do TJMG.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível no 0000078-83.2005.8.26.0627. Apelante: Rogério Leal. Apelado: Ministério Público. Relator: Claudio Godoy, 28 de setembro de 2011. Lex: jurisprudência do TJSP.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial no 124.313 – SP. Recorrente: Maria Terezinha Barbosa Borges e seu cônjuge. Recorrido: Orival Roberval Barbosa da Silva e cônjuge. Relator ministro: Luis Felipe Salomão. Brasília, 16 de abril de 2009. Lex: jurisprudência do STJ.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial no 11855122 – RJ. Recorrente: Carlos Ernanny Chagas de Melo e Silva. Recorrido: Drault Ernanny de Melo e Silva. Relator ministro: Massami Uyeda. Brasília, 17 de fevereiro de 2011. Lex: jurisprudência do STJ.

CATEB, S. A. **Deserção e indignidade no direito sucessório brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COELHO, F. U. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.

DIAS, M. B. **Manual das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, M. H. **Direito das sucessões**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, C. R. **Direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, B. C. **Deserção ante a ausência de afetividade na relação parental**. Revista Jus Navigandi. Disponível em: < HYPERLINK “<http://http://jus.com.br/revista/texto/19722/a-deserdacao-ante-a-ausencia-de-afetividade-na-relacao-parental.htm>” > Acesso em 03 jul. 2012.

MIRABETE, J. F. **Código penal comentado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTEIRO, W. B. **Direito das sucessões**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 9.

RODRIGUES, S. **Direito das sucessões**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, S. **Direito das Sucessões**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTA MARIA, J. S. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 9.

SENADO Federal. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/76898.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2012.

VENOSA, S. S. **Direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.