



Universidades Lusíada

Justo, António dos Santos

A indignidade sucessória no direito romano : reflexos no direito português = Unworthiness to succeed in roman law : its impact in portuguese law

<http://hdl.handle.net/11067/4362>

<https://doi.org/10.34628/b7d8-zm94>

Metadados

Data de Publicação	2016
Resumo	Equitable barriers to succession were not a unitary element in the law of Rome in antiquity. Unconscionable behaviour by the successor towards the deceased (or family members) were considered by the imperial laws (constitutiones) a factor in succession rights. There has been no shortage of attempts by Romanists to classify these factors into several categories. In this juridical regime, it should be noticed that such conduct does not entail disinheritance; It only precludes retaining inherited g...
Palavras Chave	Herança e sucessão (Direito romano), Direito das sucessões - Portugal
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 15 (2016)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-26T02:50:06Z com informação proveniente do Repositório

**A INDIGNIDADE SUCESSÓRIA
NO DIREITO ROMANO.
REFLEXOS NO DIREITO PORTUGUÊS.**

***UNWORTHINESS TO SUCCEED IN ROMAN LAW.
ITS IMPACT IN PORTUGUESE LAW.***

António dos Santos Justo¹

Abstract: Equitable barriers to succession were not a unitary element in the law of Rome in antiquity. Unconscionable behaviour by the successor towards the deceased (or family members) were considered by the imperial laws (*constitutiones*) a factor in succession rights. There has been no shortage of attempts by Romanists to classify these factors into several categories. In this juridical regime, it should be noticed that such conduct does not entail disinheritance; It only precludes retaining inherited goods that passed to the state treasury (the *aerarium* and later, the *fiscus*) and, exceptionally, to the persons legally considered. Therefore, equitable barriers to succession were not absolute bars. The Roman state did not immediately acquire the goods, but had to bring an action to determine whether the facts attributed to the putative successor had been established and, if so, declare him barred. The defendant was permitted to defend himself, contesting the action and appealing against the adverse judgment.

In Roman law, the list of acts that could result in preclusion were considered to be exhaustive, as this was also later the case in Portuguese law, a situation provoking the disagreement between those who refuse their extension to similar behaviour, - admitting only *analogia legis* - and those who admit the *analogia iuris*, the only kind of analogy that contemporary, non-positivist methodology considers.

Another situation that divides Portuguese doctrine has to do with the necessity or not of an action and what its nature is. Considering that the security of legal commerce and the defence of the dignity of the successor requires an action, it seems that this is a declaratory action of simple appreciation: the judge merely tries whether the defendant is the author of the behaviour of which he is accused and, if such is established, declares such conduct wrongful.

¹ Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Universidade Lusíada Norte.

Equitable has a general character and therefore applies to all kinds of succession, even legitimacy. In this case, as the person precluded from succession is associated with his wrongdoing for all legal purposes (article 2166, paragraph 2 of the Portuguese Civil Code), the latter may provide grounds for disinheritance which, in turn, may also be reflected in the remaining forms of succession.

Finally, the possibility that the author of the succession may rehabilitate the person barred from inheritance is not excluded, regard being had to the aforesaid association of preclusion with the wrongdoing in question.

Keywords: Indignidade - Capacidade - Incapacidade - Deserção - Delação (*delatio*) - Herdeiro - Legatário - Fideicomissário - Herança - Legado - Fideicomisso - *Aerarium* - *Ereptio* - Ação (declarativa) - *Paterfamilias* - *filiusfamilias* - *Heredes sui* - *Sc. Silanianum* - *Leges Iulia et Papia Poppaea* - Vontade - Testador - *De cuius* - Sucessão - Reabilitação - *Feminae probrosae* - Possuidor de má fé - Taxatividade - Analogia

Summary: I - Foreword. II - Unworthiness in inheritance. Difficulties. Cases of unworthiness. Doubtful cases: unworthiness or incapacity? Effects. Involvement of the tax authorities. Declarative action. Rationale. Legal nature. Rehabilitation. **III - Related concepts.** Incapacity. Disinheritance. Comparison. **IV - Unworthiness in Portuguese law.** Problems. Roman Law contribution.

I

A INDIGNIDADE NO DIREITO ROMANO

1. Dificuldades

A figura jurídica da indignidade (*indignitas*) que, nos direitos hodiernos, se encontra consagrada e permite caraterizar sem grande dificuldade, levanta, ao estudioso do direito romano, dificuldades várias que têm suscitado alguns desencontros.

Efetivamente, estamos perante um instituto jurídico não unitário², cuja evolução é marcada pelo paulatino e crescente acolhimento de novos casos considerados indignos pela legislação imperial que permanecem independentes e desligados³. Juntam-se as interpolações dos textos⁴, a ausência de definição⁵, a falta de expressões técnicas⁶ e a dispersão de fontes nem todas inseridas sob a epígrafe justinianeia do Digesto (34,9: “*De his, quae ut indignis auferuntur*”)

² Vide MARIO LAURIA, Nardi, I Casi d'indignità nel diritto successorio romano em SDHI VI, 1940, 183.

³ Vide ENZO NARDI, *Trittico indignitario* em Studi in memoria di Emilio Albertario, II, Milão, 1953, p. 724

⁴ Vide EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, trad. espanhola de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1988, p. 70331.

⁵ Vide ENZO NARDI, *ibidem*, 724.

⁶ Vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 22

e do Código (6,35: “De his, quibus ut indignis hereditates auferuntur, et ad senatusconsultum Silanianum”⁷, fatores que geram e alimentam a confusão⁸ que dificulta o seu entendimento que se prolonga nos nossos dias.

No entanto, tais dificuldades não podem impedir os romanistas de as procurarem superar. Mais: quando se opte pelo estudo da época justinianeia, da qual provém as influências exercidas sobre os nossos direitos, muitas dessas dificuldades – atinentes a quem procure, sobretudo, restaurar a autenticidade clássica das fontes como elemento nuclear – são relativamente atenuadas: as épocas anteriores ao período justinianeu ajudam a esclarecer o direito de Justiniano como momento de chegada, mas não como ponto de partida.

2. Casos de indignidade

Antes de estudarmos o seu regime jurídico, convém, observar os casos considerados causas de indignidade. Partiremos, assim, dos factos, ou seja, do concreto para, depois, nos elevarmos à construção dogmática da indignidade como instituto do direito sucessório⁹.

Seguindo a classificação de BONFANTE¹⁰ que reagrupa os casos de indignidade em três figuras: 1) as faltas contra a pessoa do defunto; 2) as faltas contra a vontade do defunto; 3) as faltas contra a lei, destacamos:

1. Primeira categoria: faltas contra a pessoa do defunto:

a) morte do hereditando: a indignidade resulta de um comportamento particularmente grave do sucessível que assassinou o autor da herança. É inadmissível que lhe possa suceder e, por isso, encontra-se ferido de indignidade. Assim, segundo PAULO, “(o Imperador Antonino Pio) determinou que, quando uma filha de família, convicta de ter matado com veneno quem a tinha instituído herdeira, apesar de (ter aceitado a herança) com autorização do seu pai sob cujo

⁷ Vide ENZO NARDI, *ibidem*, 11-18.

⁸ Vide ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 201.

⁹ Os romanistas têm-se ocupado de alguns casos, sobretudo dos que mais impacto tiveram. Vide, v.g., os seguintes Autores: BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milão, 1948, pp. 17 e 22; JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 14^a. ed., Rio de Janeiro, 2008, p. 778; EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 70333; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3^a. ed., Turim, cit., p. 674; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, 4^a. ed., reimpressão, Madrid, 1989, p. 84314; CÉSAR RASCÓN, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 2^a. ed., Madrid, 2007, p. 336; ENZO NARDI, *Trittico indignitario*, cit., p. 725 e *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 80-207; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 47-49;

¹⁰ São diversas as classificações que os romanistas oferecem com base em critérios distintos, como observamos em ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 263-271. Optamos pela classificação de PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI. Le successioni*, *Cità di Castello*, 1930, pp. 331-342.

poder estava, o fisco ficará com aquela herança”¹¹. Trata-se, como se observa, duma *constitutio imperial* que pune uma filha com a privação dos bens herdados de quem matou com veneno, bens que são atribuídos ao fisco. A figura da indignidade, embora não expressamente referida, encontra-se aqui bem presente: privação dos bens ao indigno e entrega ao fisco.

Os jurisconsultos romanos divergem sobre se o assassínio devia ser doloso ou bastava a mera culpa. Com efeito, enquanto PAULO, referindo que se “tivesse procurado que fosse morto um cognado seu”, considera que se trata dum homicídio doloso”, invocando um rescrito de Antonino Pio, já uma *constitutio* de Diocleciano e Maximiano, promulgado entre os anos 294 e 305, analisa o caso de morte do marido por dolo mau ou por outra causa de indignidade (alias indignam). A mulher que confia em que não se prova o homicídio do marido com dolo mau (dolo malo) ou por outra causa (alias) é considerada indigna¹². A referência a outra causa não afasta a culpa no homicídio, situação que surge claramente em MARCIANO que refere uma decisão daquele Imperador segundo o qual é indigno quem se provou que atuou de modo a que, por *negligentiam et culpam suam*, morreu a mulher que o tinha instituído herdeiro¹³.

A opinião dominante dispensa o dolo e entende que, para haver indignidade, basta que o indigno tenha cometido o homicídio do autor da sucessão com culpa. Outros, porém, consideram o texto de MARCIANO interpolado quer pelo estilo quer pelo relevo dado à prova; e há quem entenda que os compiladores assimilaram a magna culpa ao dolo, não bastando a simples culpa¹⁴. Não vemos motivos para discordar da opinião dominante quer porque o texto não fala de magna culpa, mas simplesmente de culpa, quer porque, à luz do critério antiinterpolacionístico que acolhemos, seria grave desonestidade intelectual manter no texto uma constituição de Antonino Pio e, depois, alterar o seu sentido.

Não é necessário que haja condenação penal para que a indignidade produza os seus efeitos, como observamos em MODESTINO que, perante um caso em que a mãe apelou da sentença em que fora condenada por ter envenenado o seu filho e entretanto morreu sem ter sido proferida a sentença final, respondeu: “Extinguindo-se a acusação criminal por morte da acusada, pode pertencer ao fisco a reclamação dos bens que se prove terem sido adquiridos graças ao crime”¹⁵. E, no mesmo sentido, escreve PAPINIANO que “não se atrasa o momento do pedido da posse dos bens hereditários por causa do interrogatório sobre um envenenamento,

¹¹ D. 48,20,7,4: “...Cui consequentur illud idem Princeps constituit, cum filiafamilias veneno necasse convinceretur eum, a quo heres instituta erat, quamvis iussu patris, cuius in potestate esset, adierit hereditatem, vindicari eam fisco”.

¹² Cf. C. 6,35,10,1: “..Secundum quae, si fiduciam innocentiae geris et neque dolo malo tuo maritum necatum, neque alis indignam te successione probari...”

¹³ Cf. D. 34,9,3.

¹⁴ Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano VI. Le successioni*, cit., pp. 331-332

¹⁵ D. 49.14.9: “...Modestinus respondit, morte reae crimine extincto, persecutionem eorum, quae scelere acquisita probari possunt, fisco competere posse”.

já que pode pedir-se quando ainda está pendente o processo¹⁶;

b) irmão que atenta contra a vida do irmão: confrontado com as muitas contendas entre irmãos, Justiniano determinou que: “Não permitimos que participe nesse ganho, como tendo-se feito ingrato para com o seu irmão, só o que quis a morte do seu irmão ou deduzir acusação criminal contra ele ou que se apresse a causar-lhe a perda de bens; porque a parte deste passará tanto aos seus restantes irmãos como à sua mãe¹⁷. A proibição de “participare hoc lucrum” tanto permite convocar a figura da indignidade como o da incapacidade¹⁸.

c) não cumprimento da obrigação de perseguir judicialmente o homicida: se o herdeiro, obrigado a demandar o assassino para obter a sua punição, não age, é excluído da herança do falecido como indigno. Em indignidade incorre também o patrono que não vindicou a morte do liberto. MARCIANO refere as duas situações: “Mas aos herdeiros, que tinham deixado de vindicar a morte do defunto, retiram-se-lhes os bens adquiridos por testamento assim como ab intestato e quiçá também se alguém sucedeu como patrono¹⁹. As dúvidas incidem sobre a classicidade da posição do patrono, deixando incólume a indignidade dos herdeiros²⁰.

Também os Imperadores Diocleciano e Maximiano, numa constitutio do ano 291, determinaram que “se não tiverem vingado a morte, não podem obter a sucessão²¹. Porque, como observa ENZO NARDI, a ultio necis constitui um officium pietatis para com o defunto a que o herdeiro está obrigado²².

d) a aceitação prematura da herança contra as prescrições do sc. Silanianum: como sabemos, este senatusconsultum considerado atroz e fonte de conhecimento numa época marcada pela abundância de escravos que, com alguma frequência, assassinavam os seus donos²³, ordenava que: 1) todos os escravos do falecido, da sua mulher e os que tivessem tido qualquer negócio ou relações com ele,

¹⁶ D. 29,5,21pr.: “Propter veneni quaestionem tempus petendae possessionis non profertur, cum eo quoque suspensio criminis recte petatur”.

¹⁷ N. 22,57pr.: “Et quoniam scimus multas fratribus adinvicem factas contentiones, illum solum tanquam ingratum circa fratrem effectum participare hoc lucrum non concedimus, qui mortem voluit fratri, aut criminalem inducere contra eum inscriptionem, aut substantiae ei properavit inferre iacturam; eius enim portio tam ad reliquos fratres, quam ad matrem veniat...”.

¹⁸ Segundo ENZO NARDI, I casi de indignità nel diritto successorio romano, cit., p. 254, estamos perante um dos casos considerados erradamente de indignidade.

¹⁹ Cf. D. 29,5,15,2: “Hereditibus autem, qui in ulciscenda morte defuncti cessaverant, tam testamento, quam ab intestato auferuntur bona, forte et si quasi patronus venit, quamvis hi suo iure admittantur”.

²⁰ Vide PIETRO BONFANTE, Corso di diritto romano VI. Le successioni, cit., p. 333.

²¹ C. 6,35,9: “...si interitum non fuerint ulti, successionem obtinere non possunt”.

²² Cf. D. 29,5,21,2. Vide ENZO NARDI, ibidem, p. 167.

²³ Vide EDOARDO VOLTERRA, Instituciones de derecho privado romano, cit., p. 84; REMO MARTINI, In margine ad una recente ricerca sul Silanianum em Studio in onore di Cesare Sanfilippo, III, Milão, 1983, pp. 429-430; ENZO NARDI, ibidem, pp. 179-182; DANILO DALLA, Senatusconsultum Silanianum, Milão, 1980, pp. 1- 3 e 77; e ARMANDO TORRENT, Nulidade de la manumissio testamento ex senatusconsulto Siliano em SDHI LXXIV, 2008, pp. 597 e 600.

fossem sujeitos a torturas e, por último, condenados à morte, até se descobrir o assassino; 2) os que, podendo socorrer o dominus, não o tivessem feito, seriam imediatamente condenados à morte; 3) o testamento não pode ser aberto enquanto não se concluírem as diligências para a descoberta do criminoso, a fim de evitar que uma possível manumissio contida nesse testamento frustrasse o disposto no número anterior, pois um escravo manumitido adquiria a liberdade e, então, não se lhe podiam aplicar a tortura e a pena de morte; 4) o escravo que descobrisse o assassino adquiria a liberdade mediante um decreto do pretor (*addictio libertatis*)²⁴; a transgressão às proibições do *sc. Silanianum* comporta para o herdeiro a condenação em multa e na perda da herança a favor do erário (depois, do fisco)²⁵.

Pondo momentaneamente de parte o tema da aceitação da herança contra o *sc. Silanianum*, pairam outras dúvidas: v.g., a data, embora provavelmente tenha sido promulgado no ano 10²⁶; e a sua aplicação também aos manumitidos que permanecessem *sub eodem tecto*²⁷.

Segundo REMO MARTINI e ARMANDO TORRENT, não faria grande sentido que o *sc. Silanianum* tivesse proibido a abertura do testamento, visto que, uma vez aberto e manumitidos os escravos, as *manumissiones* consideravam-se nulas ou, quiçá, *non scriptae* e, portanto, os libertos continuavam escravos e, assim, sujeitos à tortura e ao suplício²⁸. Partindo de um texto de ULPIANO -- que apresenta um caso em que alguém pôs termo à vida por temer uma acusação criminal iminente ou por tédio à vida ou por sofrer uma dor, situação que “não

²⁴ Além dos Autores citados na nota anterior, vide também, SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*, I, Introdução. Fontes, 4ª. ed., Coimbra, 1984, pp. 220-221.

²⁵ Cf. D. 29,5,25,2; PS. 3,15,12a. Vide DANILO DALLA, *Senatus consultum Silanianum*, cit., pp. 53-54.

²⁶ Vide REMO MARTINI, *Alcune osservazioni sul senatusconsulto Siliano* em *JUS XVI*, 1965, p. 364, que considera pouco convincente a tese de HERMANN de deslocar a data para o tempo de Nero. Segundo este Autor, o ano 10 foi fixado pela primeira vez por CUJÁCIO.

²⁷ Vide REMO MARTINI, *In margine ad una recente ricerca sul Silanianum*, cit., p. 429. Também ARMANDO TORRENT, *Nulidade de la manumissio testamento ex senatusconsulto Siliano*, cit., pp. 600-614, observa que “negar que ficavam sujeitos à *quaestio de familia* os escravos manumitidos *test. que ad mortem domini viviam sub eodem tecto* não se ajusta aos dados textuais”. Entende que “fica claro a ineficácia ou nulidade daquelas *manumissiones test. que impediam os escravos libertados de adquirir a liberdade*”. Ainda segundo este Autor, era “previsível conhecimento do testamento e das *manumissiones* dispostas enquanto os testamentos da época em forma pública e aberta tornavam facilmente cognoscíveis as suas disposições sempre que o testador realizasse o ato de forma aberta e não se limitasse a apresentar as *tabulae cerradas*”. E conclui: “Creio que pode manter-se que o *sc. Silanianum* prescreveu a nulidade das *manumissiones* dispostas em testamento quando o testador tivesse morrido de modo violento. A finalidade de salvaguardar a *vita domini* e a *securitas et utilitas publica* impunha a nulidade das *manumissiones* testamentárias dos escravos que viviam *sub eodem tecto* ou até fora da *domus* quando tivessem conhecimento das ciladas contra o dominus patronus e não tivessem denunciado o facto ou protegido com as suas próprias forças, porque, neste caso, se por um lado os escravos denunciadores recebiam o *praemium libertatis*, dum ângulo oposto os manumitidos *test. viam anulada a sua libertas*”.

²⁸ O escravo *impúbere* era punido com açoites. Cf. D. 29,5,1,32-33.

impede que se abra e se lê o testamento”²⁹--, REMO MARTINI entende que desta referência não se pode extrair que a proibição geral de abrir o testamento já estivesse no *sc. Silanianum*; terá sido, sim, efeito duma interpretação extensiva realizada pelo *edictum praetoris*³⁰.

Todavia, noutro texto, ULPIANO refere claramente que “se dispõe no edito que ninguém procure com dolo mau abrir (o testamento), lê-lo e copiá-lo antes de aquela família ter sido submetida, em virtude do *sc.*, a tormento e que se tenha dado suplício aos culpados”³¹.

Por isso, perguntar-se-á: qual a *ratio* desta proibição se as *manumissiones* dispostas em testamento fossem nulas ou, melhor dizendo, inexistentes, porque consideradas *non scriptae* ?

Parece-nos que o testamento do testador assassinado não podia ser aberto para que não se frustrasse o objetivo do *sc. Silanianum* de descobrir o assassino: sendo as eventuais *manumissiones* aí contidas ignoradas enquanto o testamento não fosse aberto, os escravos, eventualmente aí manumitidos, mantinham o seu estatuto e, portanto, estavam sujeitos à tortura e aos suplícios. Outra situação é a dos manumitidos anteriormente que, adquirindo o estatuto de libertos, não estavam sujeitos a estas a esses castigos. Nestes casos, aderimos parcialmente à posição de TORRENT³², para quem os libertos que vivessem *sub eodem tecto* ou mesmo *extra tectum*, estavam sujeitos a tortura e a suplícios. Esta opinião merece a nossa adesão, embora percorrendo uma via diferente: pensemos que estas *manumissiones* ficavam suspensas, recuperando os libertos momentaneamente o estatuto de escravos.

Regressando à indignidade cominada ao herdeiro que aceita a herança desobedecendo ao *sc. Silanianum*, ULPIANO refere que “não se confiscarão os bens exceto se se provar que foi morto o paterfamilias e o herdeiro aceitou a herança antes de ter sido dado tormento à família (escravos) e aplicado o suplício”³³. O herdeiro é considerado indigno e, em consequência do princípio “*indignus potest capere sed non retinere*”, os bens passam para a esfera patrimonial do erário (e, depois, do fisco)³⁴. Este princípio reaparece em ULPIANO quando, a

²⁹ Cf. D. 29,5,1,23: “*Si quis non metu criminis imminentis, sed taedio vitae vel impatientia doloris sibi manus intulit, eius testamentum aperiri et recitari mortis casus non impedit*”.

³⁰ Vide REMO MARTINI, *ibidem*, pp. 349-374.

³¹ Cf. D. 29,5,3,18: “...*Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo, qui occisus esse dicitur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum, recitandum describendumque curet, Edicto caveatur, priusquam de ea familia quaestio ex Senatusconsulto habita, suppliciumque de noxiis sumtum fuerit*”. Cf. também: D. 36,1,3,5.

³² Vide ARMANDO TORRENT, *Nulidade de la manumissio testamento ex senatusconsulto Siliano*, cit., pp. 584, 594 e 601. Quanto a nós, não se trata de escravos manumitidos no testamento, que não pode ser aberto, mas anteriormente.

³³ Cf. D. 29,5,5,2: “*Non alias bona publicantur, quam si constabit, esse occisum paterfamilias, et heredem ante quaestionem de familia habitam suppliciumque suntum adiiisse hereditatem*”.

³⁴ Vide *infra*, nº. 10.2; DANILO DALLA, *Senatus consultum Silanianum*, cit., p. 53; e ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 287-293.

propósito de um herdeiro fiduciário que abriu o testamento, aceitou ou fez algo proibido pelo sc. Silanianum antes de sujeitar os escravos do dono assassinado a interrogatório, determina que, “se por esta causa a herança tiver sido confiscada, o fisco adquire-a com os seus encargos”³⁵. E, no mesmo sentido, uma constitutio de Alexandre Severo, do ano 222, que, a propósito de um testamento de quem se dizia ter sido morto pelos escravos e que fora aberto e lido antes de os escravos serem sujeitos a tormento, fala da herança que “é reivindicada para o fisco em virtude do senatusconsulto (Silanianum)”³⁶.

Há, no entanto, situações que excluem a aplicação do sc. Silanianum e, portanto, a indignidade de quem aceitou a herança violando o edictum do pretor: sucede com o menor de vinte e cinco anos, a quem, segundo uma constitutio de Alexandre Severo, do ano 220, “não prejudica a acusação de não ter vingado a morte”³⁷; e com quem ignora a morte violenta, o edito do pretor e o sc. Silanianum, como refere ULPIANO: “Se alguém tiver aberto (o testamento) ignorando que o testador tinha sido morto, não deve ficar sujeito a este edito”³⁸; e “tão pouco ficará obrigado se acaso o abriu não conhecendo, por ignorância ou rusticidade o edito do pretor ou o senatusconsulto”³⁹. Observa-se, nesta matéria, que o erro de direito desculpa⁴⁰.

e) contestação do status do hereditando: trata-se de controvérsia sobre o estado de liberdade (status libertatis) ou de cidadania (status civitatis) do autor da sucessão levantada pelo sucessível a quem a herança pertenceria. ULPIANO refere que “se alguém intenta um litígio sobre a condição pessoal do testador, denega-se-lhe a reclamação do que recebia em testamento e dá-se ao fisco imediatamente”⁴¹. E, apreciando um caso em que um legatário pede o legado que o testador não quis que lhe fosse dado por virtude de inimizade grave entretanto surgida ou se pública e claramente o legatário disse mal do testador, refere que “se promoveu controvérsia sobre o seu estado, se lhe denega a reclamação do que recebeu em testamento, por cujo motivo será imediatamente deferido ao fisco”⁴². A doutrina diverge sobre o status em causa e se o motivo que inspira

³⁵ D. 36,1,3,5: “...vel ex alia causa hereditas fisco vindicata est...”.

³⁶ C. 6,35,3: “...quod tabulae testamenti patris eorum, qui a familia interfectus dicebatur, priusquam quaestio de servis habaretur, apertae et recitatae sunt, propter amplissimi ordinis consultum hereditas a fisco vindicatur...”. Cf. também.: PS. III,5,12a.

³⁷ C. 6,35,6pr.: “Minoribus viginti quinque annis heredibus non obesse crimen inultae mortis placuit”.

³⁸ D. 29,5,3,21: “Si quis ignorans occisum, aperverit, non debet hoc Edicto teneri”.

³⁹ D. 29,5,3,22: “Et si sciend, non tamen dolo apervit, acque non tenebitur, si forte per imperitiam, vel per rusticitatem ignarus Edicti Praetoris vel Senatusconsulti apervit”.

⁴⁰ Neste sentido, vide PIETRO BONFANTE, Corso di diritto romano VI. Le successioni, cit., p. 334.

⁴¹ D. 34,9,9,2: “Si autem status eius controversiam movit, denegatur eius, quod testamento accepit, persecutio; ex qua specie statim fisco deferetur”.

⁴² D. 34,9,1,2: “Si autem status eius controversiam movit, denegatur eius, quod testamento accepit, persecutio; ex qua specie statim fisco deferetur”.

esta exclusão é o móbil fiscal⁴³. No entanto, subjacente a esta intenção está a indignidade do herdeiro ou do legatário que determina o seu afastamento e devolve ao fisco os bens respetivos;

f) denúncia de o defunto praticar comércio ilícito: também aqui surgem dúvidas sobre se o denunciante incorre efetivamente em indignidade ou se, pelo contrário, a disposição que o beneficia é revogada. MARCIANO analisa o caso resolvido por rescrito de Alexandre Severo e Antonino Caracala que, por indignidade, considera o liberto privado do legado ou do fideicomisso deixado pelo patrono, porque, depois da morte deste, o denunciou como negociante de mercadoria ilícita⁴⁴. No entanto, porque, apesar de sofrer de indignidade, o denunciante pode ter obtido um prémio por ter denunciado⁴⁵, tem-se questionado a existência deste prémio que é afastado por PAULO no caso de indigno⁴⁶. Como BONFANTE observa, trata-se duma relação entre liberto e patrono que suscita um conflito entre o dever daquele para com este e para com o Estado, que aqueles Imperadores resolveram atribuindo um prémio, mas retirando o legado ou o fideicomisso⁴⁷;

g) doação de herança durante a vida do defunto que não tem conhecimento: MARCIANO expõe o caso de duma doação dos bens de pessoa viva que ignorava ou parte dos bens de algum cognado cuja privação se funda em indignidade⁴⁸. A referência ao cognado choca, no entanto, com um texto de PAPINIANO para quem “era sabido que era certamente nula a doação de parte dos bens de uma cognada próxima que vive e se o doador lhe sucedeu por direito pretório, devem-lhe ser negadas as ações da herança porque agiu contra os bons costumes e o direito das gentes⁴⁹. Ou seja, enquanto MARCIANO funda a privação dos bens doados de um cognado em indignidade, PAPINIANO considera tal doação nula e, em consequência, denega a ação ao donatário se o doador entretanto se tornou herdeiro de tal cognado. De fora, fica a doação de pessoa não cognada, só contemplada por MARCIANO, cujo doador é atingido por indignidade.

A doutrina questiona se a indignidade se deve restringir aos cognados, mas o fragmento deste juriconsulto é inequívoco: não os afasta; pelo contrário, admite-os, falando de *persona viva*. E considera interpolado o vocábulo *ignorantis*

⁴³ Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, p. 334.

⁴⁴ Cf. D. 34,9,1: “*Divi Severus et Antoninus rescripserunt, quasi indignum carere legato seu fideicomisso libertum, quae ei testamento patroni relicta erant, cum patronum suum post mortem eius quasi illicitae mercis negotiatiorem detulerat...*”.

⁴⁵ Cf. D. 34,9,1: “*Divi Severus et Antoninus rescripserunt, quasi indignum carere legato seu fideicomisso libertum, quae ei testamento patroni relicta erant, cum patronum suum post mortem eius quasi illicitae mercis negotiatiorem detulerat quamvis et praemium meruit*”.

⁴⁶ Cf. D. 49,24,13,9.

⁴⁷ Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, pp. 334-335.

⁴⁸ D. 34,9,2,3: “*Idem erit, si quis vivi ignorantis bona, vel partem bonorum alicuius cognati donaverit; nam quasi indigno aufertur*”.

⁴⁹ D. 49,5,29,2: “*Donationem quidem partiri bonorum proximae cognatae viventes nullam fuisse constabat, verum ei, aui donavit, ac postea iure praetorio successit, auoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditárias in totum denegandas respondit*”.

porque se trata de um requisito que surge numa *constitutio* de Justiniano⁵⁰. Ora estas fontes não falam de ignorância, mas da vontade de o defunto atribuir algum ganho e das leis que compelem os herdeiros a obedecerem às justas disposições dos testadores sob pena de perderem o *lucrum hereditatis*⁵¹. E, também não vemos que pudesse tratar-se de interpolação justinianeia porque o relevo da voluntas já era considerado muito antes⁵². Por isso, acolhemos a opinião de BONFANTE para quem “não há dúvida de que a indignidade foi ordenada no direito clássico”⁵³.

Também PAPIANO apreciou o caso de uma doação de parte de bens que pertenciam a um parente próximo ainda vivo e de quem o doador sucedeu depois como cognado e “respondeu que se lhe deviam denegar em absoluto as ações hereditárias, já que se tinha precipitado contra a moral e o direito das gentes”⁵⁴; e MARCIANO complementa, concluindo: “pois se lhe retira a herança como indigno”⁵⁵. Mais tarde, Justiniano viria a dizer que “todos os pactos desta natureza nos parecem odiosos e repletos de tristíssimas e de muito perigosas eventualidades”, questionando: “Que razão há para que, vivendo uma pessoa e sem o seu conhecimento, celebrem outras convênios pactuando sobre os seus bens?”. E determina: “Mandamos, de conformidade com as antigas regras, que os pactos como estes que se tenham celebrado contra os bons costumes, sejam completamente repelidos, exceto se aquele, sob cuja herança se pactuou, acomodar a eles a sua vontade e a preservar até ao último momento da sua vida”⁵⁶.

2. Faltas contra a vontade do defunto: Justiniano recorda as leis que compelem os herdeiros a obedecer às justas disposições dos testadores e exigem o seu cumprimento tão estritamente, que perde o ganho proveniente de herança quem desobedeceu aos seus testadores⁵⁷. Trata-se dum princípio que justifica

⁵⁰ Cf. C. 6,42,32,2; PS. III,5,13.

⁵¹ C. 6,42,43,2: “...cum et in leges respeximus, quae iustis dispositionibus testatorum omnimodo heredes obedire compellunt et sic strictius causam exigunt, ut etiam amittere *lucrum hereditatis* sanciant eos, qui testatoribus suis minime parverint”.

⁵² Vide ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *A vontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro em Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho romano. A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual*, Fortaleza, 2002, pp. 58-93.

⁵³ Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano VI. Le successioni*, cit., p. 335.

⁵⁴ D. 39,5,29,2: “...verum ei, qui donavit, ac postea iure praetorio successit, quoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandae respondit”.

⁵⁵ D. 39,5,30(31): “nam ei ut indigno eufertur hereditas”. Cf. também: D. 34,9,2,3.

⁵⁶ C. 2,3,30: “...Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventos. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus eius quidam paciscentes conveniunt? secundum veteres itaque eegulas sancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores initia sunt, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit...”.

⁵⁷ C. 6,42,32,2: “Cum et in leges respeximus, quae iustis dispositionibus testatorum omnimodo

a indignidade de quem atenta contra a vontade do testador. Destacamos os seguintes casos:

a) acusação de falsidade de testamento ou de inoficiosidade por parte dos herdeiros legítimos. Um fragmento de PAULO aborda esta temática em diversos parágrafos, dos quais destacamos: 1) “depois de ter aceitado um legado, será lícito não só impugnar o testamento como falso, mas também sustentar que não foi feito de acordo com o direito”⁵⁸; 2) todavia, “quem, tendo conseguido um legado, disse que era falso, deverá perder o que obteve”⁵⁹. Se “o pai ou dono tiver acusado o testamento, denegar-se-lhe-á a ação também do que se legou ao seu filho ou escravo”⁶⁰. E “se aquele que me pediu que restituísse um legado tiver acusado de falso o testamento, deverá restituí-lo ao fisco”⁶¹. No entanto, “perdoase à idade de quem acusou e principalmente se o tutor ou curador quiser acusá-lo de falso ou de inoficioso e assim responderam por rescrito os Imperadores Alexandre Severo e Antonino Caracala”⁶². Finalmente, “todos os que foram repelidos como indignos têm de ser excluídos do prémio que, segundo o edito do Divino Trajano é dado a quem denuncia”⁶³. Esta indignidade atinge não só os acusadores (denunciantes), mas também as testemunhas que sufragaram a acusação e, em geral, quem assistiu o acusador, como observamos igualmente em PAULO: “Mas aos que ajudaram, com o seu testemunho, a demanda do acusador deve ser-lhes denegada a ação; e isto por decreto do Divino Pio”⁶⁴. E “há quem opine, com razão, que se tem de denegar também a quem assistiu o acusador ou a quem por ele tenha sido fiador”⁶⁵. Do mesmo modo, na opinião de alguns juristas, a indignidade atinge o Governador que “declarou falso um testamento se, mediante apelação, o herdeiro instituído ganhou”⁶⁶. Esta hipótese,

heredes obedire compellunt, et sic strictius causam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos, qui testatoribus suis minime parverint”.

⁵⁸ D. 34,9,5pr.: “Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere...”

⁵⁹ D. 34,9,5,1: “...Ergo qui legatum secutus postea falsum dixit, amittere debet, auod consecutus est...”

⁶⁰ D. 34,9,5,3: “Si pater accusaverit testamentum, vel dominus, denegabitur ei actio etiam eius, quod filio eius vel servo legatum est...”

⁶¹ D. 34,9,5,6: “Si is, cui rogatus sum legatum restituere, falsum dixerit, restituere id fisco debebo”.

⁶² D. 34,9,5,9: “Aetati eius, qui accusavit, ignoscitur, et máxime si tutor vel curator dicere falsum vel inoficiosum velit; et ita imperatores Severus et Antoninus rescripserunt”. Cf. também: D. 49,14,29,1.

⁶³ D. 34,9,5,20: “Omnes, qui ut indigni repellentur, summovendi sunt a praemio, quod secundum Edictum Divi Traiani datur his, qui se deferunt”. Cf. também: D. 49,14,13,9

⁶⁴ D. 34,9,5,10: “His vero, qui testimonio suo intentionem accusatoris adiuverunt, deneganda est actio, idque Divus Severus decrevit”.

⁶⁵ D. 34,9,5,11: “Sunt, qui putant, et recte, et ei denegandam, qui accusatori adfuit, vel fideiussor pro eo extiterit”

⁶⁶ D. 34,5,9,12: “Quidam et Presidem indignum putant, qui testamentum falsum pronuntiavit, si appellatione intercedente heres scriptus obtinuit”.

suscita algumas reservas porque o Governador desempenha um officium que devia afastar a indignidade de quem decide. Tal como não incorrem em dignidade o tutor, o curador e o advogado do fisco que impugnem o testamento no interesse do pupilo, do menor e do fisco, como refere PAULO: “Perdoa-se a idade de quem acusou e principalmente se o tutor ou curador quiser acusá-lo de falso ou de inoficioso, e assim responderam por rescrito os Imperadores Alexandre Severo e Antonino Caracala”⁶⁷. Relativamente à impugnação do testamento por vício formal, não é causa de indignidade, como também refere PAULO: “Quem sustentou que (o testamento) não foi feito conforme ao direito, e não venceu, não é privado do que nele lhe foi deixado”⁶⁸. De todo o modo, é evidente que a indignidade aqui abordada por PAULO tem, como causa, o desrespeito pela vontade do testador, acusando injustamente o testamento de falsidade.

Outra situação de desrespeito pela vontade do testador verifica-se também quando um filho, apesar de ter sido omitido (praeteritio) no testamento, pede a bonorum possessio, como refere MARCIANO: “Retira-se a herança universal que passa a pertencer ao fisco, se o filho emancipado tiver pedido, como preterido, a posse dos bens do pai contra o testamento e tiver aceitado a herança por substituição do impúbere”⁶⁹.

Segundo parece, há aqui vários momentos: 1) o filho foi omitido no testamento do pai que é obrigado a praticar a praeteritio, sob pena de o testamento ser inválido⁷⁰; 2) vem, depois, a ser herdeiro em substituição de um impúbere (provavelmente contemplado) nesse testamento; 3) pretende, no entanto, herdar diretamente, pedindo a herança pretória (bonorum possessio); 4) viola, no entanto, a vontade do pai que o afastou, omitindo-o, dessa herança. E este desrespeito implica que lhe seja aplicada a nota de indignidade;

b) injusta acusação de parto feita pelo substituto pupilar à mãe do herdeiro instituído: PAPINIANO expõe o seguinte caso: um pai substituiu o seu filho impúbere, numa parte da herança, pelos filhos do seu irmão para a hipótese de o seu filho falecer antes da puberdade⁷¹; este faleceu e, depois da sua morte, os substitutos (seus primos) acusaram a mãe do impúbere da prática de parto, para obterem a herança legítima do seu tio paterno (pai do impúbere falecido). O

⁶⁷ D. 34,9,5,9: “Aetati eius, qui accusavit, ignoscitur, et maxime si tutor vel curator dicere falsum vel inofficiosum velit; et ita Imperatores Severus et Antoninus rescripserunt”. Cf. também: D. 34,9,22.

⁶⁸ D. 34,9,5,1: “Ille, qui non iure factum contendit, nec obtinuit, non repellitur ab eo, quod meruit...”.

⁶⁹ D. 34,9,2pr.: “Aufertur hereditas ex asse, et ad fiscum pertinet, si emancipatus filius contra tabulas bonorum possessionem patris ut praeteritus petierit, et ex substitutione impuberis adierit hereditatem”.

⁷⁰ Vide infra, n.º 10.

⁷¹ Como se sabe, ocorre a substituição pupilar quando um paterfamilias institui um filius e designa um substituto para o caso de o filius morrer antes de atingir a puberdade, ou seja, antes de adquirir a capacidade de testar. Se o filho morrer impúbere, serão deferidas ao substituto não só a herança do paterfamilias, mas também a do próprio filius. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 192.

jurisconsulto respondeu que aos acusadores vencidos dever-se-á retirar a parte da herança proveniente da substituição, porque não respeitaram o testamento⁷².

Este caso mostra que os substitutos ofenderam gravemente a mulher do testador e, porque não provaram a existência do parto, acabaram por ofender também a memória do marido testador e desrespeitar a sua vontade, alterando o destino dos bens.

c) supressão do testamento por quem sucede ab intestato: esta causa de indignidade que afasta quem suprimiu ou alterou o testamento para que, como herdeiro não testamentário, pudesse ser chamado à herança e, aceitando-a, dispor dos bens hereditários, encontra-se em diversas fontes, de que destacamos:

D. 48,10,26 (MARCELO): “Se alguém tivesse apagado o testamento do seu pai e, como se este tivesse falecido intestado, tivesse atuado como herdeiro, justissimamente se lhe retirará ao herdeiro toda a herança”⁷³.

D. 34,9,12 (PAPINIANO): “... já antigamente o Senado retirou a herança, como indignos, aos herdeiros que não teriam a seu favor a última vontade. Assim julgou o Divino Marco Aurélio em relação a quem cujo nome o testador teria apagado depois de feito o testamento...”⁷⁴;

PS 3,5,13: “A todos que atuem contra a vontade do defunto, a herança é retirada se nada no testamento foi estipulado em fraude da lei”⁷⁵;

D. 44,4,10 (ULPIANO): “Deve saber-se ademais que se alguém pede algo, por causa de um testamento, contra a vontade (do defunto), costuma repelir-se com a exceção de dolo mau; assim, o herdeiro que não atua de acordo com a vontade do defunto é repellido pela exceção de dolo (mau)”⁷⁶;

D. 37,11,2,7 (ULPIANO): “Se se apagou intencionalmente o nome do herdeiro, admite-se, sem dúvida alguma, que não pode pedir a posse dos bens, como tão pouco a pode pedir o herdeiro instituído sem a vontade do testador,

⁷² D. 49,9,16pr.: “Cum tabulis secundis pater impuberi filio fratris filios, coheredibus datis, substituisset, ac substituti fratris filii post mortem pueri matrem eius partus subiecti ream postulasent, ut hereditatem patri legitimam obtinerent, victis auferendam esse partem hereditatis ex causa substitutionis respondi, quia ex testamento sententiam secundum se dictam non haberent”.

⁷³ D. 48,10,26: “Si quis patris sui testamentum aboleverit, et quasi intestatus decessisset, pro herede gesserit (...), iustissime tota hereditas paterna heredi eius eripietur”. Cf. também: D. 48,10,4.

⁷⁴ D. 34,9,12: “...heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, ab-sulit iam pridem Senatus hereditatem.. Quod Divus Marcus in eius persona iudicavit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat...”.

⁷⁵ PS. 3,5,13: “Omnibus, qui contra voluntatem defuncti faciunt, ut indignis eufertur hereditas, si nihil testamentonin fraudem legis fuerit cautum”.

⁷⁶ D. 44,4,10: “Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere; et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur”.

pois se tem por não instituído quem o testador não quis instituir”⁷⁷;

D. 38,6,1,8 (ULPIANO): “Se o testamento em que alguém foi instituído herdeiro, não é válido, quer porque foi rompido ou cancelado quer porque o testador manifestou de outro modo a sua vontade de o revogar e morrer ab intestato, há que dizer que quem obteve a posse dos bens terá aquela herança ab intestato”⁷⁸;

D. 28,4,1,3 (ULPIANO): “Pode opor-se exceção a quem reclama o que se apagou, mas não aos que pedem o que se apagou inadvertidamente, podendo ler-se ou não, porque ainda que o testamento não subsista inteiro, consta que vale tudo o que se encontra escrito nele e se o testador o destruiu, se denegarão as ações, mas se foi outro contra a vontade do testador, não se denegarão”⁷⁹.

O princípio que se retira destes textos é claro: deve cumprir-se a última vontade que o testador, manifestou no seu testamento. Por isso, se a alterou, rompendo ou apagando o nome do herdeiro instituído, este não herda. O testador pode, afastar da herança o herdeiro ou legatário por indignidade. E, se assim é, também se o próprio herdeiro (ou legatário) inutiliza o testamento para satisfazer os seus interesses, violando a voluntas defuncti, incorre em indignidade⁸⁰.

O respeito pela vontade do de cuius que pode justificar a indignidade do herdeiro ou do legatário determina também que se o testador apagou as disposições testamentárias só para morrer ab intestato, não existe indignidade e, em consequência, haverá lugar para a sucessão legítima, como refere PAULO citado por PAPINIANO: “Mas se rompeu as tábuas para morrer intestado, e isto for provado por quem pretende suceder ab intestato, retirar-se-á a herança aos instituídos”⁸¹

d) subtração de coisas de herança, pelo herdeiro: MARCELO refere que o Imperador recusou ao herdeiro a quarta parte da coisa que subtraiu; e diz: “Se o de cuius tinha quatrocentos e legou este valor e se o herdeiro tivesse subtraído

⁷⁷ D. 37.11.2.7: “Si consulto sit inductum nomen heredis, indubitanter probatur, bonorum possessionem petere eum non posse, quemadmodum non potest, qui heres scriptus est non consulto testatore; nam pro non scripto est quem scribi noluit”. Cf. também: C. 6,35,4.

⁷⁸ D. 38,6,1,8: “Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisas sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testatorum mutavit, voluitque intestato decedere, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt”.

⁷⁹ D. 28,4,1,3: “Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero, non repelluntur, sive legi possunt, sive non possunt, quoniam, si totum testamentum non extet, constat valere omnia, quae in eo scripta sunt. Et si quidem illud concidit testatorum denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur”.

⁸⁰ Vide PIETRO BONFANTE, Corso di diritto romano VI. Le successioni, cit., pp. 335 e 337.

⁸¹ D. 28,4,4: “...Paulus notat: sed si, ut intestatus morreretur, incidit tabulas, sed hoc appobaverint hi, qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas”.

cem, (o herdeiro) ficará com setenta e cinco e dará duzentos e vinte e cinco aos legatários; e dos cem, que subtraiu, dará setenta e cinco aos legatários e vinte e cinco irão para o fisco”⁸². Como se observa, a penalização incide sobre o bem subtraído: nesta hipótese, no valor de cem. O texto não fala de indignidade, mas a entrega ao fisco da quarta parte da coisa subtraída justifica-se, muito provavelmente, na indignidade em que o herdeiro incorreu;

e) escusa da tutela: se alguém, nomeado tutor se escusou da tutela, “perde o que obteve no testamento”, observa PAULO⁸³, que contempla também o caso de um legado a quem, tendo sido pedido tutor pela mãe do pupilo, preferiu escusar-se. Nesta hipótese, “este legado, que se recusa ao tutor, não é transferível para o fisco, antes é deixado ao filho, cujos interesses foram abandonados”⁸⁴. Também aqui o tutor perde o que recebeu por se afastar das funções de cuidar do pupilo. A circunstância de os bens passarem para o pupilo e não para o fisco indicia uma interpolação justiniana, como observa BONFANTE⁸⁵;

f) incumprimento de legados e fideicomissos: Justiniano reconhece o incômodo de quem é contemplado com legados e outras liberalidades que não são pagas, não cumprindo os herdeiros as determinações dos testadores. E, porque a situação de incumprimento aumentou contra o estabelecido nas leis, o Imperador determinou, em síntese, que: 1) as disposições dos testadores devem ser cumpridas, salvo se proibidas por lei; 2) decorrido um ano, o herdeiro é privado de todos os bens, ou seja, da herança; 3) havendo mais herdeiros, o que resta reverterá para os coherdeiros; 4) se os não houver ou não aceitarem a herança, tais bens reverterem para os legatários e fideicomissários e para os escravos manumitidos no testamento; 5) se nenhuma destas pessoas referidas no testamento quiser aceitar, tais bens devem ser deferidos aos herdeiros ab intestato; 6) finalmente, os bens passam para o fisco⁸⁶.

Não se fala de indignidade e o fisco só é chamado a herdar em último lugar. Todavia, não é ousado pensar que o comportamento do herdeiro que, desrespeitando a vontade do testador, não cumpre os legados e fideicomissos,

⁸² D. 34,9,6: “... et ideo si is, qui quadringinta habebat, universa quadringenta legavitm et heres centum subtraxisset, tectorum quartam retinebit, septuagintaquinque scilicet, et ducenta viginti quinque dabit legatariis: ex centum, quae surripuit, legatariis quidem dabit septuagintaquinque, reliqua, id est viginti quinque, ad fiscum venient”.

⁸³ D. 34,9,5,2: “Amittit id, quod testamento meruit, et cum placuit, qui tutor datus excusavit se a tutela...”. Cf. também: C. 6,37,25.

⁸⁴ D. 34,9,5,2: “... Diversum puto in eo, qui legatum tantum meruit, et a madre pupilli tutor petitus excusare se maluit; hic enim nihil contra iudicium defuncti fecit. Sed hoc legatum, quod tutori denegatur, non ad fiscum transfertur, sed filio relinquitur, cuius utilitates desertae sunt”. Cf. também: D. 27,2,1,3.

⁸⁵ Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano VI. Le successioni*, cit., p. 336; e ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 231 que considera este um dos casos erradamente considerados de indignidade, porque o legado é nulo e, portanto, o legatário sofre de incapacidade.

⁸⁶ Cf. N. 1.

se integra em indignidade, embora mais próxima dos nossos tempos do que nas épocas clássica e pós-clássica. Contra, ENZO NARDI entende que não se trata de indignidade, porque decorrido um ano da *iudicialis admonitio*, o deixado devolvido ao desobediente se tem por não escrito⁸⁷. Mas perguntar-se-á: porquê? Haja em vista que o comportamento do herdeiro, do legatário ou do fideicomissário justifica a privação dos bens que, doutro modo, lhe seriam atribuídos.

g) dolo ou violência para impedir que se faça testamento ou altere o que já foi feito: segundo ULPIANO, “O Imperador Adriano, de consagrada memória, dispôs que se devem denegar as ações a quem, querendo ficar com a herança legítima ou testamentária, impediu que o notário entrasse onde estava quem queria fazer testamento ou alterá-lo e que, sendo-lhe denegadas as ações, a herança passará para o fisco”⁸⁸.

No mesmo sentido, escreve PAULO: “Se algum tivesse atuado com dolo para que não acoressessem as testemunhas e, por esse motivo, não se pudesse fazer testamento, devem denegar-se as ações a quem assim atuou, quer seja herdeiro legítimo quer tenha sido instituído em testamento anterior”⁸⁹.

E, ainda mais claramente, uma *constitutio* de Diocleciano e Maximiano, do ano 285, determina que “é de direito muito solene que sejam excluídos do benefício da sucessão, como pessoas indignas, os que se prova que se serviram de impedimento para que não se fizesse testamento”⁹⁰.

Como se observa, é considerado indigno quem, atuando com dolo ou violência, impede alguém de fazer ou alterar o testamento, com vista a beneficiar como herdeiro legítimo ou testamentário. E, como normalmente sucede, os bens de que o indigno é privado são entregues ao fisco⁹¹;

h) pessoa instituída herdeira como filho, cuja paternidade foi declarada falsa depois da morte do testador: HERMOGENIANO escreve que “se priva, como indigno, da sucessão, quem, tendo sido instituído herdeiro como filho, foi declarado falso filho (*suppositus*) depois da morte de quem se dizia pai”⁹². Estamos perante uma situação reprimida pela *lex Cornelia testamentaria nummaria* que

⁸⁷ Vide ENZO NARDI, *I casi de indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 240-241.

⁸⁸ D. 29,6,1pr.: “Qui dum captat hereditatem legitimam vele x testamento, prohibuit testamentarium introire, volente eo facere testamentum, vel mutare, Divus Hadrianus constituit, denegari ei debere actiones, denegatisque ei actionibus fisco locum fore”. Cf. também: D. 34,9,19.

⁸⁹ D. 29,6,2pr.: “Si quis dolo malo fecerit, ut testes non veniant, et per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi, denegandae sunt actiones ei, qui dolo fecerit, sive legitimus heres sit, sive priore testamento scriptus”. Cf. também: D. 29,6,3, -29,6,1,1; -31,88,4.

⁹⁰ C. 6,34,2: “Eos, qui, ne testamentum ordinaretur, impedimento fuisse monstrantur, velut indignas personas a successionis compendio removeri, celeberrimi iuris est”.

⁹¹ Vide ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 205-207, para quem os meios violentos ou dolosos podem ser diversos. No entanto, todos podem ter consequências, acima de tudo penais. A partir do ano 479, o culpado é punido, por força de uma *constitutio* de Zenão (C. 6,34,4) com a *publicatio* dos bens e a *relegatio perpetua*.

⁹² D. 49,14,46pr.: “Aufertur ei quasi indigno successio, qui, cum heres institutus esset ut filius, post mortem eius, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est”.

combateu as falsificações em que alguém se afirmava filho para, enganando o falso pai, este lhe deixasse a herança testamentária⁹³. O jurisconsulto afasta-o da sucessão testamentária provavelmente porque, embora pensasse que não é filho do testador, teria agido como tal para ficar com a herança⁹⁴;

3. Faltas contra a lei: estamos perante condutas ilegais do herdeiro que determinam a sua indignidade sucessória. Destacamos:

a) fideicomisso tácito: ocorre quando o herdeiro (fiduciário) aceitou secretamente um fideicomisso para o entregar a um fideicomissário incapaz. Nesta hipótese, GAIO observa que “se obriga em fraude à lei quem promete tacitamente entregar à pessoa, a quem as leis proibem, a aquisição por testamento”⁹⁵. No entanto, “com razão se diz que se o pai fez com que um filho, que estava sob o seu poder, contraísse tacitamente a obrigação de um fideicomisso, não se deve prejudicar o filho pois tinha que obedecer ao seu pai”⁹⁶. Ou seja, se o fideicomisso foi confiado a um filho dependente da potestas do pai, não será penalizado: afastada a indignidade, recebe a herança em que, como herdeiro (fiduciário), foi instituído. Não sendo o caso, o herdeiro fiduciário torna-se indigno por ter colaborado in fraudem legi⁹⁷.

b) convivência ilegal: referimos os casos de um magistrado que, contra a lei, contrai matrimónio com mulher da província onde exerce funções, do tutor que casa com a pupila, do adúltero que desposa a adúltera e, em geral, todo o matrimónio contraído contra a lei. Nestes casos, quem agiu contra legem é considerado indigno e os bens hereditários que lhe coubessem passam para o fisco, como observamos em:

D. 34,9,2,1 (MARCIANO): “Assim mesmo, se alguém tivesse casado contra os mandatos (imperiais) naquela província em que desempenha o seu cargo, decidiram num rescrito Septímio Severo e Antonino Caracala, de consagrada memória, que não podia reter o que tivesse recebido por testamento da sua mulher; o mesmo sucede se um tutor tivesse casado com a sua pupila contra o decreto do Senado. Em ambos os casos, a herança é para o fisco, ainda que o instituído herdeiro universal a tivesse aceite, pois se lhe confisca como pessoa indigna”⁹⁸;

⁹³ Vide ARMANDO TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, p. 864.

⁹⁴ Vide ENZO NARDI, *I casi de indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 256-257, para quem, embora os intérpretes considerem que estamos perante um caso de indignidade, há outro fragmento (D. 37,19,1,11) que considera a instituição de quem depois é reconhecido *suppositus*, como “pro non scripta habetur”, ou seja, inexistente.

⁹⁵ D. 34,9,10pr. “In fraudem iuris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitor, vel aliud tacite promittit restitutum se personae, quae legibus ex testamento capere prohibetur...”.

⁹⁶ D. 34,9,10,2: “Recte dictum est, si pater filii, quem in potestate habebat, tacitam fidem interposuerit, non debere id filio nocere, quia parendi necessitatem habuerit”. Cf. também: D. 30,123,1: -35,2,59,1; -49,14,3pr.; -49,14,40pr.; -49,14,49; C. 6,50,3. Vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 123.

⁹⁷ Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano VI. Le successioni*, cit., p. 342.

⁹⁸ D. 34,9,2,1: “Item, si quis contra mandata duxerit uxorem ex ea provincia, in qua officium

D. 34,9,13: (PAPINIANO): “Mévio foi condenado por cometer adultério com Semprónia e casou com ela, não tendo sido esta condenada. Ele, ao morrer, instituiu-a herdeira. Pergunto se houve matrimónio conforme ao direito e se ela pode adquirir a herança. Respondi que não vale o matrimónio nem pertence à mulher a herança, mas o que lhe deixou Mévio deve passar para o fisco. Mas também se tal mulher tivesse instituído herdeiro o seu marido, dizemos que este ficaria privado da herança como indigno”⁹⁹;

D. 34,9,14 (PAPINIANO): “Uma mulher foi reconhecida ré de união ilegal com um militar; respondo-te, sem demora, que, embora o militar tivesse morrido antes do ano do seu licenciamento, ela não pode ser admitida a herdar conforme o testamento feito por direito militar e o que ele lhe deixou pertence ao fisco”¹⁰⁰;

C. 5,5,4 (constitutio de Valentiniano, Teodósio e Arcádio, do ano 393): “Quem, acaso, tivesse contraído núpcias contra os preceitos das leis ou contra os mandatos e as constituições dos príncipes, não obtenha nada em virtude do mesmo matrimónio quer se tenha feito doação antes das núpcias quer tenha sido dado depois de qualquer modo e mandamos que tudo o que tivesse passado para o poder de um por liberalidade do outro, seja reivindicado pelo fisco, como retirado a um indigno ou a uma indigna...”¹⁰¹.

D. 34,9,2,1 (MARCIANO): “... responderam por rescrito os Divinos Severo e Antonino (Caracala) que não pode reter o que adquiriu por testamento de sua mulher, como, v.g., o tutor que tivesse tomado para mulher da sua casa a sua pupila contra o decreto do Senado (...) A herança é para o fisco, ainda que já a tivesse aceitado o instituído herdeiro universal, pois se lhe confisca como pessoa indigna”¹⁰².

aliquid gerit, quod ei ex testamento uxoris acquisitum est, Divi Severus et Antoninus rescripserunt, retinere eum non posse, tanquam si tutor pupillam contra decretum amplissimi ordinis in dominum suam duxisset. Utroque ergo casu, et si ex asse heres institutus adierit hereditatem, fisco locus fit; nam quasi indigno ei aufertur hereditas”. Cf. também: D. 23,2,63; -34,9,2,2.

⁹⁹ D. 34,9,13: “Maevius in adulterio Semproniae damnatus, eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem, qui moriens heredem eam reliquit; quaero, an iustum matrimonium fuerit, et an mulier ad hereditatem admittatur. Respondi, neque tale matrimonium stare, neque hereditatis lucrum ad mulierem pertinere, sed quod relictum est ad fiscum pervenire. Sed etsi talis mulier virum heredem instituerit, et ab eo quasi ab indigno hereditatem auferri dicimus”.

¹⁰⁰ D. 34,9,14: “Mulierem, qua estupro cógnita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum iure militiae factum, et id, quo relictum est, ad fiscum pertinere, proxime tibi respondi”.

¹⁰¹ C. 5,5,4: “Qui contra legum praecepta vel contra mandata constitutionesque principum nuptias forte contraxerit, nihil ex eodem matrimonio, sive ante nuptias donatum, sive deinceps quoquo modo datum fuerit, consequatur, idque totum, quod ab alterius liberalitate in alterum processerit, ut indigno indignave sublatum, fisco vindicari sancimus...”.

¹⁰² D. 34,9,2,1: “... Divi Severus et Antoninus rescripserunt, retinere eum non possem tamquam si tutor pupillam contra decretum amplissimi ordinis in domum suam duxisset (...) et si ex asse heres

3. Casos duvidosos: indignidade ou incapacidade?

No direito justinianeu, surgiram novos casos e foram alterados outros que se aproximam do regime da incapacidade e afastam da indignidade.

Com efeito, há situações em que as disposições testamentárias são consideradas não escritas e, portanto, o herdeiro testamentário não é chamado à sucessão nem o legatário à res legada. Como veremos oportunamente¹⁰³, os efeitos jurídicos são profundamente diferentes e, portanto, nem sempre é correto falar de indignidade, como também nem sempre é certo falar de incapacidade. Bastará, por agora, referir que, enquanto na incapacidade a herança (ou legado) não é deferida ao incapaz, na indignidade, o indigno é herdeiro, mas não retém os bens que passam para outra pessoa e ordinariamente para o fisco, que não é considerado herdeiro.

Tudo depende, portanto, de saber se a disposição a favor do herdeiro, do legatário ou do fideicomissário existe ou não, é inválida ou válida: não existindo ou sendo inválida, estaremos perante uma incapacidade; sendo válida, na presença de uma indignidade.

Em brevíssima síntese, referimos as palavras de BIONDO BIONDI, para quem “a diversidade de regimes é tão profunda que tem uma intrínseca e importante razão de ser”¹⁰⁴. Depois, comparando com a incapacidade testamentária passiva (testamenti factio, mais tarde denominada passiva), o Autor observa que, enquanto nesta “há o direito de crescer ou à chamada sucessiva dos substituídos ou dos herdeiros legítimos segundo a ordem legal, no caso do herdeiro indigno a herança vai para o fisco ou excepcionalmente para as pessoas indicadas na lei”; depois, ainda, “faltando a capacidade testamentária passiva, a herança não se defere e não se pode adquirir, enquanto no caso de indignidade a herança é deferida e pode ser adquirida, mas é subtraída e atribuída a outrem”; e enquanto aquela incapacidade “é absoluta, no sentido de que se refere a qualquer pessoa, a indignidade é sempre relativa a determinado herança”.

É verdade que, no direito romano, as razões que justificam a incapacidade e a indignidade podem ser – e frequentemente são – comuns. Isto não afasta a diversidade de regimes que, esta sim, é decisiva na individualização das duas figuras.

Seguindo de perto ENZO NARDI, embora nem sempre concordando, há casos tidos como indignidades que são verdadeiras incapacidades. Destacamos:

a) inífiéis, hereges e apóstatas: estão impedidos de dispor e de receber por testamento e também ab intestato. Com efeito, Justiniano determinou que “não podem ter sucessores por testamento ou ab intestato senão os ortodoxos, nem doem ou de outro modo alienem a favor de quem não seja ortodoxo; se não que o

institutus adierit hereditatem, fisco locus fit; nam quasi indigno ei aufertur hereditas”.

¹⁰³ Vide infra, n.º 12.

¹⁰⁴ Transcrevemos BIONDO BIONDI, Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, cit., p. 15.

fisco reivindica os ditos bens por providência dos bispos e governadores”¹⁰⁵. Trata-se, na opinião de BIONDO BIONDI, duma “legislação oscilante, tumultuária, por vezes suave, mas habitualmente áspera e ameaçadora, sugerida por particulares contingências que reclamavam a intervenção do Estado para decepar numerosas heresias que naquele tempo pululavam especialmente no Oriente”¹⁰⁶.

Observa-se que, não existindo qualquer ofensa à integridade física ou moral do de cuius, estamos perante verdadeiras incapacidades determinadas por motivos de fé¹⁰⁷. E refere-se que, assim como Augusto criou incapacidades por finalidade política e social (demográfica), os imperadores cristãos utilizaram a mesma via legislativa para defenderem e afirmarem a fé ortodoxa.

b) herdeiro que não cuida do furiosus: na Novela justinianeia 115,3,12, afirma-se que “se algum estranho vir que quem sofria de loucura não era cuidado pelos seus descendentes ou pelos seus cognados ou por alguém instituído herdeiro e por misericórdia quiser cuidar dele, damos-lhe autorização para lhes dirigir um atestado por escrito para que se apressem a cuidar dele. Mas se, depois dessa denúncia, o desatenderem e se tiver provado que o estranho recolheu o furiosus em sua casa e cuidou dele, (determinamos) que entre na sua sucessão, ficando inválida, como indignos, a instituição dos que não prestaram ao furiosus os seus cuidados”¹⁰⁸. Segundo ENZO NARDI, estamos perante um dos casos erradamente considerados de indignidade, considerando que se trata de uma incapacidade de suceder¹⁰⁹. Não a afasta a circunstância de o Imperador entender que os descendentes do furiosus atuaram como indignos, mas sim o regime jurídico: sendo a sucessão inválida, os seus descendentes não chegam a entrar na sucessão, mas quem dele cuidou.

c) herdeiro que não procura resgatar o autor da herança: na Novela 115,3,13, refere-se que “se um dos ascendentes está retido em cativo e não tenha sido libertado por negligência ou menosprezo dos descendentes e tiver falecido no cativo, não permitimos que entrem na sucessão os que não se apressaram a procurar o seu resgate, atribuindo-se à igreja da cidade, de que é oriundo, todos

¹⁰⁵ C. 1,5,17: “Non possunt successores habere ex testamento vela b intestato, praeter orthodoxos, neque donan aut aliter alienant his, qui non sunt orthodoxi; sed fiscus ipsa vindicat providentia episcoporum et praesidium”.

¹⁰⁶ Transcrevemos BIONDO BINDI, Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, cit., p. 22.

¹⁰⁷ Vide, neste sentido, BIONDO BIONDI, ibidem, p. 22.

¹⁰⁸ N.115,3,12 in fine: “...Si autem aliquo furiosis morbo eum detentum extraneus aliquis viderit a suis neglectum liberis, vel cognatis, aut aliis ab eo scriptis heredibus, et pro misericordia voluerit eum procurare, damus ei licebitiam attestationem eis, qui ab intestato vel ex testamento iam facto ad furiosi hereditatem vocantur, scriptis dirigere, ut eum procurare festinent. Si autem posthismodi attestationem neglexerint, et extraneus in sua domo furiosum susceptum sumtibus propriis usque ad finem vitae ipsius procurasse monstratus fuerit, eum, qui extraneus sit, ad eius successionem prevenire decernimos, evacuata institutione eorum, utpote indignorum, qui furioso, sicut diximus, curam praevehere neglexerint...”.

¹⁰⁹ Vide ENZO NARDI, I casi de indegnità nel diritto successorio romano, cit., pp. 227 e 253.

os bens deixados por ele a todos os descendentes que sejam negligentes...¹¹⁰. Também aqui Justiniano é claro: os descendentes negligentes não chegam a entrar na sucessão e a herança é atribuída à Igreja da cidade do defunto;

d) a inimizade que passou a existir entre o testador e o legatário, depois da redação do legado: segundo ULPIANO, “se sobrevierem inimizades de morte entre o legatário e o testador e ser verosímil que o testador não tinha querido que se entregasse o legado ou o fideicomisso àquela pessoa a quem atribuiu, é melhor dizer que não pode reclamar o legado¹¹¹. O legatário (ou o fideicomissário) não chega a receber o legado (ou o fideicomisso) e, portanto, não se lhe pode retirar o que não entrou no seu património. Por isso, esta situação cai no âmbito da incapacidade, ou, como ENZO NARDI observa, “trata-se dum caso de revogação presumida e não duma hipótese de indignidade¹¹²;

e) legatário que ocultou o testamento: Justiniano apreciou, numa constitutio do ano 531, o caso de um legatário que ocultou o testamento que, depois, foi descoberto, duvidando-se se o ocultador podia reivindicar o legado que lhe foi deixado. E determinou que “se deve impedir, por todos os modos, que recolha o fruto da sua astúcia quem quis defraudar o herdeiro e que lhe seja retirado tal legado e fique em poder do herdeiro como se não tivesse sido escrito...¹¹³. Porque não se considera escrito, o legado é como se não existisse e, portanto, não pode ser recebido pelo legatário. Trata-se, pois, duma incapacidade;

f) herdeiro ou legatário que recusa o encargo de educar o pupilo em consideração do qual foi contemplado: ULPIANO aborda duas situações: na primeira, o legatário ou herdeiro recusa cumprir o encargo de educar a pessoa que lhe foi atribuído em testamento. As ações devem-lhe ser denegadas; na segunda, em que o testador deixou o legado ou herança, mesmo sabendo que o legatário ou herdeiro recusaria o encargo, não se deverá denegar a ação, como frequentemente determinou Septímio Severo. O problema surge na primeira hipótese, havendo quem entenda que o testador deixou um legado ou herança sob a condição de o legatário ou herdeiro educar determinada pessoa. Se recusasse, a liberalidade tem-se por não escrita, ou seja, o legatário não chega a receber o legado nem o herdeiro a entrar na herança, situação que se aproxima

¹¹⁰ N. 112,3,13: “...Si autem per liberorum negligentiam vel contentum non fuerit liberatus, et in cpativitate decesserit, illos ad successionem eius venire non patimur, qui non festinaverunt eius redemptionem procurare, sed omnibus liberis in hoc negligentibus res universas ab eodem derelictas ecclesiae civitatis, ex qua oritur...”.

¹¹¹ D. 34,9,9pr.: “Si inimicitiae capitales intervenerunt inter legatarium et testatorem, et verisimile esse coeperit, testatorem noluisse legatum sive fideicomissum praestari ei, cui adscriptum relictum est, magis est, ut legatum ab eo peti non possit”.

¹¹² Vide ENZO NARDI, *I casi de indignità nel diritto successorio romano*, cit., p. 229.

¹¹³ C. 6.37,25° Si legatarius celarevit testamentum, et postea hoc in lucem emergerit, an posset legatum sibi relictum is, qui celaverit, ex eo testamento vindicare, dubitabatur. Quod omnimodo inhibendum esse censimus, ut non accipiat fructum suae calliditatis, qui heredem voluit hereditate defraudare; sed huiusmodi legatum illi quidem auferatur, maneat autem quasi pro non scripto apud heredem...”.

da incapacidade sucessória¹¹⁴;

g) mãe cujo filho morre impúbere e, tendo aceitado a tutela legítima dos filhos, contraiu segundas núpcias contra o seu juramento e antes de ter sido nomeado outro tutor e de prestar contas: uma *constitutio* de Teodósio e Valentiniano, do ano 439, determinou que “se denegue à mãe toda a sucessão”¹¹⁵. Recusada a sucessão, a mãe parece penalizada como incapaz de herdar do seu filho¹¹⁶.

h) viúva que não observa o ano de luto, desposando ou parindo antes deste tempo um filho concebido depois da morte do marido: segundo uma *constitutio* dos Imperadores Graciano, Valentiniano e Teodósio, do ano 380, “se alguma mulher não tiver guardado ao seu anterior marido, por antecipação de outras núpcias, a consideração do luto, seja infame por lei (...) ademais (...) fique privada de todas as heranças, legados e fideicomissos deixados por última vontade e das doações por causa de morte. Porque ordenamos que estes direitos sejam reivindicados pelos herdeiros ou co-herdeiros ou por quem suceda ab intestato...”¹¹⁷. Também aqui o afastamento de todas as heranças, legados e fideicomissos (*omnium hereditatum, legatorum, fideicommissorum*) e não de determinada herança, legado ou fideicomisso indicia que se trata de incapacidade ditada por um comportamento que aqueles Imperadores consideram violador dos costumes que se propõem corrigir¹¹⁸;

i) a mãe que não providencia no sentido de serem nomeados tutores idóneos aos seus filhos e estes vêm a morrer impúberes: segundo MODESTINO, o Imperador Alexandre Severo determinou, numa epístola, o seguinte: “Quero, por todos os meios, auxiliar os pupilos, como é próprio da administração pública. Por conseguinte, a mulher que não tivesse pedido tutores idóneos para os seus filhos ou, por serem escusados ou repelidos não tivesse dado seguidamente os nomes de outros, não tenha direito de reclamar os bens dos filhos intestados”¹¹⁹. A recusa do direito de reclamar os bens dos filhos revela alguma ambiguidade: a mãe pode ter direito à herança do filho e ser-lhe recusada a *hereditatis vindicatio*. Nesta hipótese, estaríamos perante o instituto da indignidade, na qual existe herdeiro, mas não pode deter os respetivos bens. Na segunda hipótese, a recusa da reivindicação da herança justifica-se pela incapacidade que priva a mãe da condição de herdeira. ENZO NARDI entende que as palavras usadas pelo Imperador “indicam, de modo

¹¹⁴ Neste sentido, vide ENZO NARDI, *I casi de indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 237-238.

¹¹⁵ Cf. C. 6,56,6.

¹¹⁶ Vide ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 246-247.

¹¹⁷ C. 5,9,1: “Si qua mulier nequaquam luctus religionem prori viro nuptiarum festinatione praestiterit, ex iure quidem notissimo sit infamis (...) omnium praeterea hereditatum, legatorum, ideicommissorum, suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers. Haec manque ab hereribus vel coheredibus aut an intestato succedentibus vindicari iubemus...”.

¹¹⁸ Vide ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 247-248.

¹¹⁹ D. 26,6,2,2: “omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo; et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum”. Cf. também: N. Th. 11.

técnico, a perda da capacidade de suceder¹²⁰.

4. Efeitos:

4.1 Princípio indignus potest capere, sed non retinere

Na indignidade, a pessoa contemplada com a oferta (delatio)¹²¹ da herança, de legado ou de fideicomisso é chamada a manifestar a sua vontade de aceitação ou recusa, salvo se tratar, como veremos oportunamente, de herdeiro necessário¹²². E, se optar pela aceitação, a sua posição de herdeiro consolida-se e jamais se perderá: *semel heres, sempre heres*, como esclarece PAULO quando, a propósito de quem se tornou indigno por ter aceitado um fideicomisso secreto contra a lei que proíbe a sua aquisição e, em consequência, se tornou indigno, respondeu que “quem se presta a cumprir um fideicomisso em fraude à lei se torna herdeiro mediante a aceitação e não deixa de o ser, ainda que fique sem aquilo que, com esse fim, lhe foi deixado”¹²³.

Todavia, porque a sua conduta para com o autor da sucessão ou familiares próximos é muito grave, o direito não permite que goze e disponha desses bens: vigora o princípio enunciado por CUJÁCIO, segundo o qual “*indignus potest*

¹²⁰ Vide ENZO NARDI, *I casi de indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 249.

¹²¹ A delatio é a oferta da herança que surge imediatamente após a morte do de cuius. Segundo RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, 3ª. ed., Valência, 2004, p. 702, delação “procede de deferre (= oferecer) e, daí, que a doutrina fale em herança deferida ou oferecida e, em concreto, de delação – delatio – para referir a chamada do herdeiro para que aceite a herança”. Ainda segundo este Autor, (p. 7038), “a delação vem a ser uma situação de “possibilidade” que se converte em situação de atualidade com a aquisição”. Vide também A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 49, que define a delação como “o chamamento de uma ou mais pessoas para adquirir a herança que lhes é deferida ou oferecida. Constitui a causa ou base jurídica da aquisição”. Cf. também TERÊNCIO CLEMENTE (D. 50,16,151) para quem “entende-se delata a herança que alguém pode obter, aceitando-a”. Nas palavras de MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milão, 1990, p. 681, pressuposto essencial da capacidade de suceder, seja de herança, legado ou fideicomisso, “é que a delação hereditária ocorra a favor de pessoa viva no momento da morte do hereditando: quem pré-morreu ao de cuius não pode beneficiar duma relação nem isto pode suceder a favor de quem não nasceu ainda em tal momento”, embora, nesta última hipótese, haja “exceções a favor de quem está concebido no momento da abertura da sucessão”.

¹²² Vide, entretanto, RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 701 que distingue os herdeiros em: necessários (adquirem automaticamente a herança depois do falecimento do de cuius, sem necessidade de aceitação nem possibilidade de renúncia); e estranhos ou voluntários (herdeiros que não estavam sob a potestas do testador e adquiriam a herança de forma voluntária, prévia delação e mediante aceitação. Vide também: A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3ª. ed., Turim, 1982, p. 679; e SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano*, cit., p. 229.

¹²³ D. 28,6,43,3: “Respondi, qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur, nec desinet heres esse, licet res, quae ita relictæ sunt, auferuntur...”. Vide A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3ª. ed., Turim, 1982, p. 675; MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 329; e PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 283.

capere sed non retinere”¹²⁴. Ou seja, a indignidade pressupõe, num primeiro momento, a capacidade do herdeiro, do legatário ou do fideicomissário e, conseqüentemente, a validade da sucessão¹²⁵.

Tais bens de que o herdeiro, o legatário ou o fideicomissário é privado passam para a esfera patrimonial do *aerarium* e (a partir do Imperador Antonino Pio) para o *fiscus*¹²⁶ ou para outras pessoas legalmente autorizadas¹²⁷.

4.2 A quem aproveita a indignidade

Como se observou, a pessoa indigna não deixa de ser herdeira, legatária ou fideicomissária. A herança, legado ou fideicomisso é-lhe oferecido (*delatio*) e o contemplado pode aceitar (exceto se herdeiro necessário) ou renunciar. Quer aceite, quer renuncie, os bens deixados pelo autor da sucessão serão atribuídos à pessoa prevista na lei ou, ordinariamente, ao *fisco*¹²⁸. Na primeira hipótese, os bens adquiridos pelo indigno devem ser restituídos; se não aceitou, passam diretamente a essas pessoas ou ao *fisco*¹²⁹

Tudo o que o indigno (herdeiro, legatário ou fideicomissário) adquiriu é atribuído ao *fisco* juntamente com as obrigações que oneram a herança, legado ou fideicomisso, embora o *fisco* só responda na medida do ativo¹³⁰. Ao mesmo tempo,

¹²⁴ Vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Saragoça, 1991, p. 630; BIONDO, BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., pp. 17 e 19; e MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 329.

¹²⁵ Não assim na incapacidade que determina a exclusão daqueles e a chamada à sucessão dos outros coherdeiros, co-legatários ou co-fideicomissários previstos no testamento ou dos restantes herdeiros situados na ordem sucessória hierarquicamente consagrada no *ius civile* e no *ius praetorium*. Vide ENZO NARDI, *Trittico indignitario*, cit., p. 725 e *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 47.

¹²⁶ Vide ENZO NARDI, *Trittico indignitario*, cit., p. 727.

¹²⁷ Servem de exemplo as pessoas que prestam assistência ao *furiosus* ou procuraram resgatar o *captis* da prisão. Cf. N. 115,12-13. Vide *supra*, nº. 3.

¹²⁸ Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 16; PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni*, cit., p. 282; ANTONIO GUARINO, *Diritto privato romano*, 6ª. ed., Nápoles, 1981, p. 404; ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., pp. 630-631; JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, cit., p. 777; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 685; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 675; MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 329; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 843; MANUEL AMAYA CALERO, *Un famoso pleito sucesório que decide Marco Aurélio em Labeo 34, 1988*, pp. 20 e 23; CÉSAR RASCÓN, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, cit., p. 336; PIETRO BONFANTE, *ibidem* cit., p. 282; ENZO NARDI, *Trittico indignitario*, cit., pp. 724-725; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 737; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 45.

¹²⁹ Vide também ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 337.

¹³⁰ Cf. D. 34,9,18,1; -34,9,16,2. Vide ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 352 para quem, sendo a herança danosa, o *fisco* devia proceder à venda dos bens no interesse dos credores com base em inventário que não podia faltar. Ainda segundo este Autor (pp. 352-355), ao receber a herança, o *fisco* é obrigado a prestar os legados (C. 6,50,3; D. 28,5,9; -30,50,2), a

são denegadas ao indigno as correspondentes *actiones*¹³¹ e concedidas ao fisco.

Se o herdeiro aceitar a herança, verificar-se-ão todas as consequências da aceitação: v.g., a confusão das relações ativas e passivas que porventura existam entre o hereditando¹³² e o indigno e a extinção das servidões¹³³. E passam definitivamente para o indigno e os elementos extrapatrimoniais da herança, como os sepulcros e os antigos *sacra*¹³⁴.

No entanto, os romanistas insistem¹³⁵ que, depois da aceitação – que pressupõe a capacidade e a oferta (*delatio*) –, o indignus não deixa de ser herdeiro, condição que, por efeito do princípio já referido¹³⁶, não se transmite ao fisco ou à pessoa contemplada pela lei¹³⁷. E, mesmo que não aceite, porque a *delatio* é feita ao indigno e não ao fisco ou às pessoas consideradas na lei, nem aquele nem estas se tornam herdeiras. Importante é a *delatio* e não a aceitação (*aditio*) ou, por outras palavras, o direito do fisco (ou das pessoas referidas) surge no momento da *delatio* e, por isso, não cessa se o indigno renunciar ou morrer depois da *delatio*, mas já se extingue se morrer antes¹³⁸.

O direito de o fisco se apoderar dos bens subtraídos ao indigno denomina-se *ereptio*, *ereptum* ou *ereptorium*¹³⁹ e o seu exercício (auferre) é facultativo. Discute-se a natureza jurídica da *ereptio*, mas entende-se que não tem as características de pena, porque: 1) não é cominada por norma penal nem resulta de sentença penal; 2) tem por finalidade a eliminação de uma vantagem patrimonial não merecida e, portanto, não causa dano ao indigno; 3) não é direito de realização obrigatória, mas facultativa, podendo o indigno evitá-lo, renunciando ao deixado; 4) só atinge quem materialmente provocou a indignidade; 5) não se extingue com a morte que, pelo contrário, extingue o crime eventualmente cometido¹⁴⁰.

4.3 Restituição de frutos e juros

Relativamente à restituição dos frutos e dos juros a que haja lugar, o indigno

cumprir os fideicomissos (Cf. 36,1,3,5; -29,6,2,2), a dar a liberdade prevista no testamento (D. 29,5,9; -40,5,12,1; -49,14,14; C. 6,35,4) e a assegurar, até onde for possível, a execução da vontade do de cuius que se traduzisse num ónus ao indigno (D. 34,9,5,4).

¹³¹ Vide A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 675.

¹³² Cf. D. 34,9,17. Vide ENZO NARDI, *I casi de indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 352-355.

¹³³ Nesta caso, se por confusão perdeu um direito de servidão ou de crédito, escreve BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, cit., p. 283, “o dano é seu, enquanto não devia aceitar; não tem lugar a restituição in integrum a seu favor, enquanto, como indigno, não a merece”: D. 34,9,8.

¹³⁴ Cf. D. 11,7,33. Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, p. 282.

¹³⁵ Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, pp. 283 e 286; e ENZO NARDI, *ibidem*, p. 728.

¹³⁶ Vise *supra*, n.º 10.1.

¹³⁷ Vide ainda ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 329-330.

¹³⁸ Neste sentido, vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, p. 283.

¹³⁹ Segundo ENZO NARDI, *ibidem*, p. 83, o vocábulo *ereptorium*, que apenas surge em ULP. 19,17, não pode ter o significado técnico pretendido.

¹⁴⁰ Seguimos ENZO NARDI, *ibidem*, p. 319.

é equiparado a possuidor de má fé, como a propósito de quem, agindo em fraude à lei, aceitou um fideicomisso tácito, escreve PAPINIANO: “deve restituir também os frutos que percebeu antes de o litígio ter sido promovido, porque não parece ter sido um possuidor de boa fé, seguindo o exemplo das heranças reclamadas pelo fisco”¹⁴¹. E, no mesmo sentido, determinaram os Imperadores Alexandre Severo e Antonino Caracala, numa constitutio de 204: “Os herdeiros, que constar deixaram de vingar a morte do testador, sejam obrigados a restituir integralmente os frutos, porque não se considera que foram possuidores de boa fé antes de promovida a controvérsia...”¹⁴².

Em consequência, se o indigno tiver vendido ou consumido os frutos, deverá restituir o preço, como observamos em PAULO: ...”depois de intentado o litígio sobre um fideicomisso tácito, respondi que devem ser restituídos os preços recebidos na venda dos frutos, com juros, isto é, de todos os frutos cujos preços tenham sido cobrados, e se os frutos foram consumidos, bastará que se restitua o seu valor...”¹⁴³.

5. Atuação do fisco. Ação declarativa

Com a indignidade, surge, como já observamos¹⁴⁴, o direito (ereptio, ereptum, ereptorium) de o aerarium (depois, o fiscus) se apoderar dos bens deixados ao indigno, que deve ser exercido a partir da oferta (delatio) a este. Mas o indigno (herdeiro, legatário, fideicomissário) está exposto à ereptio do fisco que os pode retirar das mãos do indigno ou de quem por morte, lhe suceder¹⁴⁵. Para exercer este direito, o fisco deve, em primeiro lugar, verificar se existe a indignidade, ou seja, se alguma das causas previstas na lei se verificou. Para este efeito, cabe ao representante e defensor legal do fisco (advocatus fisci) promover o procedimento judicial, após denúncia (nuntiatio) que pode ser feita pelo próprio indigno ou por outra pessoa¹⁴⁶.

Proposta a ação contra o pretenso indigno, este pode contestá-la, invocando

¹⁴¹ D. 34,9,18: “Eum, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus, auos ante litem motam percepit, restituere cogendum respondi, quod bonae fidei possessor fuisse non videtur, exemplo bonorum fisco vindicatorum”.

¹⁴² C. 6,35,1: “Heredes, quos necem testatoris inultam omisisse constiterit, fructus íntegros cogantur reddere. Neque enim bonae fidei possessores ante controversiam illatam videntur fuisse...” Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – VI (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 45277.

¹⁴³ D. 34,9,18pr.: “...Post motam de tacito fideicomisso controversiam, ante pretia fructum percepta cum usuris esse restituenda respondi; sed omnium fructuorum, auorum pretia percepta fuerant, quod si fructus in usu habuit, eorum pretia tantum restitui satis erit...” Cf. também: C. 6,35,1pr. Vide ENZO NARDI, *I casi di indegntità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 340-345.

¹⁴⁴ Vide supra, n.º. 4.2; e também ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 293 e 305.

¹⁴⁵ Vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 292.

¹⁴⁶ Cf. D. 49,14,1pr.

que não existe a causa de indignidade de que é acusado¹⁴⁷. O foro situava-se em Roma e os juízes eram provavelmente os *praefecti aerari*, mesmo depois da transferência do *aerarium* para o *fiscus*¹⁴⁸.

ENZO NARDI, entende que o processo devia ter caráter administrativo-fiscal e tramitava na forma da *cognitio extra ordinem*. E, na ação, provavelmente *in rem*¹⁴⁹, o *aerarium* (e depois o *fiscus*) devia invocar o seu direito (*ereptio*), que passava pela prova de que o demandado incorreu em indignidade.

Se a acusação fosse provada, o demandado declarado indigno¹⁵⁰ podia apelar, nos primeiros tempos (quando o eripiente era o *aerarium*), para o Senado; e depois, quando o *fiscus* substituiu o *aerarium*, para o Príncipe¹⁵¹ que habitualmente delegava num funcionário e, com o tempo, no *comes sacrarum largitionum*¹⁵².

No século IV, os constantes abusos cometidos nos processos fiscais determinou uma reação legislativa que limitou e depois retirou o direito de apelo. No entanto, os Imperadores reafirmaram expressamente o direito de apelo em matéria de indignidade, como observamos na *constitutio* do imperador Constâncio, do ano 355: “Se alguém tiver crido que devia apelar da sentença proferida sobre bens vacantes e bens que, por disposição das leis, se retiram aos indignos, deverá ser admitida a sua manifestação”¹⁵³.

Ou seja, e em brevíssima conclusão, o direito romano conferia a quem fosse acusado de comportamento indigno a necessária proteção: a indignidade devia ser declarada em tribunal; o demandado podia provar a sua inocência; e, mesmo declarado indigno, podia apelar para o tribunal do Imperador. Só depois de dissipadas as dúvidas, o fisco podia apoderar-se dos bens, exercendo o seu direito (*ereptio*, *ereptorium*). Antes da sentença final, não havia indignidade.

6. Fundamento

Produzindo a indignidade efeitos graves, só uma causa igualmente grave a pode justificar. Por isso, se justifica o interesse do legislador na defesa dos valores por que se pauta a vivência na sociedade romana. Também por isso se justifica o caráter taxativo dessas causas e a necessidade de tais comportamentos deverem

¹⁴⁷ Cf. D. 28,4,3pr.

¹⁴⁸ Cf. D. 28,4,3pr.; -34,9,12.

¹⁴⁹ Vide ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 314-315, que cita as seguintes fontes: C. 6,35,3; -6,35,4; D. 5,2,8,14; -34,9,21; -36,1,3,5; -40,5,12,2; -48,20,7,4; -49,14,14; GAIO 4,5. Vide também PASQUALI VOICI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 576.

¹⁵⁰ Cf. D. 34,9,3.

¹⁵¹ Cf. D. 34,9,5,15. Vide MANUEL AMAYA CALERO, *Un famoso pleito sucessório que decide Marco Aurélio*, cit., p. 20.

¹⁵² Vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 316.

¹⁵³ C. 7,62,22: “*Lata sentantia, quae pertinet ad bona vacantia et ad ea quae indignis legibus cogentibus auferuntur, si quis putaverit provocandum, vox eius debet admiti*”.

ser provados em tribunal. E, do mesmo modo, se justifica que a indignidade constitua um instituto que se foi desenvolvendo ao longo dos tempos – mesmo no direito romano justiniano¹⁵⁴ -- com base em casos singulares que se tornaram sempre mais numerosos¹⁵⁵.

É fácil observar que repugnaria à consciência social o comportamento de um herdeiro, legatário ou fideicomissário que assassina o autor da liberalidade (herança, legado ou fideicomisso), atenta contra a sua vida ou ofende a sua integridade física ou moral¹⁵⁶. Por isso, os bens deixados pela pessoa ofendida são retirados ao autor da ofensa, como exigência profundamente ética.

E também por isso se justifica que, perdoado pela pessoa ofendida, o indigno recupere integralmente a sua posição sucessória: pode reter o que adquiriu.

Mas a indignidade pode cumprir simultaneamente outra função, como, v.g., reforçar a sanção jurídica de algumas obrigações ou tornar jurídico um dever, que observamos na obrigação de vingar o homicídio do hereditando, de não dificultar a investigação dos escravos do testador e de certas pessoas não contraírem matrimónio entre si¹⁵⁷.

O que não parece certa é a consideração de que os casos de indignidade foram determinados por motivos fiscais. Haja em vista que, mesmo quando o fisco intervém para retirar os bens ao indigno, age para tutelar a moral pública e, frequentemente, também para respeitar a vontade e a memória dos testadores¹⁵⁸.

7. Natureza jurídica

Não tem sido fácil determinar a natureza da indignidade sucessória que persiste mergulhada em confusão alimentada quer pela deficiente sistematização das fontes, quer pela ausência de uma expressão técnica, quer pela interpolação das fontes¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 22; ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 16; e MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 842.

¹⁵⁵ Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 15; ENZO NARDI, *ibidem*, p. 11; e MAX KASER, *Derecho romano privado*, trad. espanhola da 5ª. ed. alemã por José Santa Cruz Teijeiro, 2ª. ed., Madrid, 1982, p. 328; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 737; A. FERNANDEZ BARREIRO / JAVIER PARICIO, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, Madrid, 1991, p. 328; MANUEL AMAYA CALERO, *Un famoso pleito sucessório que decide Marco Aurelio*, cit., p. 23; ENZO NARDI, *Trittico indignitario*, cit., p. 727 e *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 275-280; e REMO MARTINI, *In margine ad una recente ricerca sul Silanianum*, cit., pp. 63-65.

¹⁵⁶ Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 17; PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni*, cit., p. 282; ENZO NARDI, *ibidem*, p. 70

MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 685; EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 703; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 45.

¹⁵⁷ Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 15.

¹⁵⁸ Neste sentido, vide ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 43-44.

¹⁵⁹ Vide EDOARDO VOLTERRA, *ibidem*, p. 70331; ENZO NARDI, *Leggendo una recensione*

Os romanistas faltam de heterogeneidade¹⁶⁰, da ausência duma figura orgânica que impossibilita a observação de um fio condutor no seu desenvolvimento que dificulta a reconstrução dogmática unitária e, por isso, parece vã a tentativa de distinguir entre a verdadeira e a falsa indignidade¹⁶¹.

No entanto, não têm faltado esforços no sentido de determinar a sua natureza, procurando, sobretudo, destacar o seu elemento constante. Assim, BIONDO BIONDI vê na subtração (*ereptorium*) ao indigno e correspondente atribuição (*auferre* ou *eripere*) ao *aerium* (primeiro) e ao *fiscus* (depois) os elementos que, na grande heterogeneidade dos casos, podem permitir caracterizar a natureza do instituto da indignidade¹⁶². Também MARIO TALAMANCA, que observa na indignidade uma categoria de contornos menos claros do que a incapacidade, nota na uniformidade de efeitos os traços que aproximam os diversos casos de indignidade: a *ereptio* dos bens que o indignus, capaz de suceder e de adquirir deve sofrer a favor primeiro do *erário* e depois do *fisco*¹⁶³. Por sua vez, MAX KASER vê a nota comum da indignidade no facto de o indigno conservar a condição de herdeiro e a capacidade de adquirir, mas o adquirido, uma vez estabelecida a indignidade, ingressa no *aerarium* e, mais tarde, no *fiscus*¹⁶⁴. ENZO NARDI vê, ao lado de elementos particulares, mutáveis, elementos constantes e, portanto, essenciais: 1) o deixado a Caio pelo hereditando Tício; 2) a inoportunidade de Caio obter ou conservar todos ou parte dos bens; 3) uma norma que reconhece tal inoportunidade e legitima o *fisco* a retirar ao sucessor os bens que não merece¹⁶⁵. E PIETRO BONFANTE considera a indignidade um instituto pelo qual a herança deferida e eventualmente adquirida é subtraída ao chamado por motivos morais. Não suspende a delação nem impede a aquisição¹⁶⁶.

Em conclusão, podemos retirar dos Autores romanistas a ideia de que a indignidade no direito sucessório romano é um instituto que, sem privar o indigno da sua posição jurídica de herdeiro, de legatário ou o de fideicomissário, e, portanto, sem as transmitir ao *fisco* – que nem é herdeiro nem legatário nem fideicomissário – lhes retira os bens adquiridos por virtude de comportamento imoral, bens esses que passam para o *erário* (primeiro) e para o *fisco* (depois), quando a lei não os transmite a outras pessoas. Deste modo, a indignitas impõe ao indigno uma verdadeira sanção civil¹⁶⁷.

em SDHI VI, 1940, p. 395, *Trittico indignitario*, cit., p. 724 e *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 11-40; e MARIO LAURIA, Nardi, E., *I casi d'indegnità nel diritto successorio romano em SDHI VI, 1940*, p. 188.

¹⁶⁰ Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 15;

¹⁶¹ Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 16; e ENZO NARDI, *Leggendo una recensione*, cit., p. 396.

¹⁶² Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 16 que, no entanto, não ignora que, por vezes, outras pessoas são chamadas, como sucede, v.g., com quem presta assistência ao *furiosus* ou procura resgatar o prisioneiro.

¹⁶³ Vide MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 685.

¹⁶⁴ Vide MAX KASER, *Derecho privado romano*, cit., p. 329.

¹⁶⁵ Vide ENZO NARDI, *I casi i indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 41-42.

¹⁶⁶ Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI, Le successioni*, cit., p. 282.

¹⁶⁷ Neste sentido, vide ARMANDO TORRENT, *Manual dederecho privado romano*, cit., p. 630;

8. Reabilitação

A doutrina romanista questiona se o direito romano admitiu a reabilitação do herdeiro. Há quem responda afirmativamente, invocando sobretudo um texto em que MARCIANO escreve: “É indigno, como sentenciou Antonino Pio, de consagrada memória e Marcelo refere, quem se provou, com absoluta clareza, que tinha atuado de tal maneira que a sua mulher, que o tinha instituído herdeiro, morrera por sua negligência e culpa”¹⁶⁸.

Todavia, este fragmento não se ocupa da reabilitação, limita-se a declarar indigno quem, com culpa ou negligência, contribui para a morte da mulher que o instituíra herdeiro¹⁶⁹.

Mais: a dimensão pública da censura dos comportamentos considerados indignos parece afastar a ideia de perdão e, por isso, há quem entenda que a reabilitação é contrária à natureza da indignidade¹⁷⁰. Trata-se, no entanto, duma posição não sustentada nas fontes, que pode revelar a falta de pietas que o direito romano por vezes acolheu.

II. FIGURAS PRÓXIMAS

1. Incapacidade

9. Capacidade e incapacidade sucessória

9.1 Nota prévia

Para que a sucessão hereditária seja possível, é necessário que o de cuius e o heres tenham capacidade jurídica. Os jurisconsultos romanos não elaboraram uma doutrina sobre a capacidade e tão pouco utilizaram uma terminologia adequada na sucessão ab intestato¹⁷¹. Dispomos, no entanto, de várias disposições sobre a capacidade do de cuius e, sobretudo, do herdeiro que, justificadas por diversas contingências políticas, variaram ao longo dos tempos¹⁷².

e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 45.

¹⁶⁸ D. 34,9,3: “Indignus esse Divus Pius illum decrevit, ut et Marcellus (...) refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur”.

¹⁶⁹ Neste sentido, vide ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 55.

¹⁷⁰ Neste sentido, vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 56.

¹⁷¹ Ide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., pp. 1-2 para quem, citando BONFANTE, “a doutrina é vastíssima e intricadíssima à volta da determinação da capacidade do hereditando e sobretudo do herdeiro”.

¹⁷² Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondaentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 2.; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 29-30.

9.2 Sucessão legítima (ab intestato)

9.2.1 Capacidade ativa

Neste âmbito, o problema da capacidade jurídica do de cuius não parece difícil: sendo pressuposto da lei, deve ser livre, cidadão romano e *sui iuris*. Ou seja, deve ter o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*¹⁷³.

Estes requisitos variaram ao longo da história. Em relação ao *status libertatis*, que ainda aparece confirmado numa *constitutio* de Diocleciano, do ano 294¹⁷⁴, ainda se mantém firme no direito justiniano, com uma exceção: os escravos públicos gozam da faculdade de disporem *mortis causa* de metade dos seus bens, como refere ULPIANO: “Os escravos públicos, do povo Romano, têm o direito de fazer testamento em metade dos seus bens”¹⁷⁵.

Quanto ao *status civitatis*, só os cidadãos romanos podiam ter herdeiros, segundo o *ius civile*. Os estrangeiros podiam tê-los segundo as leis dos seus Estados¹⁷⁶, mas esta incapacidade relativa ao direito romano foi eliminada no ano 212 por efeito da *constitutio Antoniniana* que estendeu a cidadania romana a todos os habitantes do Império: doravante, a sua capacidade é regulada unicamente pelo *ius romanum*, a que todos os habitantes do Império estão sujeitos.

E em relação ao *status familiae*, inicialmente só o *paterfamilias* podia ter herdeiros por seu o único titular de relações jurídicas patrimoniais.

O *filiusfamilias* não gozava de capacidade porque as suas aquisições pertenciam ao seu *paterfamilias*. Todavia, com a progressiva dissolução da família patriarcal, este princípio acabou por ser superado, assinalando-se, como momento importante, o reconhecimento, por Augusto, dos *peculia*, que implicou a concessão, aos *filiifamilias*, da capacidade de disporem por testamento. Também a capacidade de terem herdeiros legítimos se impôs paulatinamente a partir do século IV: no ano 426, os Imperadores Teodósio II e Valentiniano III determinaram que se um *filiusfamilias* deixasse *fili*, estes seriam os seus herdeiros, ficando o *paterfamilias* apenas com o direito de usufruto¹⁷⁷. E Justiniano generalizou o novo princípio, admitindo que os *filiifamilias* podiam ter herdeiros *ab intestato*, extinguindo-se, portanto, a antiga incapacidade¹⁷⁸.

Foram, no entanto, introduzidas novas causas de incapacidade por

¹⁷³ Seguimos A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 30-32. Vide também: BIONDO BIONDI, *ibidem*, pp. 1-5; PASQUALE VOICI, *Istituzioni di diritto romano*, 5ª. ed., Milão, 1996, pp. 572-573; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 8381; PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 474; e CÉSAR RASCÓN, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, cit., p. 335.

¹⁷⁴ Cf. C. 6,59,4.

¹⁷⁵ ULPIANO, 20,16: “*Servus publicus populi Romani partis dimidia testamenti faciendi habet ius*”.

¹⁷⁶ Cf. ULPIANO, 20,14.

¹⁷⁷ Cf. C. Th. 8,18.

¹⁷⁸ Cf. N. 118.

disposições legislativas especiais, como sucedeu, v.g., com o condenado a deportação que não pode ter herdeiros, sendo os seus bens adquiridos pelo fisco¹⁷⁹.

Manteve-se a incapacidade dos *dedicii aeliani* que não podiam ter herdeiros, sendo os seus bens adquiridos, *ure peculii*, pelos seus *patronos*¹⁸⁰

Quanto à capacidade das pessoas jurídicas de terem herdeiros, está excluída pela sua própria natureza e só num caso especial se fala de sucessão legítima; se tiver libertos, à morte destes, a pessoa jurídica adquirirá os seus bens. Trata-se, o entanto, duma exceção à incapacidade sucessória passiva.

Posição especial foi reconhecida ao cidadão romano capturado pelo inimigo, que faleceu no cativeiro. Tornando-se escravo do inimigo, perdeu o seu *status libertatis* e, portanto, tornou-se incapaz de ter herdeiro. Todavia, por disposição da *lex Cornelia*, fingia-se que tinha morrido no momento em que foi capturado e, portanto, quando ainda era livre; em consequência, a sua sucessão podia ser aberta e chamados os herdeiros não testamentários, se não tivesse feito testamento.

Finalmente, enquanto a capacidade do hereditando se exige no momento da morte, a do herdeiro deve existir continuamente no momento da delação e da aceitação¹⁸¹.

9.2.2 Capacidade passiva

Relativamente à capacidade de ser herdeiro *ab intestato*, não constitui problema porque a própria lei o chama e, portanto, supõe a sua capacidade sucessória¹⁸²: v.g., os *sui*, o *adgnatus* próximo e os gentiles, que a Lei das XII Tábuas considera herdeiros, não podem deixar de ser livres, cidadãos romanos e *sui iuris*¹⁸³.

Consideração especial merece o *nasciturus*, cuja capacidade não se questiona por ainda não existir. Os jurisconsultos romanos preocupavam-se apenas com a sua existência e, por isso, CELSO referia que “o concebido se considera que, de certo modo, já existe”¹⁸⁴; e, no mesmo sentido, afirmava JULIANO: “Os que estão no útero, reputa-se, em quase todo o direito civil, que são como nascidos. Porque

¹⁷⁹ Cf. D. 48,20,7,5.

¹⁸⁰ Cf. GAIO 3,74-76.

¹⁸¹ Cf. GAIO 3,13; I. 3,2,6; PS. IV,10,3; D. 38,7,1,4; -38,16,2,5,6. Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*. VI. Le successioni, cit., p. 275, que fala duma leve mitigação: o *servus poenae* pode suceder *ab intestato*, apesar de ser incapaz no intervalo entre a delação e a aceitação: D. 38,17,4. Vide também PASQUALE VOICI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 573.

¹⁸² Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 5.

¹⁸³ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 36-41 [onde são referidas: a) as pessoas físicas já nascidas; b) as pessoas ainda não nascidas (*nasciturae*); c) as cidades; c) as divindades]; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 73643.

¹⁸⁴ D. 38,16,7: “...quia conceptus quoadmodo in rerum natura esse existimatur”.

a estes se restituem também as heranças legítimas...¹⁸⁵.

9.3 Sucessão testamentária

9.3.1 Capacidade ativa

Como observou BIONDO BIONDI, “enquanto qualquer sujeito de direito pode ter herdeiros e ser herdeiro ab intestato, nem todos os sujeitos de direito podem dispor ou receber por testamento. Por isso, enquanto os Romanos não têm um termo para indicar a capacidade de ter e de ser herdeiro ab intestato, há um termo técnico para indicar a capacidade testamentária: *testamenti factio*”¹⁸⁶ que, a partir das escolas medievais, tem sido dividida em ativa e passiva¹⁸⁷,

GAIO é muito claro: “Se quisermos saber se um testamento é válido, devemos advertir, primeiro, se quem o fez tinha a faculdade de testar (*testamento factio*); se a tinha, devemos indagar, seguidamente, se o faz conforme às regras do direito civil, excetuando o caso dos militares a quem, por motivo da sua ignorância, se permite testar na forma que quiserem e possam”¹⁸⁸.

Em termos gerais, não basta ser sujeito de direito, já que o testamento exige a capacidade de agir ou negocial. Mas há restrições especiais sugeridas por razões particulares: nem todas as pessoas podem dispor por testamento¹⁸⁹.

Na verdade, afastado o paterfamilias cuja capacidade testamentária não suscita nenhuma dúvida desde que tenha alcançado a puberdade¹⁹⁰, a menos que tenha incorrido em alguma condenação penal que lhe retire, importa referir

¹⁸⁵ D. 1,5,26: “Qui in utero sunt, in todo paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituntur...”. Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 6.

¹⁸⁶ Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, pp. 1, 6 e 7; e VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 599, que refere, como pressuposto essencial de que depende o reconhecimento da *testamenti factio* (ativa e passiva), a cidadania romana. O Autor não considera a liberdade, porque os escravos podem ser instituídos herdeiros, embora a aceitação dependa de prévia autorização (*iussum*) do dominus.

e MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 836

¹⁸⁷ Vide MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 317; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 734; e PASQUALE VOICI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 573.

¹⁸⁸ GAIO 2,114: “Igitur, si quaeramus an valeat testamentum, inprimis advertere debemus an is qui id fecerit, habuerit *testamenti factionem*; deinde, si habuerit, requiremus an secundum iuris civilis regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam inperitiam (...) quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere”.

¹⁸⁹ Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit. p. 6-8; e VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 600.

¹⁹⁰ Vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 627; e A. SANTOS JUSTO, *Derecho privado romano - V (dereito das sucessões e doações)*, cit., p. 32. Segundo este Autor (p. 33), citando o D. 28,1,3 e GAIO 2,104, a *testamenti factio* pertence ao direito público e, por isso, é inderrogável.

que a capacidade testamentária ativa é considerada uma capacidade negocial qualificada¹⁹¹. Por um lado, há quem, por virtude da condição natural em que se encontra¹⁹², não pode fazer testamento: os impúberes, dementes (exceto durante os intervalos lúcidos¹⁹³), pródigos¹⁹⁴, escravos (exceto os *servi publici*) e surdos mudos¹⁹⁵. E, por outro lado, há quem, por motivos jurídicos, não pode testar: os filhos¹⁹⁶, os estrangeiros e os *latinini iuniani*¹⁹⁷; e, no direito justinianeu, por motivos religiosos, os apóstatas, maniqueus e heréticos¹⁹⁸. Porque se trata dum ato pessoalíssimo, os impúberes e os doentes mentais não pode fazer testamento nem com autorização do tutor¹⁹⁹.

Especial referência suscita a capacidade das mulheres, durante muito tempo consideradas incapazes de testar e que, após a passagem por uma fase intermédia em que, substituindo o tutor por homem da sua confiança, acabaram por gozar dessa capacidade por virtude de um *senatusconsultum* do tempo de

¹⁹¹ Neste sentido, vide MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 317.

¹⁹² Note-se que, sendo o testamento um ato consciente de vontade, não o pode fazer quem não puder manifestá-la. Por outro lado, o testamento é um ato pessoal e, portanto, a vontade do impúbere não admite intermediação, como observa ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 628.

¹⁹³ Cf. ULPIANO XX,13; I. 2,12,1; D. 28,1,16,1; C. 6,22,9

¹⁹⁴ No entanto, se a prodigalidade fosse declarada depois da feitura do testamento, este manteria-se válido. Cf. ULPIANO XX,13; D. 50,17,40. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 33175 e a bibliografia aí citada.

¹⁹⁵ No direito clássico, o surdo e o mudo não podiam testar, pelo menos no testamento per aes et libram. Porém, a possibilidade de o testamento poder ser escrito e lido determinou que, no direito justinianeu, o surdo e o mudo podiam estar por escrito. Apenas o surdo-mudo de nascimento se manteve incapaz de testar. Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 628; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 73433.

¹⁹⁶ Cf. I. 2,12pr. Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 627, para quem o círculo dos testadores foi-se ampliando “quando, reconhecidos o *peculium castrense* na época de Augusto e o *quasi castrense* no Baixo Império, o *filiusfamilias* podia fazer testamento sobre os seus bens peculiares, apesar de ser tecnicamente *pessoa alieni iuris*”.

¹⁹⁷ Os bens dos *latinini iuniani* passavam para o patrono manumitente. Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni*, cit., p. 287-329; MAX KASER, *ibidem*, p. 317; PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, cit., pp. 473-474; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., pp. 836-837; JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, Madrid, 2016, p. 319; ARMANDO TORRENT, *ibidem*, pp. 627-628; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 734; PASQUALI VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 57; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 681 e 683; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 36-38.

¹⁹⁸ Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, pp. 304 e 307; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 73430; e BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 22, para quem “esta legislação pareceu aos historiadores modernos uma legislação aberrante, indigna de um povo civil, porque, por meio da incapacidade, a lei tolhe, com rigorosa intransigência, a liberdade religiosa”. No entanto, observa que “os Imperadores de Constantino a Justiniano, salvo algum episódio esporádico, são fervidamente católicos, como é católica a sociedade do tempo: a religião não é simples episódio na vida dos indivíduos ou um aspeto da complexa vida social, mas é o problema máximo, é algo que investe em pleno toda a vida dos indivíduos e da coletividade”.

¹⁹⁹ Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 7; e ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 628.

Adriano quando completarem doze anos²⁰⁰.

Quanto ao momento, o testador devia gozar de capacidade testamentária quando fez o testamento e quando faleceu²⁰¹. No entanto, por força da *lex Cornelia*, se o testador, quando faleceu, era prisioneiro do inimigo e, portanto, escravo, finge-se que faleceu no momento em que foi capturado e, portanto, sendo ainda livre, era capaz²⁰².

9.3.2 Capacidade passiva

Pode definir-se a capacidade testamentária passiva (*testamenti factio passiva*) como “a aptidão para ser instituído herdeiro ou legatário em testamento”. Faltando, “estaremos perante um caso de nulidade e o instituído não é chamado a herdar”²⁰³.

Nos primeiros tempos, exigia-se a mesma capacidade do testador – ou seja, o herdeiro, legatário ou fideicomissário devia ser livre, cidadão romano e *sui iuris* -- que devia existir ininterruptamente desde a feitura do testamento até à aceitação da herança²⁰⁴. No entanto, com o tempo a capacidade do herdeiro afastou-se da capacidade do testador, dizendo-se, a propósito de alguns incapazes (v.g., demente, mudo e *filiusfamilias*), que “embora não possam fazer testamento, todavia podem adquirir por testamento ou para si ou para outros”²⁰⁵. Nestes

²⁰⁰ Vide EDOARDO VOLTERRA, *Sulla capacità delle done a far testamento em BIDR XLVIII*, 1941, pp. 74-87; PIETRO BONFANTE, *ibidem*, p. 329; MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 318; PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, cit., p. 473; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 837; JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 319; PASQUALE VOICI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 573; ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 628; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 34.

²⁰¹ Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 13; ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 627; e PASQUALE VOICI, *ibidem*, p. 573.

²⁰² Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 627; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., pp. 73433 e 73540; MANUEL JESUS GARCIA GARRIDO, *ibidem*, p. 836; e A. SANTO JUSTO, *ibidem*, p. 33, onde refere que, inicialmente, o testador devia ter a *testamenti factio activa* no momento da feitura do testamento e conservá-la ininterruptamente até à sua morte. Todavia, este princípio sofreu algumas exceções, acabando por se exigir aquela capacidade apenas em dois momentos: no da feitura do testamento e da morte do testador. Era irrelevante que a tivesse perdido e readquirido no intervalo. Este novo princípio foi consagrado no direito justinianeu que, no entanto, exigiu que o testador confirmasse o testamento num codicilo: D. 37,11,11,2.

²⁰³ Transcrevemos JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 319.

²⁰⁴ Cf. D. 28,5,50(49),1. Constitui exceção o testamento militar: a *testamenti factio passiva* só era exigida no momento da morte do testador. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 36198; PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni*, cit., pp. 276 e 280; JOAN MIQUEL, *ibidem*, p. 320; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 681; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 842; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 735; e ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 628.

²⁰⁵ D. 28,1,16pr.: “... licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamenti vel sibi,

casos, a herança podia ser aceita: pelos *infantiae proximi* e *proximi pubertati* com a *auctoritas* do tutor ou o *iussum patris*, conforme se tratasse de *sui iuris* ou de *alieni iuris*, respetivamente; 2) os infantes, a partir duma *constitutio* de Teodósio II e de Valentiniani III²⁰⁶, desde que representados pelo pai ou tutor; 3) no direito justiniano, os púberes menores de vinte e cinco anos, com o consentimento do curador²⁰⁷.

Merecem destaque algumas particularidades que, em brevíssima síntese referimos²⁰⁸: os escravos podiam suceder se, no testamento, o dominus os manumitisse²⁰⁹; os filii-familias podiam ser instituídos pelo próprio paterfamilias ou por estranho, embora, nesta hipótese, adquirissem para o pater que os devia autorizar; os estrangeiros podiam herdar se as leis dos seus Estados autorizassem; e as mulheres, para evitar provavelmente a concentração de patrimónios, foram proibidas, por uma *lex Voconia*, do ano 169 a. C., de serem instituídas herdeiras por cidadãos inscritos na primeira classe do censo (titulares de património não inferior a 10.000 sestércios)²¹⁰. Por motivos religiosos, a legislação dos Imperadores cristãos retirou a capacidade de herdar a infieis, hereges e apóstatas²¹¹. Os filhos

vel aliis acquirere possunt”.

²⁰⁶ Cf. C. 6,30,18; C. Th. 18,8.

²⁰⁷ Vide JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, cit., p. 776, para quem antes da *constitutio* referida, os infantes e dementes não podiam aceitar a herança porque não tinham vontade e a aceitação da hereditas era um ato que devia ser realizado pessoalmente. Mas este princípio sofreu nos direitos pós-clássico e justiniano, algumas exceções. Vide também A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 681, que cita: D. 29,2,6pr.; -29,1,8pr.-1 (pessoas alieni iuris, contanto que sejam *infantia maiores*, mediante o *iussum* do titular da potestas); - 29.2.9 (pupilos, desde que *infantia maiores* e mulheres sujeitas a tutela, com a *tutore auctoritas*); e PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. Le successioni, cit., pp. 96 e 191-199 e 273-274.

²⁰⁸ Seguimos A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 37-41. Vide também: PIETRO BONFANTE, *ibidem*, p. 287-330; BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 9; MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 318; VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, cit., pp. 599-600; ALVARO D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 278; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., pp. 838-842; PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, cit., pp. 475-478; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 681; PASQUALE VOGLI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 573-574; JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., pp. 319-320; ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., pp. 628-629; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 734.

²⁰⁹ Cf. GAIO 2,186; ULPIANO XXII,12. Vide ALVARO D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 2781, para quem (§ 2882), “a interpretação de que a nomeação de herdeiro ou de tutor implica a manumissão parece ter-se insinuado sem êxito na época de Nero pelo jurista ATILICÍNIO; e só prevaleceu com Justiniano (I. 21,4pr.; C. 6,27,5; 1b)”. Vide também: ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 629; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 735.

²¹⁰ Cf. GAIO 2,274. Segundo ALVARO D’ORS, *ibidem*, § 2782, a *lex Voconia* é um plebiscito do tribuno da plebe Q. Vocónio Saxa e foi defendido por M. Pórcio Catão, “cujo antifeminismo é conhecido por outras atitudes”. E, “apesar da sua queda em desuso, uma interpretação (desta lei) parece ter servido a Domiciano, em função de censor perpétuo, para privar do *ius capiendi* as mulheres de maus costumes”.

²¹¹ Cf. C. Th. 16,5,7; -16,7,2. Vide PASQUALE VOGLI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 576.

de condenados por delito de alta traição não tinham capacidade sucessória²¹². À viúva, que casou sem respeitar o prazo internupcial, o Imperador Graciano impôs a incapacidade sucessória (testamentária)²¹³, incapacidade que Justiniano estendeu à viúva que tivesse um filho ilegítimo dentro desse ano²¹⁴. Já não eram considerados incapazes os castrados²¹⁵.

Quanto às cidades foram, foi-lhes paulatinamente reconhecida a capacidade de receber legados e fideicomissos e de, como patronas, serem instituídas herdeiras pelos seus libertos, chegando também a herdar ab intestato. Esta evolução também terá ocorrido nos *collegia privata*²¹⁶.

Constantino reconheceu à Igreja católica, no ano 321, a capacidade de receber quaisquer bens²¹⁷. E, provavelmente, a mesma capacidade terá sido atribuída a instituições de beneficência (*piae causae*). Segundo ULPIANO, também os deuses podiam ser instituídos herdeiros desde que autorizados por lei²¹⁸. E o direito justinianeu considerou válida a instituição testamentária a favor de Jesus Cristo como herdeiro, entendendo que é feita à Igreja do lugar em que o testador viveu, com a obrigação de fazer obras de beneficência aos pobres²¹⁹.

Quanto aos filhos póstumos do testador, eram considerados incapazes, como pessoas incertas²²⁰, mas admitiu-se a possibilidade de serem instituídos herdeiros

²¹² Cf. C. 9,8,5,1.

²¹³ Cf. C. 5,9,1,2. Vide MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 84212.

²¹⁴ Cf. N. 39,2. Vide MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *ibidem*, 84212.

²¹⁵ Vide DANILO DALLA, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milão, 1978, pp. 202-222 que, relativamente aos enucos que viviam no Egito, "um importante testemunho papiroológico parece comprovar que, em situações locais, vigoravam princípios diferentes".

²¹⁶ Cf. ULPIANO, XXIV,28; -XXII,5; D. 38,3,1pr.-1; -34,5,20; -40,3,1; -40,4,2. Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 10.

²¹⁷ Cf. C. 1,2,1; C. Th. 16,2,4. Vide ALVARO D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 278; e MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *ibidem*, p. 842.

²¹⁸ Cf. ULPIANO, XXII,6, que contém uma lista de divindades.

²¹⁹ Cf. C. 1,2,25(26)pr.

²²⁰ Vide PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, cit., p. 476, para quem "a disposição testamentária a favor de persona incerta é nula". E "são consideradas disposições testamentárias nulas por incerteza do destinatário: as que o indicam genericamente em relação a uma atividade; as que indicam o destinatário só como pertencente a uma comunidade ou classe". E JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 319, que refere como *personae incertae* as disposições dos tipos "o primeiro que venha às minhas exéquias" e "instituo herdeiros os pobres". Vide também MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *ibidem*, p. 840; e ALVARO D'ORS, *ibidem*, § 278, para quem as pessoas indeterminadas (*incertae personae*) não podem receber por testamento porque "o testador não pode ter uma ideia certa, como aquelas cuja designação se deixa ao arbítrio de alguém: "os pobres", "a primeira pessoa que acorra ao meu enterro", "o herdeiro de outro herdeiro instituído", os deuses", etc.". No entanto, em relação aos deuses, houve uma exceção, falando o Autor de "deuses privilegiados: v.g., Hércules de Cadiz" (ULP. XXII,6)".

ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 629; PASQUALE VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 573; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 73539; e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, cit., p. 757-758, que refere diversas categorias de póstumos e refere ainda ao quasi postumi, categorias que, refere, "surgiram gradati-

e deserdados. E em relação ao póstumo alheio e já concebido, o pretor concede a posse dos bens em conformidade com o testamento²²¹. Justiniano generalizou os princípios clássicos e determinou que o póstumo, próprio ou alheio, pode ser contemplado no testamento²²².

9.4 Novas incapacidades. A legislação demográfica de Augusto

Se as incapacidades que acabamos de observar, ditas tradicionais²²³, produzem a nulidade do testamento²²⁴ e, tratando-se de sucessão ab intestato, afastam a delatio do incapaz, sendo os bens, denominados *caduca*, atribuídos à pessoa ou pessoas imediatamente a seguir na ordem sucessória e, em última análise ao *aerarium* (e, a partir do século II, ao *fisco*)²²⁵ a legislação imperial criou novas incapacidades que, cominando a incapacidade de suceder, procurou atingir fins político-sociais. É o caso, v.g., dos filhos de condenados por alta traição e da viúva que casa dentro do ano de luto²²⁶.

Todavia, merece especial destaque a legislação demográfica de Augusto que estabeleceu um regime jurídico especial para incentivar a natalidade. Efetivamente, a *lex Iulia de maritandis*, do ano 17 a. C. e a *lex Papia Poppaea*, do ano 9 d. C., -- leis que, por constituírem uma unidade, foram denominadas *leges Iulia et Papia Poppaea* -- procuraram incentivar os matrimónios com vista ao aumento da população romana e, por isso, determinaram que²²⁷:

1. Os homens e mulheres não unidos em matrimónio (denominados *caelibes*), com idade situadas, respetivamente, entre os 25 e os 60 anos (os homens) e

vamente”.

²²¹ Cf. 37,11,3; I,3,9pr. Vide ALVARO D'ORS, *ibidem*, § 278.

²²² Cf. C. 6,48,1; I. 2,20; -2.26-28.

²²³ Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 10

²²⁴ Vide JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 319; ALVARO D'ORS, *ibidem*, § 280, para quem “o testamento pode ser inválido ou ficar sem eficácia por distintas causas”: v.g., “por defeito inicial na sua forma, por falta de *testamenti factio*, por perda da capacidade do testador (e) por falta de herdeiro”.

²²⁵ Vide ANTONIO GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 403; e BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 13.

²²⁶ Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, pp. 10-11; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 73537.

²²⁷ Seguimos de perto A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 41-44. Vide também: BIONDO BIONDI, *ibidem*, pp. 11-14; PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni*, cit., p. 281 e 330; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 673-674; ALVARO D'ORS, *ibidem*, § 279; VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Institutiones de derecho romano*, cit., p. 601; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 683-684; MARIO LAURIA, Nardi, E., *I casi d'indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 184; JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 320; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 841; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 736; MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 328; FRITZ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p. 278; CÉSAR RASCÓN, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, cit., p. 336; e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, cit., pp. 776-777.

entre os 20 e os 50 anos (mulheres), não podem adquirir bens hereditários se, no prazo de 100 dias após a *delatio*, não constituírem matrimónio²²⁸.

As mulheres viúvas e divorciadas gozam de igual incapacidade se não voltarem a casar, respetivamente, dentro de um ano após a morte do marido e de dezoito meses a partir do divórcio;

2. Os homens casados sem filhos e as mulheres casadas com menos de três (se forem *ingénuas*) e de quatro (se forem *libertas*) filhos, aqueles e estas denominados *orbi*, só podem herdar por testamento até metade da herança (ou legado)²²⁹ ;

3. O homem viúvo ou divorciado sem filhos, denominado *pater solitarius*, só pode herdar, por testamento, até metade da herança (ou legado);

4. Cada um dos cônjuges se não tiver filhos não pode herdar, por testamento do outro, mais de 1/10 do património do testador e, por legado, podia obter o usufruto de 1/3 desses bens²³⁰.

Numa primeira observação, verifica-se que:

a) o marido que tiver menos de 25 e mais de 50 anos e a mulher menos de 20 e mais de 60 anos não sofrem incapacidade testamentária passiva, ou seja, podem receber a totalidade da herança ou legado;

b) a incapacidade só é testamentária e não *ab intestato*. E mesmo aquela não atinge os ascendentes e descendentes do *de cuius* até ao terceiro grau;

c) além dos sucessores legítimos, a incapacidade não fere os herdeiros e legatários instituídos em testamento de *militar*²³¹;

d) a referida incapacidade também não se aplica a quem goze do *ius liberorum*: aos homens, com, pelo menos, três filhos; e às mulheres, com, pelo menos, três e quatro filhos, consoante forem, respetivamente, *ingénuas* e *libertas*²³². Este direito de ter filhos podia ser especialmente concedido pelo Imperador: e assim ocorreu, primeiro, excepcionalmente, e depois, frequentemente até ser revogado pelos Imperadores Onório e Teodósio²³³;

e) mesmo havendo incapacidade, a *delação* não era afetada, mas a aquisição: os herdeiros ou legatários atingidos só não podiam adquirir nos termos previstos. As suas quotas vacantes passavam para quem tivesse o direito de *acrescer*, aos herdeiros legítimos e, na sua falta, ao *aerarium* e (depois) ao *fiscus*²³⁴.

²²⁸ Cf. GAIO, 2,111.

²²⁹ Cf. GAIO 2,286a.

²³⁰ Cf. ULPIANO, XV,1.

²³¹ Cf. GAIO, 2,111.

²³² Cf. ULPIANO, XVI,1a.

²³³ Cf. C. Th. 8,17,3.

²³⁴ Vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 630; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 736.

Como breve nota conclusiva, dir-se-á que, embora a *iurisprudentia romana* fale de capacidade (*capacitas e ius capiendi*), aquelas leis não retiraram a capacidade sucessória: além de persistir inalterada a capacidade do *de cuius* e do *heres* na sucessão *ab intestato*, apenas foram proibidas determinadas pessoas de adquirirem os bens hereditários, que se tornaram *caduca*²³⁵ e eram adquiridos pelas pessoas designadas naquelas leis. Poucos anos volvidos, o Imperador Caracala determinou que tais bens deviam ser atribuídos a ascendentes e descendentes até ao terceiro grau e, na sua falta ao Estado²³⁶.

Este regime dos *caduca* vigorou plenamente na época clássica. No entanto, como refere BIONDO BIONDI, “a permanência do escopo fiscal e a oscilação da finalidade demográfica continham os germens do seu afastamento”. Por isso, o regime fixado pelas *leges Iulia et Papia Poppaea* caiu na época cristã, na qual, segundo este Autor, “a procriação exorbita da vontade do Estado: induzir as pessoas, como pensara Augusto, a celebrar matrimónio para aumentar a população romana através da aplicação de penas e vantagens perdeu sentido”²³⁷. E foi, sem surpresa, que sucessivamente estas leis foram revogadas: primeiro, o Imperador Constantino aboliu as disposições relativas a *caelibes* e *orbi*²³⁸; e, finalmente, no ano 410, os Imperadores Honório e Teodósio aboliram o *ius liberorum*²³⁹.

Foi, no entanto, criada uma nova incapacidade: o Imperador Domiciano declarou incapazes as *faeminae probrosae*, ou seja, segundo parece, as mulheres de maus costumes, onde se incluem as meretrizes e as mulheres de teatro²⁴⁰. Justiniano manteve esta incapacidade, embora reconhecendo a essas mulheres o direito sucessório sobre os bens dos seus filhos²⁴¹.

Com o afastamento do regime das *leges Iuliae et Papia Poppaea*, o instituto clássico da *capacitas* foi eliminado. É certo que as fontes justinianeias continuam a falar de *capere* e de *caduca*, mas agora com outros significados: *capere* significa a capacidade jurídica sucessória; e *caduca*, os bens que se regem pelos princípios gerais da vacância da quota hereditária²⁴².

²³⁵ Cf. ULPIANO, XVII;1. Segundo ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 630, “chama-se *caduco*, como se lhes caísse das mãos”: ULPIANO, XVII,1.

²³⁶ Cf. GAIO 2,286a; ULPIANO, XVII,2.

²³⁷ Transcrevemos BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., pp. 13-14.

²³⁸ Cf. C. 8,57(58),1.

²³⁹ Cf. C. 8,58(59),1; C. Th. 8,17,3.

²⁴⁰ Cf. SÜETONIO, *Dom.*, 8,4. Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. Le successioni, cit., p. 330; MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 328; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 673-674; ARMANDO TORRENT, *Derecho privado romano*, cit., p. 630; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 736; e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Derecho romano*, cit., p. 775.

²⁴¹ Cf. D. 38,17,2,4. Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, p. 330.

²⁴² Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 14.

2. Deserdação

10. Noção. Necessidade

A deserdação (*exheredatio*) pode definir-se como o acto solene inserido num testamento através do qual o testador deserdava os seus heredes *sui* para que, sendo o testamento válido, pudesse instituir herdeiros outras pessoas, familiares ou estranhos.

Com efeito, no quadro sucessório romano, havia um grupo de herdeiros denominados *heredes sui*, quiçá por serem donos do património familiar que era coletivo. Por isso, se o paterfamilias, que tinha plenos poderes de disposição e de administração, quisesse dispor *post mortem* desse património, devia instituí-los ou deserdá-los²⁴³. De contrário, omitindo-os (*praeteritio*) o testamento seria *iniustum*, e, em consequência, inválido, abrindo-se a sucessão *ab intestato*. Isto porque, se já existe um herdeiro ou herdeiros (*sui*), o pater não podia nomear outro sem retirar o título ao *suus*²⁴⁴.

Nos finais da República a deserdação devia ser expressa com os nomes (*nominatum*) dos *sui* do sexo masculino, exigência que o direito pretório estendeu a todos os filhos e, portanto, também aos emancipados. E quanto aos netos, filhos de filho pré-falecido, podia realizar-se com fórmula mais genérica²⁴⁵.

Os juriconsultos romanos eram, em geral, contrários à deserdação e, por isso, tendiam a interpretá-la restritivamente, como refere PAULO que, comparando a instituição de herdeiro e a deserdação, refere que “as instituições de herdeiro devem ser interpretadas amplamente (enquanto as deserdações) devem sê-lo de modo restrito”²⁴⁶

²⁴³ Cf. GAIO 2,123; ULPIANO XXII,14.

²⁴⁴ Vide FRITZ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p. 257; SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*. I. Introdução. Fontes, cit., p. 230273; e A. FERNÁNDEZ BARREIRO / JAVIER PARÍCIO, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, cit., p. 516.

e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 291.

²⁴⁵ Vide JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, cit., pp. 588-589, para quem a preterição de um póstumo determina a nulidade do testamento (GAIO 2,130; ULPIANO, XXII,18) e a consequente abertura da sucessão *ab intestato*; e ARMANDO TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., pp.342-343, para quem os filhos preteridos, fossem *sui* ou emancipados, podiam pedir a *bonorum possessio contra tabulas* e, desde os finais da República, intentar a querela *inofficiosi testamenti*, com base em que, com a sua omissão (*praeteritio*), o testador tinha faltado ao *officium pietatis* para com os seus parentes mais próximos. Vide também FRITZ SCHULZ, *ibidem*, p. 259.

²⁴⁶ D. 28,2,19: “...aliamque causa, esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adiuuandae”. Contra, vide FRITZ SCHULZ, *ibidem*, p. 257, para quem “os juristas republicanos nunca tiveram a ideia de que o pai fosse obrigado a instituir ou a deserdar os *sui*. A máxima *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* foi elaborada pelo autor pós-clássico do *Epitome Ulpiani* (22,14)”. Ainda segundo este Autor, “os juristas republicanos desejaram sempre salvar a herança para os *sui*, mas não se aventuraram a impugnar abertamente o testamento do pater, quando o testador os tinha instituído ou deserdado. Pois bem: se o testamento silencia os *sui*, os juristas intervieram a favor deles”.

11. Âmbito

Do exposto, resulta que a exhereratio começou por ter um âmbito muito restrito, embora o paterfamilias gozasse de plena liberdade, sem estar sujeito a nenhuma causa legalmente exigida: podia deserdar um filho sem motivo algum²⁴⁷.

Todavia, no direito justinianeu são enumeradas razões que autorizam a deserdação, afastando, portanto, aquela liberdade, como observamos: “Ordenamos que de modo nenhum seja lícito ao pai, à mãe, ao avô, à avó, ao bisavô ou à bisavó, preterir ou deserdar, no seu testamento, o seu filho, filha ou demais descendentes (...) a não ser que se prove que são ingratos e que os pais tenham inserido no seu testamento as mesmas causas de ingratidão. Mas achamos dispersas em diversas leis e não claramente expressas as causas pelas quais devem ser julgados ingratos os filhos, algumas das quais nos pareceram dignas para a ingratidão e outras, sendo dignas, têm sido esquecidas, consideramos necessário compreendê-las na presente lei, para que delas a ninguém seja lícito opor, por virtude de outra lei, causas de ingratidão, senão as que se contêm nesta constituição”²⁴⁸. Imediatamente a seguir, são referidas as seguintes causas de ingratidão consideradas justas e com fundamento nas quais o testador pode deserdar um herdeiro: 1) a agressão ao ascendente; 2) a injúria grave e desonrosa; 3) a acusação feita ao ascendente em causa criminal; 4) a vida como malfeitor junto de malfeitores, 5) o atentado contra a vida dos ascendentes com veneno ou de outro modo; 6) o comércio ilícito com a madrastra ou concubina do seu pai; 7) a delação contra os ascendentes que lhes causou graves danos; 8) a não proteção do ascendente pelo sucessor ab intestato; 9) o impedimento de fazer testamento; 10) se, contra a vontade dos ascendentes, se associou a atletas ou comediantes; 11) se recusar o marido e preferir uma vida luxuriosa; 12) se algum dos ascendentes ou descendentes for demente e, sendo chamado ab intestato à herança, não lhe prestou auxílio e cuidado; 13) se o ascendente está retido no

²⁴⁷ Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 19; FRITZ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p. 255. Contra, vide A. FERNÁNDEZ BARREIRO / JAVIER PARICIO, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, cit., p. 521, para quem “a apreciação da deserdação como justificada era, no direito clássico, uma questão que devia ser apreciada pelo tribunal, tradição que foi recolhida no direito justinianeu”.

e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *direito romano*, cit., p. 756-757 e 759.

²⁴⁸ N. 115,3pr.: “...Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae. proavo vel proaviae suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos praeterire aux exheredes in suo facere testamento (...) nisi foran probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inserverunt testamento. sed quia causas, ex quibus legibus dispersae et non aparte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingretitudinem visae sunt, aliquae vero, cum essent dignae, praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae huius constitutionis seie continentur”.

cativeiro e não procurou resgatá-lo²⁴⁹.

Como facilmente se observa, com estas causas, a deserdação aproxima-se da indignidade, diferindo: naquela, o herdeiro é excluído por vontade do pai; nesta, por vontade da lei²⁵⁰.

Fixadas legalmente as causas de deserdação, é natural que o tribunal pudesse ser chamado a fazer a sua apreciação²⁵¹. É provável que, à semelhança da querela inofficiosi testamenti, a ação decorresse no tribunal dos centúvirov, tramitando no processo sacramental. Já, tratando-se de herança mais modesta, tramitaria no processo ordinário das fórmulas (agere per formulas)²⁵².

3. Comparação

12. A indignidade e a incapacidade sucessória

Importa referir o que distingue a indignidade da incapacidade. É verdade que, como observa BIONDO BIONDI, “a diversidade de regimes é tão profunda e tem uma razão de ser tão intrínseca e importante, que, no direito justinianeu, enquanto a incapacitas (das leis demográficas de Augusto) desapareceu, a separação entre incapacidade (tradicional) e indignidade sobrevive e, por força da traição, passou ao direito moderno”²⁵³. Todavia, aquele Autor não deixa de advertir que “é necessário distinguir a incapacitas da indignitas²⁵⁴, pois, observa também PIETRO BONFANTE, “ambos os institutos remontam ao Império e têm regras próprias”²⁵⁵.

É certo que a indignidade não é, como também referimos, um instituto unitário, mas figura constituída por casos singulares que, por exigências particulares, foram crescendo ao longo dos tempos. É também certo que a indignidade impede o herdeiro, legatário e fideicomissário de adquirir os bens hereditários, embora não percam este estatuto jurídico. Ou seja, são chamados à sucessão da herança ou à aquisição do legado ou do fideicomisso: ocorre a delatio. Simplesmente, tratando-se de herança, os bens passam ordinariamente para o aerarium, e depois, para o fiscus com os respetivos encargos. Por isso, CUJÁCIO observou, com a argúcia de grande jurisconsulto, que “indignus

²⁴⁹ Cf. N. 115,3,1-13.

²⁵⁰ Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit. pp. 19-20.

²⁵¹ Neste sentido, vide A. FERNÁNDEZ BARREIRO / JAVIER PARICIO, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, cit., p. 521, para quem no direito justinianeu recolhe-se a tradição do direito clássico.

²⁵² Sobre a tramitação da querela inofficiosi testamenti, vide MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 323.

²⁵³ Transcrevemos BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 15.

²⁵⁴ Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, pp. 2 e 11-12

²⁵⁵ Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni*, cit., p. 281.

capere potest, sed non retinere”²⁵⁶. Entretanto, porque a delatio se verifica, produz-se a confusão patrimonial: as dívidas do herdeiro para com o de cuius e deste em relação àquele extinguem-se, como observamos em JULIANO citado por TERÊNCIO CLEMENTE: “por confusão a obrigação extingue-se do mesmo modo que se extingue por pagamento”²⁵⁷.

Mas também o regime da incapacidade não é unitário: a incapacidade tradicional não se confunde com a incapacidade das leis demográficas de Augusto e não existe nem uma doutrina única nem um termo compreensivo²⁵⁸: enquanto naquela a delatio é nula e o herdeiro não chega a herdar e, portanto, não pode reter o que não recebeu, na incapacidade daquelas leis demográficas a delatio não era afetada, mas só a aquisição: as suas quotas vacantes passavam para quem tivesse o direito de crescer, aos herdeiros legítimos e, na sua falta, ao aerarium e (depois) ao fiscus²⁵⁹.

Dir-se-á, como princípio, que, enquanto o indigno é capaz de suceder e de adquirir e tão só não pode conservar os bens adquiridos, o incapaz não pode suceder²⁶⁰. Por outras palavras, enquanto a falta de capacidade produz a nulidade da delatio, a indignidade pressupõe a sua eficácia e só exclui a aquisição por parte do chamado²⁶¹. Acresce que, enquanto o sucessor que denuncia ao fisco a própria incapacitas tem direito ao prémio estabelecido por Trajano, o indigno não tem este benefício²⁶².

Depois, relativamente à incapacidade testamentária passiva (testamenti factio passiva), os romanistas destacam as seguintes diferenças²⁶³:

- a) quanto à fonte: enquanto a testamenti factio é um instituto coevo do testamento, a indignidade é mais recente e remonta a leis sucessivas;
- b) quanto ao fundamento: enquanto a testamenti factio está ligada à capacidade jurídica geral das pessoas, a indignidade funda-se, principalmente, numa conduta reprovável do indigno;
- c) quanto aos efeitos: enquanto a falta de testamenti factio passiva dá lugar

²⁵⁶ Vide supra, n.º. 4.1.

²⁵⁷ D. 34,3,21,1: “...quia confusione perinde extinguitur obligatio, ac solutione”.

²⁵⁸ Vide, neste sentido, BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., 1; e PASQUALI VOGLI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 573 e 574, para quem “a capacitas é uma figura introduzida pelas leis matrimoniais de Augusto”.

²⁵⁹ Vide supra, 9.4.

²⁶⁰ Vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 630

²⁶¹ Vide MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 680; JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 320; e ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 48-49 e *Trittico indignitario*, cit., p. 725, para quem “enquanto nos casos de nulidade ou anulabilidade de uma disposição testamentária o deixado nulo ou anulável se tem por não escrito, o feito a um indigno é válido, salva a substituição, do lado patrimonial, do fisco ao sucessor”.

²⁶² Cf. D. 34,9,5,20.

²⁶³ Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, pp. 18-19; ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 48-49; e PASQUALI VOGLI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 576, para quem “diversamente da incapacitas, a indignidade não incide sobre a validade civil da disposição”.

ao direito de acréscimo ou à chamada sucessiva dos substitutos ou dos herdeiros legítimos segundo a ordem legal, a herança de que o indigno é privado vai para o *aerarium* (depois para o *fiscum*) ou excepcionalmente para as pessoas contempladas na lei, não havendo lugar a chamamento sucessivo²⁶⁴;

- d) enquanto a *testamenti factio passiva* é exigida em três momentos (feitura do testamento, morte do testador e aceitação), a indignidade concretiza-se no momento em que o facto censurável é praticado;
- e) enquanto a *testamenti factio* é absoluta, no sentido de que se refere a qualquer pessoa, a indignidade é sempre relativa: diz respeito apenas à herança (legado ou fideicomisso) deixada pela pessoa ofendida;

Quanto à indignidade e à incapacidade proveniente das *leges Iuliae et Papia Poppaea*, observa-se que²⁶⁵:

- a) enquanto as *leges Iuliae et Papia Poppaea* procuram aumentar a natalidade e, por isso, incentivam os casamentos, concedendo um prazo cômputo para o incapaz cumprir as disposições legais²⁶⁶, nada disto existe na indignidade;
- b) enquanto na incapacidade a quota vacante do incapaz ia para quem tivesse o direito de crescer, para os herdeiros legítimos e, na sua falta, para o *aerarium* e (depois) ao *fiscus*²⁶⁷, na indignidade os bens passam ordinariamente para o *aerarium* e depois para o *fiscus*.

Em conclusão, estamos perante figuras diferentes quanto ao tempo, às fontes e, sobretudo, aos respetivos regimes jurídicos: a indignidade não é nenhuma incapacidade.

13. A indignidade e a deserção

Como observámos, depois de afastar a deserção arbitrária, Justiniano fixou várias causas a que obrigatoriamente o deserdante deve obedecer. Tais causas, que evidenciam a ingratidão do deserdado, constituem um ponto de contacto entre as duas figuras: a ingratidão e a deserção, contacto que, como veremos²⁶⁸,

²⁶⁴ Refere-se a propósito que, se se priva o indigno da herança, não parece justo que o chamado em segunda ordem deva tomar vantagem da culpa alheia, ou seja, deve evitar-se que o castigo do indigno constitua prémio para outros. Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 631, para quem este sistema “apresenta a vantagem de permitir que, no caso do herdeiro testamentário indigno, possa cair a *heredis institutio* sem influência sobre outras disposições, já que a instituição de herdeiro fica de pé e juridicamente subsiste, apesar do confisco”.

²⁶⁵ Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 19; ALVARO D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 279; e ENZO NARDI, *I casi di indignità nel diritto successorio romano*, cit., p. 49.

²⁶⁶ Vide *supra*, n.º 9.4.

²⁶⁷ Vide *supra*, n.º 9.4.

²⁶⁸ Vide *infra*, n.ºs. 16.2 e 16.3; BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 20, que refere os ataques à integri-

ainda se mantém nos direitos contemporâneos e sobre cuja relação a doutrina continua a divergir.

Ultrapassado o âmbito restrito da *exhereditio* como figura essencial à validade do testamento no caso de filhos – que deviam ser instituídos herdeiros ou deserdados²⁶⁹ –, fixar-nos-emos no direito justinianeu que aproximou a ingratidão e a deserdação.

Há, no entanto, diferenças significativas que as individualizam e separam. Destacamos²⁷⁰:

- a) o deserdado é excluído da sucessão, enquanto o indigno é privado dos bens que lhe foram devolvidos;
- b) a deserdação opera por vontade expressa do testador, enquanto a indignidade atua pelo facto de a pessoa se encontrar nas condições queridas pela lei;
- b) enquanto a deserdação só atua nas relações entre o paterfamilias e os seus heredes sui, a indignidade é geral: atinge qualquer pessoa que tenha praticado os actos ofensivos previstos na lei;
- c) com a deserdação, a herança passa para os chamados sucessivamente, enquanto na indignidade é devolvida ordinariamente ao *aerarium* e, mais tarde, ao *fiscus*;
- d) a deserdação diz respeito à sucessão legítima e não pode prescindir de um testamento, enquanto a indignidade pode atingir qualquer deixado e dispensa o testamento.

III. A INDIGNIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS

1. A problemática enunciada. Contributo romano.

14. A enumeração das causas de indignidade consagrada no nosso Código Civil é taxativa?

14.1 Doutrina portuguesa

A linguagem que o nosso Código Civil utiliza não permite grandes dúvidas sobre o carácter taxativo das causas de indignidade: “Carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade...”²⁷¹. O que se compreende, atendendo

dade física ou moral do defunto e observa que “o âmbito da deserdação é muito mais vasto que o da indignidade”; e ENZO NARDI, *ibidem*, cit., p. 52.

²⁶⁹ Vide *supra*, n.º. 10.

²⁷⁰ Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., pp. 19-20; e ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 51-52.

²⁷¹ Cf. art. 2034.º.

aos efeitos que a indignidade provoca e, sobretudo, às situações gravíssimas que aí são referidas, que atentam gravemente contra a personalidade de quem as praticou: o seu autor é considerado indigno.

Deste modo, também se entende que, para ser indigno, o comportamento deva ser excecional e, por isso, subsumir-se às causas legalmente consagradas. Há, aqui, um problema de segurança jurídica que sensibilizou o nosso legislador a restringir a indignidade a determinados comportamentos²⁷². Por isso, certa doutrina recusa a extensão por analogia a outras situações, assim como a interpretação extensiva²⁷³; e, a propósito das normas excecionais – como o art. 2034º –, o nosso Código Civil determina que “não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva”²⁷⁴.

No entanto, referindo que “em princípio as tipificações legais não devem ser consideradas taxativas”, OLIVEIRA ASCENSÃO conclui que “o art. 2034º. consagra uma tipicidade delimitativa” e, por isso, “não é possível uma analogia livre a partir do conceito de indignidade, mas é possível a analogia mais limitada, a partir de algumas causas previstas na lei” ou “por outras palavras, não seria possível a analogia iuris, mas já seria possível a analogia legis”²⁷⁵. Serve de exemplo, o caso do “sucessível que tiver em seu poder o testamento e dolosamente não o entrega no prazo de três dias, desde que teve conhecimento da morte do testador: é indigno nos termos do art. 2034º., d), interpretado pelo art. 2209º., nº. 2; mas se (alguém) sabe quem é o detentor do testamento e recusa obstinadamente a indicá-lo aos restantes, supomos que deve ainda ser excluído por indignidade, por analogia com estas previsões”²⁷⁶. OLIVEIRA ASCENSÃO refere ainda o caso de “alguém que, através da hipnose, induziu o autor da sucessão a revogar o testamento”. Esta situação não está prevista no art. 2034º., c) que “só teve em vista as hipóteses em que se influencia a vontade alheia, mas sem a suprimir”; no entanto, “há uma analogia clara entre a causa típica da indignidade e a situação de hipnose, não regulada”. A analogia é, aqui, relevante: “Não há razões de segurança que imponham uma solução diversa”²⁷⁷; e prossegue: “O

²⁷² Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito, ano CI, 1969, pp. 287-290 e em O Direito, ano 102º., 1970, p. 36, e Direito civil. Sucessões, cit., p. 147; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, Direito da família e das sucessões, II. Sucessões, Lisboa, 1993, pp. 205 e 207; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, Lições de direito das sucessões, 4ª. ed., Lisboa, 2012, p. 183. No direito espanhol, vide THEODORO KIPP, Derecho de sucesiones, trad. da 11ª. revisão de Hemult Coing, por Ramón Mª. Roca Sastre, II, 2ª. ed., ao cuidado de Luis Puig Ferriol e Fernando Badosa Coll, Barcelona, 1976, p. 16. E, no direito brasileiro, vide ORLANDO GOMES, Sucessões, 14ª. ed., Rio de Janeiro, 2008, p. 34.

²⁷³ Neste sentido, vide THEODORO KIPP, Derecho de sucesiones, cit., pp. 10 e 16; e JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, La sucesion por derecho de transmisión, Madrid, 1996, p. 208.

²⁷⁴ Cf. art. 11º.

²⁷⁵ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito civil. Sucessões, cit., p. 147 e As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito, ano CI, cit., pp. 292-293.

²⁷⁶ Transcrevemos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito civil. Sucessões, cit., p. 147.

²⁷⁷ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, As atuais coordenadas do instituto da indignidade

estabelecimento de grandes categorias de casos, que trazem limitação à atividade do intérprete, não implica o afastamento da exigência fundamental do tratamento igual de casos semelhantes, que está na base da analogia, desde que somente seja a analogia legis²⁷⁸.

A preocupação de OLIVEIRA ASCENSÃO de não afastar do campo da indignidade comportamentos tão censuráveis como os expressamente previstos na lei portuguesa é naturalmente louvável. Todavia, move-se no quadro do pensamento jurídico positivista segundo o qual devemos distinguir a analogia legis e a analogia iuris²⁷⁹.

Ora, assistimos, hoje, a uma nova perspetiva metodológica que recusa a descontinuidade entre a interpretação e a integração e prefere falar de um continuum na realização do direito, de desenvolvimento do ordenamento jurídico e de progressiva descoberta do direito²⁸⁰.

Nesta perspetiva, CASTANHEIRA NEVES observa que “o juízo analógico não poderia ser dispensado pela interpretação e esta teria mesmo, na sua projeção concretizadora, uma essência analógica”²⁸¹, pois, “a analogia prolonga sem solução de continuidade metodológica a interpretação porque a analogia participa ela própria da interpretação”²⁸². Prossegue: “não há uma interpretação extensiva (ou restritiva), mas só uma correta interpretação”²⁸³. E conclui: “O juízo analógico é ele mesmo interpretação: “desenvolvimento contínuo da norma”, “explicitação de um pensamento implícito”, pois “na analogia não se trataria senão de fazer coincidir a extensão da norma com a sua ratio”²⁸⁴.

Também FERNANDO JOSÉ BRONZE, depois de situar, nos primeiros anos de oitocentos, a distinção rigorosa entre interpretação e analogia, “inucleando a primeira na “reconstrução da lei” e “reservando a segunda para a “integração das lacunas”²⁸⁵ e após referir que “o pensamento jurídico de matriz positivista habituou-se a distinguir tranquilamente as analogias legis e iuris”²⁸⁶, entende que “não há qualquer diferença significativa entre as (classicamente perspetivadas)

sucessória em O Direito, ano CI, cit., p. 293.

²⁷⁸ Voltamos a transcrever JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 293.

²⁷⁹ Vide A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, 7ª. ed., Coimbra, 2015, pp. 355-361.

²⁸⁰ Vide KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. e revisão de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, 1994, pp. 330 e 358-359; A. CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação jurídica*, em *Digesta*, II, Coimbra, 1995, pp. 371-372; FERNANDO JOSÉ BRONZE, *O jurista: pessoa ou andróide*, em *Analogias*, Coimbra, 2012, p. 71; JOÃO BATISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 3ª. ed., Coimbra, 1989, p. 192; KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 3ª. ed., trad. de J. Batista Machado, Lisboa, 2011, p. 282; e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 370-372.

²⁸¹ Transcrevemos A. CASTANHEIRA NEVES, *O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, Coimbra, 1988, p. 52

²⁸² Transcrevemos A. CASTANHEIRA NEVES, *ibidem*, p. 135.

²⁸³ Voltamos a transcrever A. CASTANHEIRA NEVES, *ibidem*, p. 137.

²⁸⁴ De novo transcrevemos A. CASTANHEIRA NEVES, *ibidem*, 140.

²⁸⁵ Transcrevemos FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Analogias*, cit., pp. 270-271.

²⁸⁶ Voltamos a transcrever FERNANDO JOSÉ BRONZE, *ibidem*, p. 276.

analogias legis e iuris²⁸⁷; e conclui, afirmando que “toda a analogia é, bem vistas as coisas, autêntica ... analogia iuris”, porque “a global juridicidade que assim se convoca é, afinal, o comparationis tertium viabilizador de qualquer inferência analógica e, do mesmo passo, desvelador do genuíno modo de ser iuris da analogia interveniente²⁸⁸”.

Em conclusão, se a verdadeira e única analogia é a analogia iuris, a posição metodológica de OLIVEIRA ASCENSÃO, cuja preocupação é, como referimos, materialmente louvável, tem sentido no pensamento positivista do direito, mas perde-o na nova perspectiva metodológica. Aqui chegados, não se vê como a intencionalidade normativo-jurídica do sistema, que necessariamente se convoca, possa afastar da indignidade casos cuja racionalidade exige o mesmo efeito jurídico.

Também a decisão do nosso Supremo Tribunal de Justiça -- segundo a qual “não pode reconhecer-se capacidade sucessória a um pai que violou uma filha de 14 anos; a obrigou a abortar aos 15 anos, após cumprir pena de prisão em que foi condenado, persistiu na ofensa a sua filha (que nunca lhe perdoou) e se vem habilitar à herança desta sua filha” pois “seria manifestamente intolerável para os bons costumes e o fim económico e social do direito de lhe suceder e, portanto, ilegítimo, por abusivo, esse mesmo direito²⁸⁹ -- é materialmente louvável, mas, pensamos, ainda se move dentro dos parâmetros da orientação positivista de entender o direito, para a qual a figura do abuso do direito, certamente muito importante, não deixa de ser uma abertura pela qual, através da atividade intencionalmente confiada ao juiz, a dinamização e a flexibilidade entram no nosso ordenamento jurídico, qual aragem que os ventos de justiça vão trazendo a um sistema que chegou a ser pensado como completo e perfeito²⁹⁰. Abertura que enriquece o sistema jurídico, mas salva também e perpetua o modo positivista de o entender.

É indubitável que a analogia -- pela qual passa a realização do direito -- da solução posta sub iudice com as causas de indignidade legalmente consagradas dispensava o recurso à figura do abuso do direito. Um sistema jurídico não pode fechar-se em si mesmo numa pretensa autonomia; pelo contrário, deve estar permanentemente aberto a novas exigências, reconhecendo ao juiz, enquanto administrador da justiça, o papel irrecusável de o completar, guiado pela global juridicidade -- de que nos fala FERNANDO JOSÉ BRONZE²⁹¹ -- que necessariamente lhe cumpre convocar e concretizar.

²⁸⁷ De novo transcrevemos FERNANDO JOSÉ BRONZE, *ibidem*, p. 277.

²⁸⁸ Voltamos a transcrever FERNANDO JOSÉ BRONZE, *ibidem*, p. 280.

²⁸⁹ Cf. o acórdão do STJ de 7/1/2010, transcrito por RABINDRANTH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, cit., 101165.

²⁹⁰ Vide A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, cit., pp.111-126 e a bibliografia aí citada.

²⁹¹ Vide FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Analogias*, cit., p. 280.

14.2 Contributo romano

Que posição nos oferece o direito romano? As diversas causas de indignidade foram sucessivamente consagradas em leis (*constitutiones*) dos Imperadores romanos que legislavam casuisticamente à medida que os comportamentos censuráveis considerados indignos iam ocorrendo.

Mais tarde, o Imperador Justiniano queixando-se da dispersão das leis, de causas nem sempre claramente expressas e duma prática que por vezes não as aplicava, ordenou que fossem recolhidas numa só lei e proibiu que as situações aí não previstas fossem invocadas. Estamos perante uma enumeração taxativa.

Quid iuris, se, entretanto, um comportamento diferente, mas semelhante, tivesse ocorrido? É necessário ter presente que a interpretativa romana aproxima-se mais da nova perspetiva contemporânea do que da metodologia positivista²⁹². Efetivamente, embora não tenham elaborado uma doutrina, os jurisconsultos romanos não deixaram de oferecer algumas regras, de que destacamos a necessidade de privilegiar a finalidade da lei em relação às suas palavras: “Conhecer as leis não é conhecer as suas palavras, mas a sua finalidade”, escreveu CELSO²⁹³.

E, olhando para a analogia, ULPIANO recomendou que “quem tem a jurisdição deve proceder por analogia e dizer (declarar) assim o direito”²⁹⁴. Também à analogia deve o *ius civile* grande parte do seu desenvolvimento. E, por via dela, foram estendidas leis a casos análogos, como v.g., a *lex Voconia* que excluiu as mulheres da sucessão testamentária de cidadãos com fortuna superior a 100 mil libras e foi estendida à herança *ab intestato* de tias e sobrinhas²⁹⁵.

Neste ambiente metodológico de pensar e realizar o direito, é muito provável que, na falta de lei e perante situações de ofensa grave à moral pública, o pretor não deixasse de utilizar os seus expedientes: ora paralisando a pretensão do “indigno”, ora atribuindo ao *aerarium* e, depois do *fisco*, a *caducorum vindictio* em via útil, ou seja, analógica²⁹⁶. Trata-se no entanto, duma simples hipótese, certamente rara e excepcional atenta a orientação de atribuir à lei o reconhecimento de indignidade aos comportamentos.

15. A indignidade é uma verdadeira incapacidade de suceder?

15.1 Indignidade

²⁹² Seguimos A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos) em *Studia Iuridica*, 50, Coimbra, 2011, pp. 53-58.

²⁹³ D. 1,3,17: “Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem”.

²⁹⁴ D. 1,3,12: “Is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet”.

²⁹⁵ Cf. GAIO 2,226; 2-274; PS. IV,8,20(22).

²⁹⁶ Sobre os expedientes que o pretor utilizava com base no seu *imperium* e na sua *iurisdictionis*, vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano*, cit., pp. 302-338.

15.1.1 Causas. Efeitos

Nos termos do art. 2034^o, incorrem em indignidade: “ a) o condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado; b) o condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza; c) o que por meio de dolo ou coação, induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu; d) o que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos”.

Observando estas causas acolhidas na lei portuguesa, estamos perante atos particularmente graves cometidos pelo sucessível ao autor da sucessão ou a familiares próximos, que a nossa doutrina tem classificado nas seguintes categorias: 1) atentado contra a vida do autor da sucessão; 2) atentado contra a liberdade de testar 3) atentado contra o próprio testamento; 4) atentado contra a honra do autor da sucessão ou dos seus familiares²⁹⁷. Estes atos são particularmente graves e ofendem os sentimentos não só do autor da sucessão e dos seus familiares próximos, mas também a própria comunidade que não pode permitir que o seu autor beneficie das liberalidades de quem atrozmente atacou. Por isso, a nossa doutrina refere que a incapacidade por indignidade tem, como fundamento, um motivo de ordem ético-jurídica²⁹⁸.

Relativamente aos seus efeitos, “a devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente, sendo ele considerado, para todos os efeitos, possuidor de má fé dos respetivos bens”²⁹⁹. Todavia, “na sucessão legal, a incapacidade do indigno não prejudica o direito de representação dos seus descendentes”³⁰⁰.

Ou seja, o indigno é afastado da sucessão³⁰¹. Mas, se falecer antes da abertura da sucessão, importa distinguir: na sucessão legal, são chamados a suceder, por direito de representação, os descendentes do indigno³⁰²; e na sucessão

²⁹⁷ Neste sentido, vide F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 211, que completa a sistematização proposta por JOSÉ TAVARES.

²⁹⁸ Neste sentido, vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Successões. Parte geral*, cit., p. 37. Vide também ORLANDO GOMES, *Successões*, cit., p. 32; e MANUEL ALBALADEJO, *Curso de derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 85.

²⁹⁹ Cf. art. 2037^o, n.º 1. Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano 102^o, cit., p. 43.

CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 105.

³⁰⁰ Cf. art. 1037^o, n.º 2.

³⁰¹ Note-se que a indignidade não atinge só o herdeiro. Também se estende aos legatários, como refere THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 14 e 20.

³⁰² Cf. art. 2042^o. Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 43, que exemplifica: “No caso do filho matricida, que foi afastado por indignidade da sucessão materna, se tivesse um descendente, o afastamento do indigno não se propagaria por toda a sua estirpe e nem sequer impediria

testamentária (em que este direito está afastado no caso de indignidade³⁰³) serão sucessivamente chamados à sucessão os substitutos ou os outros co-herdeiros testamentários, se os houver e tiverem o direito de crescer³⁰⁴. Não os havendo, serão chamados os herdeiros (não do indigno, mas) do testador³⁰⁵.

Entretanto, se tiver entrado na posse dos bens da sucessão, é considerado possuidor de má fé, com as consequências em matéria de restituição de frutos³⁰⁶ e de levantamento de benfeitorias³⁰⁷.

Não sendo considerado herdeiro, o indigno conserva todos os seus direitos que, por outro título, tenha: v.g., se é credor do de cuius, pode exigir o pagamento dos seus créditos³⁰⁸.

Se o indigno já tiver sido chamado, haverá lugar para a resolução da vocação³⁰⁹.

Quanto ao âmbito, a indignidade pode operar em todos os títulos de vocação sucessória: na sucessão testamentária e ab intestato³¹⁰, incluindo a sucessão legitimária³¹¹.

Podemos concluir, observando o acerto da doutrina que qualifica a posição

o chamamento do descendente em lugar do seu ascendente e pelo canal próprio do direito de representação". No direito italiano, vide a mesma opinião em ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, 3, cit., p. 717.

³⁰³ Cf. arts. 2037º, nº. 2 a contrario sensu; e 2041º, nº. 1. Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ibidem*, pp. 38-39 para quem "é de presumir que se alguém nomeou outrem, testamentariamente, seu herdeiro ou legatário, e o nomeado incorreu em indignidade, não seja conforme à vontade do testador chamar à sucessão os descendentes do indigno, em substituição deste"; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 43; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ibidem*, p. 106.

³⁰⁴ Cf. art. 2304º.

³⁰⁵ Cf. art. 2041º, nº. 1. Vide F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., pp. 216-217.

³⁰⁶ Cf. art. 1271º.

³⁰⁷ Cf. arts. 1273º. a 1275º. Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ibidem*, p. 38; F. M. PEREIRA COELHO, *ibidem*, p. 217; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 43; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, I, cit., p. 301; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ibidem*, p. 105. No direito italiano, vide ROBERTO DE RUGGIERO, *ibidem*, pp. 716-717.

³⁰⁸ Neste sentido, vide ORLANDO GOMES, *Successões*, cit., p. 35.

³⁰⁹ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano 102º, cit., pp. 262-263, que fala, a propósito, do caráter bipolar da indignidade: pode funcionar como impedimento da vocação e pode também provocar a resolução duma vocação já realizada.

³¹⁰ Vide THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 15; F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 211, para quem, "compreende-se que a legislação não faça distinção entre a sucessão legítima e testamentária, pois o comportamento do sucessível, nos casos previstos nas als. c) e d) do art. 2034º, assim como o torna indigno de receber por testamento, assim não o faz merecedor de receber o que lhe pertenceria como herdeiro legítimo"; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 102.

³¹¹ Vide *infra*, nº. 16.

do indigno como “excluído da sucessão”³¹², “como se fosse morto”³¹³, e de “inabilitado para suceder”³¹⁴; e vê na indignidade uma pena civil que se traduz em privar o indigno do direito à sucessão³¹⁵.

15.1.2 Reabilitação

O nosso Código consagra a possibilidade de o autor da sucessão reabilitar o indigno, dispondo que: “1. O que tiver incorrido em indignidade, mesmo que esta tenha sido judicialmente declarada, readquire a capacidade sucessória, se o autor da sucessão expressamente o reabilitar em testamento ou escritura pública; 2. Não havendo reabilitação expressa, mas sendo o indigno contemplado em testamento quando o testador já conhecia a causa da indignidade, pode ele suceder dentro dos limites da disposição testamentária”³¹⁶.

Como se observa, o Código consagra duas modalidades de reabilitação: a expressa, que deve ser feita em testamento ou escritura pública; e a tácita, quando o testador, conhecendo os atos de indignidade que o atingiram, concede uma liberalidade ao indigno. Na primeira hipótese, o indigno recupera a sua capacidade sucessória; na segunda, só sucede nos limites da disposição testamentária³¹⁷.

A doutrina vê, na reabilitação do indigno, um ato em que a vontade do de cuius se sobrepõe ao interesse público³¹⁸; e observa, na largueza com que o autor da sucessão pode reabilitar o indigno o fruto dos fundamentos individualistas do nosso sistema sucessório³¹⁹. E, quanto à sua natureza, que é controversa, diverge entre quem entende que assenta na vontade presumida do auctor successionis e quem vê no perdão do ofendido a causa imediata da reabilitação³²⁰.

³¹² Neste sentido, vide ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, 3, cit., p. 716; e THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 9 e 13, que fala de privação do direito sucessório com efeitos retroativos.

³¹³ Transcrevemos ORLANDO GOMES, *ibidem*, p. 35.

³¹⁴ Neste sentido, vide MANUEL ALBALADEJO, *Curso de derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 85.

³¹⁵ Neste sentido, vide ORLANDO GOMES, *ibidem*, p. 32.

³¹⁶ Cf. art. 2038º.

³¹⁷ Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões. Parte geral*, cit., p. 39; F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 217; ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., pp. 36-37; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano 102º., cit., p. 45; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II, *Sucessões*, cit., p. 210; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, I, cit., p. 301; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de direito das sucessões*, cit., pp. 106-107; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 190. No direito espanhol, vide MANUAL ALBALADEJO, *Curso de derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 89.

³¹⁸ Vide ORLANDO GOMES *ibidem*, p. 717.

³¹⁹ Neste sentido, vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 302.

³²⁰ Vide ORLANDO GOMES, *ibidem*, pp. 35-37.

15.2 Incapacidade

A nossa doutrina define a capacidade sucessória como “a idoneidade para ser chamado a suceder como herdeiro ou legatário”³²¹; ou “para ser destinatário de uma vocação sucessória, da aptidão para ser chamado a suceder como herdeiro ou como legatário”³²².

Trata-se duma “situação particular da noção genérica de capacidade jurídica” de gozo³²³, que não é afetada pela incapacidade natural: v.g., os dementes, os menores, etc., gozam de capacidade sucessória, porque, ensina FRANCISCO M. PEREIRA COELHO, “ser chamado à sucessão não implica para o chamado obrigações, responsabilidades ou riscos”³²⁴.

Observa-se que não existe uma incapacidade sucessória geral e absoluta, mas só relativa a certas pessoas³²⁵; e que “a capacidade é a regra, a incapacidade a exceção”. Por isso, “são capazes de suceder todas as pessoas, singulares ou coletivas, que a lei não declare incapazes”³²⁶.

E nota que é na abertura da sucessão – que a lei situa no momento da morte do de cuius³²⁷ -- que se aprecia a capacidade sucessória que deve existir nesse momento e só nele³²⁸.

³²¹ Transcrevemos F. M. PEREIRA COELHO, *ibidem*, p. 206, para quem “a capacidade sucessória não se confunde com a capacidade exigida para a prática dos vários atos ou negócios a que haja lugar no decurso do fenómeno sucessório. Uma é a capacidade sucessória; outra, a capacidade exigida para fazer testamento, para aceitar ou repudiar a herança, para intervir na partilha, etc. A capacidade para a prática destes atos é regida por outros princípios, que de resto podem ser, e são muitas vezes, os princípios gerais da capacidade negocial”.

³²² Transcrevemos CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, pp. 203-204. Vide também CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ibidem*, p. 100.

³²³ Voltamos a transcrever CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 204. Vide também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Sucessões, cit.*, p. 144.

³²⁴ De novo transcrevemos F. M. PEREIRA COELHO, *ibidem*, p. 207, que excetua “o ónus de repudiar a herança no caso previsto no art. 2049º, pois a lei presume a aceitação nesse caso”. Vide também RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 292.

³²⁵ Neste sentido, vide PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões, II. Sucessões, cit.*, p. 204. Vide também LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões, cit.*, p. 179; e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões, I, cit.*, p. 291.

³²⁶ Voltamos a transcrever F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, p. 207, para quem este princípio está expresso no art. 2033º. Vide também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Sucessões, cit.*, p. 144, para quem, “os chamados incapazes por menoridade ou interdição têm capacidade sucessória: a única especialidade está na obrigação de a aceitação se fazer a benefício de inventário (art. 2053º.)”; e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 292238.

³²⁷ Cf. art. 2031º.

³²⁸ Cf. art. 2033º, nº. 1. Vide F. M. PEREIRA COELHO, *ibidem*, p. 208; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 135; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 204; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de direito das sucessões, cit.*, p. 107. No direito espanhol, vide JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *La sucesión por derecho de transmisión, cit.*, p. 204. Relativamente aos nascituros concebidos e não concebidos, embora com âmbitos diversos de capacidade, são sucessoriamente capazes. Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões. Parte geral, Coimbra, 2004*, pp. 32-36; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 291; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ibidem*, p. 205.

Aberta a sucessão, fica excluído quem não tem a necessária capacidade³²⁹. E a indignidade constitui, segundo a nossa lei, motivo de incapacidade sucessória³³⁰.

15.3 Problema: a indignidade é uma verdadeira incapacidade ?

15.3.1 Doutrina portuguesa

A doutrina portuguesa tem debatido este tema, com as naturais divergências. Há quem, apoiando-se na letra da lei, fale de uma específica incapacidade sucessória que se afasta dos conceitos gerais de incapacidade de gozo³³¹; e quem conteste que se trate de verdadeira incapacidade.

Se olharmos para o pressuposto, alcance, finalidade e regime jurídico da incapacidade em geral, seremos tentados a recusar à indignidade a natureza de incapacidade. Importará ter presente que a capacidade jurídica pode definir-se como “a aptidão para ser titular de um círculo, maior ou menor, de relações jurídicas”, podendo “ter-se uma medida maior ou menor de capacidade, segundo circunstâncias ou situações”³³²; e que a falta desta capacidade, denominada de gozo, “provoca a nulidade dos negócios jurídicos respetivos e é insuprível”³³³.

E se nos mantivermos atentos ao regime jurídico da nulidade, logo veremos, nomeadamente, que: 1) é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal³³⁴; 2) não é sanável mediante confirmação³³⁵; 3) a declaração de nulidade tem efeito retroativo³³⁶. Ora, diferentemente da nulidade, a indignidade pode ser afastada por reabilitação do indigno³³⁷, não prejudica o direito de representação na sucessão legal³³⁸ 4) e se a ação, que a declare, caduca se não for intentada no prazo legalmente previsto³³⁹, a indignidade deixa de produzir os seus efeitos.

É certo que o nosso legislador fala de indignidade como incapacidade (sucessória)³⁴⁰. Todavia, invadiu uma área que não é sua: só à dogmática cabe qualificar³⁴¹. Por isso, o problema mantém-se em aberto.

³²⁹ Cf. art. 2032º, nº. 1.

³³⁰ Cf. art. 2034º.

³³¹ Vide CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 206.

³³² Transcrevemos CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4ª. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, p. 220.

³³³ Voltamos a transcrever CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *ibidem*, p. 222.

³³⁴ Cf. art. 286º.

³³⁵ Cf. art. 288º, nº. 1, a contrario sensu.

³³⁶ Cf. art. 289º, nº. 1.

³³⁷ Cf. art. 2037º.

³³⁸ Cf. arts. 2037º, nº. 2 e 2041º, nº. 1.

³³⁹ Cf. art. 2036º, nº. 1.

³⁴⁰ Cf. art. 2034º.

³⁴¹ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, cit., 271.

Observa-se, no entanto, uma evolução histórica: enquanto tradicionalmente a indignidade “é encarada, entre nós, como forma de incapacidade” e “o legislador de 1966 manteve esta posição” e “até a reforçou”³⁴², assistimos, desde o século XIX a um debate que opõe quem aceita e recusa ver na indignidade uma incapacidade sucessória.

Com efeito, já em Itália, na vigência do seu primeiro Código Civil (de 1865), não faltou quem se insurgisse contra a natureza de incapacidade e preferisse falar de outra figura³⁴³. Quem, abordando o direito alemão, observe que “as misturas no Código Civil de preceitos relativos à incapacidade sucessória pura com os referentes à indignidade e com os comuns a ambas é fonte de confusão”³⁴⁴. E quem, olhando para o Código Civil espanhol, entenda que “as hipóteses de incapacidade são autênticas proibições que dão lugar à nulidade absoluta não convalidável”, enquanto, “pelo contrário, as de indignidade permitem o perdão e também a convalidação pelo decurso do prazo”³⁴⁵.

E, na doutrina portuguesa, podemos também observar uma tendência ou simpatia pela ideia de que não se trata de verdadeira incapacidade, mas de ilegitimidade. Merece destaque JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, que invoca o caráter relativo da indignidade: só em relação à sucessão do ofendido, o sucessível (herdeiro, legatário ou fideicomissário) que o ofendeu é afastado e não em relação à herança, legado ou fideicomissio de qualquer outro de cujus não ofendido³⁴⁶. Por isso, este Autor prefere considerar que o indigno se encontra numa posição de ilegitimidade sucessória passiva: está em causa a existência de determinada posição entre duas pessoas: o indigno e o autor da sucessão³⁴⁷.

³⁴² Transcrevemos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, pp. 270-272. Referem também o pensamento deste Autor: CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II. Sucessões, cit., p. 205; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, cit., pp. 197-198, que conclui: “A configuração adequada destes institutos (indignidade e deserção) não é a de incapacidade, mas a de ilegitimidade”. Sobre a indignidade consagrada na Lei das Sete Partidas, vide JOSÉ DOMINGUES, *As partidas de Castela na sistemática compilatória do livro IV da reforma das Ordenações em INITIUM*. Revista catalana d’història del dret, 19, Barcelona, 2014, pp. 375-379, que destaca a indignidade do filho que se torna jogral contra a vontade do seu pai; da filha que casa antes dos vinte e cinco anos sem autorização do seu pai; da falta de assistência na enfermidade ao demente; do não esforço para libertar os ascendentes feitos prisioneiros; etc.

³⁴³ Vide ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, 3, cit., p. 712.

³⁴⁴ Transcrevemos THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 15.

³⁴⁵ Transcrevemos JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *La sucesión por derecho de transmisión*, cit., p. 203.

³⁴⁶ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, cit., p. 272.

³⁴⁷ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, pp. 270-272; e *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 149. Acolhem esta ideia LUIS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, cit., pp. 196-198; e CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, cit., pp. 205-206, para quem “o empolar do conceito de indignidade ao de uma ilegitimidade de suceder àquele de cujus, acaba por, até certo ponto, explicar o ponto de vista de certos autores que reconduzem as situações de indisponibilidade relativa também às de uma verdadeira incapacidade de suceder”. Vide também ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 32 para quem, “tais singularidades (do regime

15.3.2 Contributo romano

Olhando agora para o direito romano, facilmente se observará que, pelo menos na época clássica, a indignidade não era considerada uma incapacidade sucessória. Recorde-se que o indigno não perde a *delatio*, ou seja, não deixa de ser herdeiro e só os bens *lhe* são subtraídos a favor, ordinariamente, do *erarium* e, depois, do *fiscus* e, em casos excepcionais, das pessoas legalmente contempladas, mas nem aquele nem estas se consideram herdeiras. O aforismo *cujaciano* “*indignus potest capere, sed non retinere*” é bem elucidativo da posição jurídica que o indigno ocupa³⁴⁸. Pelo contrário, na incapacidade sucessória dita tradicional, o herdeiro (*legatário* ou *fideicomissário*) não é chamado (*delatio*) porque esta é nula; portanto, não chega a ser herdeiro (*legatário* ou *fideicomissário*). E a “moderna” incapacidade criada pelas leis demográficas de Augusto tem um regime próprio que se restringe à sucessão testamentária e está longe da verdadeira incapacidade³⁴⁹.

16. A indignidade atinge todas as espécies de sucessão ou estará afastada na sucessão legitimária, substituída pela deserção?

16.1 Doutrina portuguesa

Se a indignidade na sucessão legítima, contratual e testamentária³⁵⁰ não suscita dúvidas, o problema surge a propósito da sucessão legitimária, havendo quem a afaste³⁵¹ substituindo-a pelo instituto da deserção³⁵²; e quem a defenda.

Em abono da sua aplicação nesta espécie de sucessão invoca-se a história e a letra da lei, referindo-se que a inserção do art. 2034^o. na secção Capacidade sucessória confere-lhe um âmbito geral que parece reforçado quando o legislador considera que “na sucessão legal, a incapacidade do indigno não prejudica o direito de representação dos seus descendentes”³⁵³ e inclui na sucessão legal a

da indignidade) levam à conclusão de que não se trata de verdadeira incapacidade”.

³⁴⁸ Vide supra, n.º 4.1.

³⁴⁹ Vide supra, n.º 9.4.

³⁵⁰ Vide THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 14-15 e 21; F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 212; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 102.

³⁵¹ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, as atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em *O Direito*, ano CI, cit., p. 279 que cita PAULO CUNHA e PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, no domínio do Código de Seabra; e F. M. PEREIRA COELHO, já no Código de 1966.

³⁵² Segundo ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 225, “deserção é a privação, por disposição testamentária, da legítima do herdeiro necessário”. E, nas palavras de ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivente*, Coimbra, 2004, p. 380, “a deserção pode definir-se como o ato formal pelo qual o testador, invocando uma causa legal e certa, exclui o seu direito a um legitimário devidamente identificado”.

³⁵³ Cf. art. 2037^o, n.º 2.

sucessão legítima ou legitimária³⁵⁴. Acresce que, sendo os factos previstos nas als. a) e b) do art. 2034º. extremamente graves, a preocupação de o legislador os reprimir e evitar só será conseguida “se todos os sucessíveis, inclusivé os legitimários, forem passíveis de tais sanções, de modo a obter a desejada paz sucessória”³⁵⁵. E, razões superiores de justiça não permitem que fiquem impunes factos que, praticados ou conhecidos depois da sua morte, o de cuius não os podia considerar para deserदार o seu autor³⁵⁶. Acresce também o facto de a recusa de a indignidade impedir a sucessão legitimária “vir desnaturar a relação entre o autor da sucessão e o legitimário” que “tem uma expectativa particularmente protegida” porque “a lei pressupõe e exige uma ligação pessoal particularmente forte ao autor da sucessão legitimária”. Sendo o legitimário “o herdeiro por excelência”, se “lhe outorga mais proteção do que a outros” e, por isso, “nada teria de estranho que os legitimários estivessem sujeitos, não só às causas de indignidade que atingem todo o qualquer sucessível, mas ainda a causas particulares, que permitem a deserdação e são deixadas na disponibilidade do autor da sucessão”³⁵⁷.

A posição, hoje dominante, da doutrina merece a nossa adesão, pelas razões expostas. Não podemos ignorar que as causas de indignidade e de deserdação escoram-se em comportamentos muito graves do sucessível que não chega a herdar (indigno) e do deserदारo, que justificam que “o deserदारo (seja equiparado ao indigno para todos os efeitos legais”³⁵⁸.

Mas, antes da necessária conclusão, importa fazer uma referência ao instituto da deserdação.

16.2 Deserdação

A deserdação é definida por COELHO DA ROCHA, como “o ato pelo qual um parente priva da legítima, excluindo da sucessão, o seu herdeiro necessário”³⁵⁹.

³⁵⁴ Cf. art. 2027º.

³⁵⁵ Transcrevemos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 281; e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, I, *cit.*, p. 303, para quem “não nos convencem os argumentos de que o art. 2166º. é uma norma especial em face do art. 2034º” e, portanto, afastaria o art. 2034º. Segundo este Autor, “a especificidade do art. 2034º. reside no facto de não poder ser afastada pela vontade do autor da sucessão (art. 2027º.), mas só nos casos em que tais sucessores sejam capazes e, nomeadamente, dignos”. E prossegue (p. 306): “Quando haja indignidade por parte dos sucessíveis legitimários pela prática de atos tão afrontosos como os do art. 2034º., a nossa lei parece dissociar-se inclusivamente das razões pelas quais consagrou a sucessão legitimária”.

³⁵⁶ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, pp. 28-29; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, *cit.*, p. 195, que refere a adere à posição de OLIVEIRA ASCENSÃO. Este Autor apresenta, como exemplo, o filho que assassinou o seu pai. Tendo este morrido imediatamente, não pode deserदार. Vide também RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 306783.

³⁵⁷ Transcrevemos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, as atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em *O Direito*, ano CI, *cit.*, pp. 281-282.

³⁵⁸ Cf. art. 2166º., nº. 2.

³⁵⁹ Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, 8ª. ed., Lisboa,

Na sua base está, como referimos, a ofensa grave de valores que justificam a equiparação do indigno ao deserddado³⁶⁰. Talvez por isso, alguns Autores tenham considerado os dois institutos (a indignidade e a deserdação) inutilmente sobrepostos, suprimido a deserdação e criado duas vias que as diferentes legislações percorrem³⁶¹.

Apontam-se, como requisitos necessários, os seguintes: 1) necessidade de ser feita em testamento; 2) a causa deve ser expressa; 3) e deve ser admitida pela lei³⁶². E entende-se que os herdeiros legítimários só podem ser privados da legítima em casos excepcionais³⁶³. Por isso, o nosso Código consagra causas determinadas de cuja existência depende a deserdação³⁶⁴.

E o seu efeito é, como determina o nosso Código, “privar o herdeiro legítimário da legítima”³⁶⁵. Por outro lado, sendo necessário que a deserdação ocorra em testamento³⁶⁶ está afastada a sua atuação automática *ope legis*³⁶⁷. E, porque “o deserddado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais”³⁶⁸, também se admite a reabilitação do deserddado³⁶⁹.

1917, p. 210, para quem, “para ser válida é necessário que: 1) seja feita em testamento, escritura ou termo legal; 2) seja expressamente declarada a causa de exclusão; 3) esta causa seja justa; 4) seja provada pelos sucessores, para quem passa a herança ou legítima do excluído; 5) e julgada por sentença com audiência do mesmo”. O Autor escrevia antes da promulgação do Código de Seabra. Na vigência da legislação atual, vide ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivente*, cit., p. 393. No direito brasileiro, vide ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 225.

³⁶⁰ Cf. art. 2166º, nº. 2.

³⁶¹ Assim aconteceu, v.g., nos Códigos Civis francês e italiano que consagraram somente a indignidade sucessória. Posição contrária foi seguida pelos Códigos Civis dos países germânicos e dos países influenciados pela legislação germânica, nos quais a indignidade e a deserdação coexistem como institutos independentes. É o caso do nosso Código Civil. Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, as atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em *O Direito*, ano CI, cit., p. 274-275.

³⁶² Vide MANUEL ALBALADEJO, *Curso de derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 398; e ORLANDO GOMES, *ibidem*, p. 226, que refere: a) existência de herdeiros necessários; b) testamento válido; c) declaração de causa.

³⁶³ Vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 192.

³⁶⁴ Cf. art. 2166º, nº. 1.

³⁶⁵ Cf. art. 2166º, nº. 1. Vide ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivente*, cit., p. 390, para quem “a lei afasta, nestes casos, a proteção que concede ao legítimário mesmo contra a vontade do autor da sucessão (...) tudo se passando, então, como se o deserddado fosse inexistente”. Sobre a legítima (noção, proibição, natureza, não oneração com encargos), vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão legítima e sucessão legítimária*, Coimbra, 2004, pp. 45-57; e ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *ibidem*, pp. 351 e 438.

³⁶⁶ Cf. art. 2166º, nº. 1.

³⁶⁷ Vide ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *ibidem*, p. 380.

³⁶⁸ Cf. art. 2166º, nº. 2. Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ibidem*, p. 58; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, as atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em *O Direito*, ano CI, cit., p. 265 e *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 154.

³⁶⁹ Vide CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL *Direito da família e das sucessões*, II, *Sucessões*, cit., p. 213.

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 193.

16.3 Articulação da indignidade com a deserdação

Chegados aqui, e acolhendo a doutrina dominante segundo a qual as causas de indignidade não estão afastadas na deserdação³⁷⁰, importa observar e compará-las.

Relativamente à indignidade, a lei determina as seguintes causas: a) o sucessível é “condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado”; b) é “condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza”; c) “dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos”³⁷¹.

Por sua vez, a deserdação depende das seguintes ocorrências: a) “ter sido o sucessível condenado por algum crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou de algum descendente, ascendente, adotante ou adotado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão”; b) “ter sido o sucessível condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas”; c) “ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos”.

Como observamos, a primeira causa de deserdação é mais ampla que a de indignidade: em causa não está só o homicídio doloso, mesmo não consumado, mas qualquer crime doloso contra a pessoa, bens ou honra, desde que a sua moldura penal seja superior a seis meses. Na segunda, pelo contrário, refere-se o mesmo crime, mas exige-se, na indignidade, uma pena de prisão superior a dois anos, exigência omitida na deserdação. A terceira causa de indignidade não existe na deserdação. Nada impediria o testador de, em segundo testamento, deserdar o sucessível que dolosamente ou por coação o induziu a fazer, revogar, modificar ou subtraiu, ocultou, ou inutilizou o testamento anterior. Na indignação, a última causa não surge como causa de deserdação. E nesta está ainda prevista a recusa, sem justa causa da prestação de alimentos devidos, que não figura como causa de indignidade.

Ou seja, há causas comuns, mas também diferentes, embora todas digam respeito a comportamentos graves do sucessível e, por isso, igualmente censuráveis. E, como na indignidade, também a privação da legítima, consequência da deserdação, não afeta os descendentes do deserdado que gozam do direito de representação por efeito da equiparação do deserdado ao indigno³⁷².

Por isso, não têm faltado Autores que vêm nos dois institutos (indignidade

³⁷⁰ Vide supra, n.º. 16.1.

³⁷¹ Cf. art. 2034.º.

³⁷² Cf. art. 2166.º, n.º. 2. Vide MANUEL ALBALADEJO, Curso de derecho civil, V, Derecho de sucesiones, cit., p. 402; e ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, A legítima do cônjuge sobrevivente, cit., p. 393.

e deserdação) uma sobreposição inútil³⁷³ nem, em consequência, Códigos Civis que suprimiram e deserdação: v.g., os Códigos Civis francês e italiano só consagram a indignidade sucessória³⁷⁴. Não é o caso do nosso Código e, por isso, importará questionar como se articulam aquelas figuras que têm, como vimos, causas comuns e também diferentes.

Há quem, vendo na indignidade uma causa genérica de incapacidade sucessória, entenda que as suas causas se podem também aplicar subsidiariamente à sucessão legitimária, não só quando não tivesse sido possível efetuar a deserdação – v.g., o autor da sucessão faleceu sem conhecer a causa –, mas também quando existe causa de indignidade e não de deserdação³⁷⁵. Há ainda quem considere que a indignidade concorre com a deserdação na sucessão legitimária³⁷⁶. E, também, quem entenda que o mecanismo da deserdação operaria nas causas “a mais” que legalmente permitem o afastamento do herdeiro legitimário; e, nas causas comuns, faltando a deserdação, ainda se poderia aplicar a indignidade “pois o art. 2034^o. consagraria aquelas situações que, pela sua gravidade, gerariam o afastamento de qualquer sucessível, sobretudo se legitimário”³⁷⁷. Numa palavra: a indignidade só não se aplicaria nas causas específicas de deserdação, como, v.g., a recusa ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge, sem justa causa, dos devidos alimentos³⁷⁸.

Opor-se-á a esta articulação a circunstância de a indignidade ser sancionada ex lege com a incapacidade sucessória, enquanto a deserdação opera por vontade do testador³⁷⁹? Pensamos que não: por um lado, a deserdação só pode ser efetuada com base em comportamentos tipificados na lei; e, por outro lado, o deserdado pode impugnar a deserdação, invocando a inexistência da causa invocada, dentro de dois anos a contar da abertura da sucessão³⁸⁰.

³⁷³ Vide MANUEL ALBALADEJO, *ibidem*, p. 402, para quem “na prática não é mal permitir que o testador invoque as causas de indignidade como justificação para a privação da legítima a quem incorreu nela”.

³⁷⁴ Posição contrária foi seguida pelos Códigos Civis dos países germânicos e dos países influenciados pela legislação germânica, nos quais a indignidade e a deserdação coexistem como institutos independentes. É o caso do nosso Código Civil. Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, as atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em *O Direito*, ano CI, *cit.*, p. 274-275; e também ORLANDO GOMES, *Successões*, *cit.*, p. 225.

³⁷⁵ Vide CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II. *Successões*, *cit.*, pp. 215-216.

³⁷⁶ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Successões*, *cit.*, p. 157; e CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 217-298, que cita OLIVEIRA ASCENSÃO.

³⁷⁷ Transcrevenos CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II. *Successões*, *cit.*, p. 217.

³⁷⁸ Cf. art. 2166^o, n.º 1, al. c).

³⁷⁹ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Successões*, *cit.*, p. 157; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, *cit.*, p. 195.

³⁸⁰ Cf. art. 2167^o. Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Successão legítima e sucessão legitimária*, *cit.*, p. 59; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 158; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *ibidem*, p. 193; e ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge*

Outro problema consiste em saber se a deserdação também se repercute em todas as formas de sucessão. Atento o fundamento da deserdação e o princípio de que quem pode o mais também pode o menos, nenhum obstáculo existe a que a deserdação implique não só o afastamento da legítima, mas também da posição mais geral de herdeiro legítimo³⁸¹.

16.4 Contributo romano

Apesar de a articulação da indignidade com a deserdação encontrar, na doutrina portuguesa, uma relativa convergência, não parece dispensável a convocação do direito romano. Afastada a exhereditio clássica que nada tinha de censurável enquanto meio para salvar a validade do testamento quando o testador tivesse filhos, filhas, mulher sujeita ao seu poder marital (*uxor in manu*) e netos, filhos de filho pré-falecido, todos denominados *heredes sui*³⁸², a deserdação aproximou-se, no direito justiniano, do instituto da ingratidão, cujas causas, até então dispersas em diversas leis, Justiniano reuniu e que, além da deserdação, permitem também a indignidade³⁸³.

A aproximação e, dir-se-ia, a identidade das causas vai de encontro à moderna tendência que admite a deserdação quando a respetiva causa está prevista na figura da indignidade e recorre a esta figura quando a deserdação não foi feita por impossibilidade: v.g., o autor da sucessão faleceu, sem conhecer o comportamento indigno do herdeiro legitimário. Mas também não deixa de estar na origem da confusão que se verificou, a ponto de, como referimos, haver quem considere inútil a deserdação e códigos que a aboliram.

17. A indignidade atua automaticamente ou, pelo contrário, deve ser declarada judicialmente ?

17.1 Doutrina portuguesa

A nossa doutrina encontra-se profundamente dividida entre quem entende que a indignidade atua automaticamente e quem considera que é necessário intentar uma ação para a declarar, cuja natureza também não é pacífica.

sobrevivo, cit., pp. 392-396, para quem, “qualquer legitimário deserddado poderá instaurar ação para impugnar a deserdação. Esta ação, dirigida contra os herdeiros, tem natureza declarativa e é pessoalíssima, transmitindo-se apenas aos descendentes do deserddado”. Quanto à deserdação justa, “a devolução da legítima ao cônjuge sobrevivente é considerada inexistente, retroagindo à data da abertura da sucessão”.

³⁸¹ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória* em *O Direito*, ano CI, cit., pp. 276-278; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, pp. 212-213; e ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivente*, cit., p. 391.

³⁸² Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*, I. Introdução. Fontes, cit., pp. 227-228; e *supra*, n.º 10.

³⁸³ Vide *supra*, n.º 11.

Em abono da primeira posição estão os Autores que se apoiam na lei segundo a qual a ação destinada a obter a declaração de indignidade pode ser instaurada dentro de certo prazo³⁸⁴, incumbindo mesmo ao Ministério Público intentá-la não só quando o único herdeiro é afetado pela indignidade³⁸⁵, mas também quando a indignidade sucessória não foi declarada na sentença penal na hipótese da al. a) do art. 2034³⁸⁶. E invocam-se razões de segurança e certeza jurídica que impõem a necessidade de se definir claramente o destino dos bens do autor da sucessão³⁸⁷.

Defende a segunda solução quem entende que a indignidade opera automaticamente quando o indigno não está na posse dos bens e só considera necessária a ação que a declare se, pelo contrário, tiver essa posse. Isto porque, se o indigno, que não está na posse dos bens, reclamasse quaisquer direitos sucessórios, os sucessíveis capazes sempre poderiam defender-se por via de exceção, invocando a indignidade daquele, nos termos do art. 287º, nº. 2, aplicado por analogia³⁸⁸. Como fundamento desta doutrina, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO refere, nomeadamente, que: 1) seria absurda a necessidade de se intentar a ação de declaração de indignidade se o indigno não detiver os bens hereditários; 2) a expressão legal “carecem de capacidade sucessória” (art. 2034º.) e a epígrafe “incapacidade por indignidade” em que este artigo se insere acentuam o caráter automático da atuação por indignidade; 3) os prazos limitados de caducidade do art. 2036º. apontam para o automatismo do operar da indignidade; 4) a lei não diz que a devolução da sucessão ao indigno se resolve, mas que é inexistente, e considera-o possuidor de má fé³⁸⁹; 5) a lei, ao dispor que “o que tiver incorrido em indignidade, mesmo que já tenha sido judicialmente declarada, readquire a capacidade sucessória...”³⁹⁰, parece transmitir a ideia de que se poderia incorrer em indignidade sem que tenha sido judicialmente declarada³⁹¹.

³⁸⁴ Cf. art. 2036º, nº. 1.

³⁸⁵ Cf. art. 2036º, nº. 2.

³⁸⁶ Cf. art. 2036º, nº. 3.

³⁸⁷ Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões. Parte geral*, cit., p. 38; e PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, VI, cit., p. 40 para quem “o art. 2036º. deixa subentendido claramente que a declaração de indignidade como causa de incapacidade sucessória só pode ser proferida por via judicial, nalguns casos só depois de condenação em ação penal, mas em qualquer caso mediante ação cível *ah hoc*”. Vide também F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 215, que adere a esta posição; e ainda: RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, I, cit., p. 287; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 189. No direito brasileiro, vide ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 33.

CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de direito das sucessões*, cit., pp. 103-104. No direito alemão, vide THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 9 e 18.

³⁸⁸ Vide CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II, *Sucessões*, cit., p. 208; e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 297.

³⁸⁹ Cf. art. 2037º, nº. 1.

³⁹⁰ Cf. art. 2038º, nº. 1.

³⁹¹ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, cit., pp. 294-296, em *O Direito*, ano 102º., pp. 3-11 e em *Direito civil. Sucessões*, cit., pp. 150-153. A doutrina de OLIVEIRA ASCENSÃO foi seguida pelo nosso STJ em

Esta posição é criticada por CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, para quem assentar na ideia de posse ou não, pelo indigno, dos bens hereditários, “parece não fazer relevar a eventual posição de herdeiro ou de legatário do indigno” e “não atentar na situação da “cadeia” dos sucessíveis subsequentes – e lembre-se de que a indignidade não afeta o direito de representação na sucessão legal, nos termos do art. 2037º., n.º. 2”³⁹². Também “a referência à inexistência da devolução está longe de ser decisiva, conhecido o mecanismo da retroação da resolução de uma vocação”³⁹³. Além de que no caso de os efeitos duma situação de indignidade não declarada poderem ser apreciados tardiamente, poder-se-ia gerar uma “clara situação de insegurança no processamento normal do fenómeno sucessório, tendo em vista o interesse dos sucessíveis subsequentes”³⁹⁴. Por isso, aquele Autor entende que “a opção do legislador parece ter sido outra, sobrepondo razões de certeza jurídica e de definição breve de situações que a morte de alguém deixou despersonalizadas”³⁹⁵. E termina, referindo que o afastamento da disposição do Anteprojeto de Galvão Telles -- que, não fazendo referência à declaração judicial de indignidade, “parecia indiciar o carácter automático da atuação da incapacidade”--, alterado na primeira Revisão Ministerial e, depois, no texto final, permite considerar que a indignidade atua *officio iudicis*”, ou seja, através de ação que a declare³⁹⁶.

No entanto, merece a simpatia de RABINDRANTH CAPELO DE SOUSA, para quem o termo pode do art. 2036º. e as expressões “o mesmo que” e “já” do n.º. 1 do art. 2038º. permitem concluir que, mesmo sem a declaração judicial de indignidade, “pode ter-se incorrido em indignidade e haver lugar a reabilitação com reacquirição de capacidade sucessória”³⁹⁷. Por outro lado, “as sentenças judiciais declarativas são normalmente apenas um dos modos certificativos de direitos ou deveres existentes e não modo certificado obrigatório ou elemento constitutivo de direitos ou deveres”; e “o art. 67º. não exige que as incapacidades jurídicas tenham de ser judicialmente declaradas, mas apenas as que resultem de “disposição legal”³⁹⁸. E, embora haja casos em que o recurso à ação declarativa da indignidade é o meio exclusivo para ulteriormente se dispor de título executivo³⁹⁹,

acórdão dde 23/7/1974, publicado no BMJ 239º., p. 225.

³⁹² Transcrevemos CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II. *Sucessões*, cit., p. 209.

³⁹³ Continuamos a transcrever CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 209.

³⁹⁴ De novo transcrevemos CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 210.

³⁹⁵ Voltamos a transcrever CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 210.

³⁹⁶ Vide CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 210.

³⁹⁷ Transcrevemos RABINDRANTH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, I, cit., p. 298765.

³⁹⁸ Voltamos a transcrever RABINDRANTH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, pp. 298-299768.

³⁹⁹ Cf. art. 4º. do Código de Processo Civil. Vide RABINDRANTH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 299, que exemplifica com o caso em que o indigno está na posse de bens da sucessão, cuja entrega ou quantia equivalente se pretende executar no património do indigno; e nos casos em que o indigno se fez previamente habilitar como sucessor e os sucessíveis pretendam entrar no pleno e

aquele Autor mostra-se, parece-nos, sensível à doutrina defendida por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO.

Se nos é permitido manifestar a nossa posição, diremos que propendemos para a opinião da maioria dos nossos Autores que se inclina para a necessidade de a indignidade dever ser declarada judicialmente. Razões de certeza e de segurança do comércio jurídico abonam-na: não sendo declarada no tribunal, paira a incerteza sobre a veracidade dos factos que suportam a indignidade e justifica a transmissão dos bens hereditários aos sucessíveis que ocupam a ordem imediatamente posterior; assim como, se entretanto tiver falecido, permite aos seus herdeiros (legítimos e legitimários) por direito de representação, reivindicarem a propriedade dos respetivos bens.

Se, entretando, o indigno se tiver apoderado dos bens, mais aquela ação se justifica para legitimar os interessados na recuperação, recorrendo quer à ação de reivindicação quer à ação de restituição de posse; trata-se, afinal, dum problema possessório cuja tutela não prejudica a proteção dada ao proprietário (ou seja, ao herdeiro do indigno).

Por outro lado, se a indignidade atuasse automaticamente, ope legis, poderia comprometer gravemente a honra da pessoa considerada indigna, obrigando-a a impugná-la para, quiçá demasiado tarde, a recuperar e porventura nunca totalmente aos olhos da opinião pública.

Por isso, a proteção da honra e da dignidade dum pessoa nem sempre se compadece com atuações automáticas; pelo contrário, podem exigir a apreciação de um juiz, a quem a comunidade confere o officium de dizer o direito (ius dicere). Não faltam elementos que nos confortam: desde logo, a letra da lei – “a ação destinada a obter a declaração de indignidade pode ser intentada ...”⁴⁰⁰; esta ação deve ser intentada pelo Ministério Público, quando o único herdeiro seja o sucessor afectado pela indignidade⁴⁰¹; e no caso de condenação dos crimes a que se refere a al. a) do art. 2034^o. a sentença deve ser obrigatoriamente comunicada ao Ministério público para intentar aquela ação⁴⁰². Em qualquer destes casos, se a indignidade produzisse automaticamente os seus efeitos, esta obrigação não faria muito sentido. E também não devemos ignorar que o nosso legislador, recusando a orientação do Anteprojeto Galvão Telles – que, referimos, não fazendo referência à declaração judicial de indignidade, parece consagrar o carácter automático da atuação da incapacidade –, seguiu outra via: a da necessidade de ser intentada uma ação que averigüe e declare (ou não) a indignidade.

É certo que, fora destes casos – que, aliás, são os mais graves –, a exigência de uma ação (declarativa) tem os seus custos: v.g., se não for proposta no prazo

exclusivo gozo dos bens da sucessão.

⁴⁰⁰ Cf. art. 2016^o, n.º. 1. Pode ser intentada. Dir-se-á: se pode, também pode não o ser. Só que, nesta hipótese, o direito de a propor caucua e, deste modo, o indigno consolida definitivamente a sua posição sucessória.

⁴⁰¹ Cf. art. 2036^o, n.º. 2.

⁴⁰² Cf. art. 2016^o, n.ºs. 2 e 3.

legalmente assinalado⁴⁰³, o pretense indigno deixa definitivamente de o ser e, portanto, mantém firme a sua capacidade sucessória. Todavia, trata-se de riscos inerentes à vida jurídica que tem, na segurança e na certeza que o direito oferece, um valor muito importante.

17.2 Espécie de ação

Inclinando-nos para a necessidade de a indignidade ser apreciada judicialmente, põe-se o problema: qual a natureza desta ação? A nossa doutrina encontra-se dividida⁴⁰⁴, entre quem vê nela uma ação constitutiva e quem considera que se trata duma ação declarativa de simples apreciação⁴⁰⁵.

Em abono da natureza de ação declarativa, invocam-se as palavras declaração e declarada que a lei utiliza⁴⁰⁶; e, quando fixa os efeitos da indignidade, a lei considera que “a devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente”⁴⁰⁷ e não como resolvida. Ou seja, não existe resolução, mas um regime que se harmoniza com o de ação declarativa⁴⁰⁸.

Há também quem, vendo a produção automática, ou *ope legis*, dos efeitos da indignidade e, portanto, não considerando indispensável a ação prevista no art. 2036º., a considere uma ação complementar: Se a indignidade atua automaticamente, o sucessível beneficiado com a exclusão do indigno pode exigir os bens quer ao indigno quer a terceiro, independentemente da declaração judicial da indignidade”. Simplesmente, “para demonstrar a qualidade de herdeiro, o beneficiário terá de provar a indignidade”, escreve JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁰⁹. Movida esta ação, a sentença “não é causa da produção daqueles efeitos que já se tinham verificado”, mas “só condição para que alguém os possa fazer valer”⁴¹⁰.

Embora, como refere aquele Autor, “o problema da qualificação da ação pode ser tranquilamente abandonado do Direito Processual”⁴¹¹, importa tomar

⁴⁰³ Cf. art. 2036º., n.º 1.

⁴⁰⁴ Vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 189, para quem “a resposta não é fácil, embora se possam invocar alguns elementos do texto a favor do entendimento da ação como declarativa”; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Sucessões*, cit. p. 151, para quem “é muito difícil determinar a posição correta”.

⁴⁰⁵ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano 102º., p. 11. No direito brasileiro, vide ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 36.

⁴⁰⁶ Cf. arts. 2036º. e 2037º., n.º 1

⁴⁰⁷ Cf. art. 2037º., n.º 1.

⁴⁰⁸ Neste sentido, vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *ibidem*, p. 198.

⁴⁰⁹ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano 102º., p. 27.

⁴¹⁰ De novo transcrevemos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, pp. 14-16. Ainda seguindo este Autor, *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 151, “se a ação fosse constitutiva, importaria em mais uma inútil e nociva jurisdicionalização da vida corrente”.

⁴¹¹ Transcrevemos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 27.

posição.

Segundo o nosso Código de Processo Civil, “as ações de simples apreciação têm por fim obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto”, enquanto as ações constitutivas visam “autorizar uma mudança na ordem jurídica existente”⁴¹²

A doutrina ocupa-se, naturalmente, deste tema com maior desenvolvimento. Para MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, as ações declarativas podem ser de condenação, de simples apreciação e constitutivas⁴¹³. Afastada a ação de condenação, restam-nos as duas últimas. Segundo este Autor, as ações de simples apreciação (positiva ou negativa) destinam-se “a definir uma situação tornada incerta” visando “o autor apenas obter a simples declaração da existência ou inexistência dum direito ou dum facto jurídico. O autor pretende, em tais casos, reagir contra uma situação de incerteza (objetiva) que o impede de auferir todas as vantagens normalmente proporcionadas pela relação jurídica material ou lhe causa um dano patrimonial ou moral apreciável”. E, quanto às ações constitutivas, “são aquelas em que o requerente pretende obter a produção dum novo efeito jurídico material, que tanto pode consistir na constituição duma nova relação jurídica, como na modificação ou na extinção duma relação preexistente”. É o tipo de ações especialmente ajustado aos chamados direitos potestativos, “quando para a produção do efeito jurídico visado importa recorrer a uma decisão judicial. É óbvio que o tribunal só concederá a providência requerida depois de verificar, mediante investigação adequada e com audiência da parte contrária -- a presença dos requisitos legalmente necessários para a existência do direito potestativo”⁴¹⁴.

No mesmo sentido, JOSÉ LEBRE DE FREITAS observa que “na ação de simples apreciação, o autor pede ao tribunal que declare a existência ou inexistência de um direito ou dum facto jurídico”; e, “pela ação constitutiva, exerce-se um direito potestativo. O juízo do tribunal não se apresenta limitado pela situação de direito ou de facto pré-existente”. Pela sentença, o juiz “cria novas situações jurídicas anteriores” que “só nascem com a própria sentença”⁴¹⁵.

O problema centraliza-se, portanto, à volta dum direito potestativo constitutivo duma nova relação jurídica que terá como titular a pessoa beneficiada com o comportamento indigno de outra: se o indigno entretendo tiver falecido, os titulares desse direito serão os seus herdeiros legais que gozam do direito de representação; no caso, normal, de sobreviver ao autor da sucessão, os outros herdeiros (legítimos e legitimários) do de cuius. Havendo testamento, serão os co-herdeiros (colegatários ou cofideicomissários) com direito de acrescer e, na

⁴¹² Cf. art. 10º., nº. 3. a) e c).

⁴¹³ Vide MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, I, Coimbra, 1963, pp. 7-9.

⁴¹⁴ Transcrevemos MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *ibidem*, pp. 7-9

⁴¹⁵ Transcrevemos JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil. Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3ª. ed., Coimbra, 2013, pp. 29-32.

sua falta, os restantes herdeiros legítimos do testador⁴¹⁶.

Em ambas as hipóteses – ação de simples apreciação e ação constitutiva – importa averiguar se os factos constantes das diversas alíneas do art. 2034º ocorreram. Todavia, a ação pode, em determinados casos, ser intentada pelo Ministério Público⁴¹⁷ e, nestas hipóteses, não é fácil falar de direito potestativo. Além de que, sendo constitutiva, a ação produz os seus efeitos a partir da sentença e não retroativamente ao momento da abertura da sucessão.

Por outro lado, a finalidade da ação declarativa de simples apreciação consiste exatamente em afastar a incerteza sobre o comportamento do demandado é ou não subsumível a alguma das causas de indignidade. Por isso, e sem a pretensão de manifestarmos uma opinião definitiva, propendemos para acompanhar os Autores que vêem, naquela ação, uma ação declarativa de simples apreciação: o tribunal, verificado o facto grave do demandado, limita-se a subsumi-lo à previsão legal e a declarar a indignidade.

17.3 Contributo romano

Regressando ao direito romano, já observámos que o *aerarium* (primeiro) e o *fiscus* (depois) a quem os bens herdados pelo indigno se transmitiam, só podiam exercer o seu direito de aquisição (*ereptio*) depois de verificar se efetivamente se verificou alguma das causas que suportam legalmente a indignidade. Por isso, o seu representante e defensor legal deveria promover o adequado procedimento judicial, depois de denúncia (*nuntiatio*) feita pelo próprio indigno ou outra pessoa⁴¹⁸.

E, proposta a ação, o acusado de indignidade podia contestá-la e apelar de sentença que lhe fosse desfavorável.

Ou seja, a indignidade devia ser declarada em tribunal e só depois de dissipadas as dúvidas, o *aerarium* ou o *fiscus* podia apoderar-se dos bens hereditários.

Portanto, o direito romano também não dispensava uma ação que definitivamente declarasse que o indigno tinha cometido uma das acções (ou omissões) consideradas causas de indignidade. Trata-se, parece-nos, duma ação declarativa de simples apreciação.

⁴¹⁶ Sobre a legitimidade (ativa) desta ação, recorde-se que o nosso Código de Processo Civil (art. 30º.) determina que “o autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar”. Vide, sobre a legitimidade na ação (declarativa) da indignidade: F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 215 para quem “a lei é omissa no que se refere à legitimidade ativa, que fica sujeita às regras gerais do C. P. Civil”; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, I, cit., pp. 299-300; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, cit., pp. 186-187. Sobre a legitimidade na impugnação da indignidade, vide, no direito alemão, THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 12, para quem a impugnação pertence a qualquer que beneficie com o facto praticado pelo indigno para herdar.

⁴¹⁷ Cf. art. 2036º., nºs. 2 e 3.

⁴¹⁸ Vide supra, nº. 5.

18. O deserddado por ser reabilitado ?

18.1 Doutrina portuguesa

Já referimos⁴¹⁹ que o nosso Código permite a reabilitação do indigno, mesmo que a indignidade já tenha sido judicialmente declarada. E observámos que o efeito da reabilitação consiste em o que tiver incorrido em indignidade readquire a capacidade sucessória⁴²⁰. Assim se revela o sentido humanista que o perdão inequivocamente traduz e a que o nosso legislador não foi insensível.

É certo que o Código só consagra a reabilitação do indigno e, por isso, poder-se-á questionar se o deserddado também pode ser reabilitado. Este problema parece resolvido se considerarmos que “o deserddado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais”⁴²¹; logo, se o indigno pode ser reabilitado, o mesmo deverá suceder com o deserddado.

18.2 Contributo romano

O problema da admissibilidade da reabilitação no direito romano é também questionado pela doutrina romanista. Como vimos, quem responde afirmativamente, apoia-se num texto de MARCIANO que não se ocupa da reabilitação, mas da indignidade em que incorre quem, com culpa e negligência, contribui para a morte da mulher que o instituíra herdeiro⁴²².

E quem responde negativamente invoca o caráter público da censura dos comportamentos indignos que afasta a ideia de perdão⁴²³. Mas trata-se também duma posição que as fontes não sustentam e contraria a ideia de *pietas* a que que o direito romano foi, por vezes, sensível.

19. Conclusão.

1. A indignidade não constitui, em Roma, uma figura jurídica unitária. Os romanistas têm procurado determinar o que existe de comum nos diversos factos considerados indignos e destacam os seguintes aspetos que marcam o seu regime jurídico: o indigno herda, mas não conserva. Ou seja, a indignidade não afasta, antes não dispensa a oferta (*delatio*) da liberalidade hereditária (*herança*,

⁴¹⁹ Vide supra, n.º 15.1.2.

⁴²⁰ Cf. art. 2038.º. Não constitui reabilitação a simples reconciliação, como, na vigência das Ordenações Filipinas, sustentava M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, 8.ª ed., Lisboa, 1917, p. 210.

⁴²¹ Cf. art. 2166.º, n.º 2. Vide, neste sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano 102.º, p. 154; e ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivente*, cit., p. 397.

⁴²² Vide supra, n.º 8.

⁴²³ Neste sentido, vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 56.

legado ou fideicomisso). Todavia, os bens são subtraídos ao indigno e passam ordinariamente para o aerarium (depois, para o fiscus) e, só em casos excepcionais, para as pessoas legalmente contempladas. Estamos perante o princípio de CUJÁCIO, segundo o qual “*indignus potest capere, sed non retinere*”.

2. Os factos graves praticados pelo sucessível contra o autor da sucessão ou familiares próximos foram considerados indignos pelas leis imperiais (contituciones) à medida que iam sendo praticados. Os romanistas, preocupados em sistematizá-los, têm-nos agrupado em diversas categorias, de que destacamos a classificação de BOFANTE: 1) faltas contra a pessoa do defunto; 2) faltas contra a vontade do defunto; 3) faltas contra e lei.

3. Paira a dúvida sobre se alguns comportamentos do sucessível produzem a indignidade ou a incapacidade sucessórias. Esta dúvida é alimentada pela circunstância de a incapacidade ter um regime jurídico diferente.

4. Efetivamente, enquanto a indignidade não afasta, antes pressupõe, a delatio da herança, legado ou fideicomisso, passando ordinariamente os bens subtraídos ao indigno para a esfera patrimonial do aerarium (e depois, para o fiscus) e excecionalmente, para as pessoas legalmente contempladas, a incapacidade, dita tradicional, resulta da inobservância das regras do direito civil romano e produz o afastamento da delatio. Portanto, o incapaz não chega a ser herdeiro, sendo os bens que lhe corresponderiam (denominados caduca) atribuídos às pessoas imediatamente a seguir na ordem sucessória e, em última análise, ao aerarium (e depois, ao fiscus).

5. A legislação imperial criou novas incapacidades, merecendo destaque a legislação demográfica de Augusto. Todavia, também não se trata de verdadeira incapacidade, quer porque as *leges Iulia et Papia Poppaea* deixavam de fora a sucessão *ab intestato*, quer porque o incapaz (homem ou mulher) podia afastar a sua “incapacidade”, quer porque a delatio não era afetada, mas só a aquisição: os herdeiros ou legatários atingidos só não podiam adquirir nos termos previstos, passando as suas quotas vacantes para quem tivesse o direito de acrescer, para os herdeiros legítimos e, na sua falta, para o aerarium, (e, depois, ao fiscus).

6. Este novo regime impropriamente considerado incapacidade foi sucessivamente abolido por sucessivas leis dos Impertadores cristãos para quem perdeu sentido induzir as pessoas a celebrarem matrimónio para aumentar a população romana através de sanções e vantagens. Mas mantiveram-se os vocábulos *capere* e *caduca*, embora com outros significados: *capere* significa a capacidade jurídica sucessória; e *caduca*, os bens que se regem pelos princípios gerais da vacância da quota hereditária.

7. Regressando ao direito (*ereptio, ius ereptionis*) de o *aerarium* (e, depois, de o *fiscus*) adquirir os bens subtraídos ao indigno, só podia ser exercido depois de, em ação intentada pelo seu representante (*advocatus fisci*), se provar que o demandado praticou os factos que lhe são atribuídos e que permitem ao juiz declarar a indignidade. O demandado pode apelar da sentença que o declara indigno.

8. A gravidade dos factos considerados indignos, que abalam os valores sobre os quais se ergue a sociedade romana (e as sociedades atuais), justifica que a *iurisprudentia romana* e a doutrina contemporânea os tenham considerado legalmente taxativos, suscitando sérias dificuldades, como iremos observar (*infra*, n.º. 10).

9. A deserção começou por nada ter a ver com a indignidade, funcionando como instrumento que permitia salvar a validade do testamento feito a estranhos à família. Mas posteriormente aproximou-se da indignidade, com a qual tem muitas causas comuns, sobretudo no direito *justinianeu*.

10. No direito português, a doutrina questiona se as causas de indignidade previstas no art. 2034.º do Código Civil são taxativas. A resposta é unânime, mas a solução dada a situações muito semelhantes e não previstas não é pacífica: há quem entenda que pode recorrer-se à analogia *legis* e não à analogia *iuris*, por se tratar duma taxatividade delimitativa; e quem, invocando a metodologia que tende a impor-se nos nossos dias, considere que a analogia *iuris* (afinal a única analogia) não está afastada. Assim se afasta, como indigno, quem se comportou de tal maneira que seria absurdo chamá-lo a herdar de quem tão gravemente ofendeu.

11. A qualificação legal da indignidade como incapacidade sucessória é igualmente questionada. Há quem, considerando que ao legislador não cabe qualificar, entenda que a indignidade não é verdadeira incapacidade, mas ilegitimidade. Sobretudo, porque enquanto, na indignidade, o indigno só não adquire os bens de quem ofendeu, ou seja, tem caráter relativo, na incapacidade o incapaz não pode herdar de ninguém: tem caráter absoluto. É esta a orientação que a nossa doutrina tem aderido, substituindo incapacidade por ilegitimidade.

12. Também se questiona atualmente se a indignidade atinge todas as espécies de sucessão ou estará afastada na sucessão legítima, substituída pela deserção. Observando que o Código Civil português (art. 2034.º) considera a incapacidade uma genérica de “incapacidade” sucessória, há quem entenda que as suas causas (aí consagradas) também ser invocadas na sucessão legítima. Esta situação tem relevo especial quando não foi possível ao testador deserdar o herdeiro legítimo que o ofendeu: v.g., a ofensa ocorreu depois da morte do *de cuius* ou, mesmo em vida, quando já não se encontrava em condições físicas ou mentais de o deserdar.

13. Do mesmo modo, porque o deserddado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais (art. 2166º, nº. 2), nada impede o testador de deserddar o seu herdeiro legitimário com base em comportamentos tipificados como causas de indignidade. Fala-se, a este propósito, numa relação de subsidiariedade das causas de indignidade em relação às causas de deserddação. Também com base no mesmo princípio de equiparação do deserddado ao indigno, a deserddação não se confina à sucessão legitimária: pode refletir-se igualmente nas restantes espécies de sucessão.

14. Questiona-se também se a indignidade atua automaticamente ou se deve ser declarada judicialmente. A nossa doutrina diverge entre quem considera necessária e quem dispensa uma ação declarativa. Inclina-mo-nos, no entanto, para a doutrina dominante que defende o primeiro ponto de vista. Razões de certeza e de segurança, a par de a proteção da honra nem sempre se compadecer com atuações automáticas.

15 A natureza desta ação é também controversa. Afastada a presença de um direito potestativo dos beneficiados com o afastamento do indigno e, portanto, duma ação constitutiva, pensamos que aquela ação deve ser declarativa de simples apreciação. Ou seja, provado o comportamento do demandado e subsumido a uma das causas legalmente previstas de indignidade, o juiz limita-se a declará-lo indigno. Todavia, esta posição carece de ser repensada sobretudo no âmbito do Direito do Processo Civil.

16. Finalmente, a possibilidade de o deserddado ser reabilitado (como pode ocorrer com o indigno: art. 2038º) não motiva discussão doutrinal, sobretudo porque o deserddado é, como referimos, equiparado ao indigno para todos os efeitos legais (art. 2166º, nº. 2).

Abreviaturas

- BIDR *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* (Milão);
BMJ *Boletim do Ministério da Justiça* (Lisboa);
C. *Codex de Justiniano* (*Corpus Iuris Civilis*, vol. II, ed. de Paulus KRÜGER, 13ª. ed., Berlim, 1965);
C. Th. *Codex Theodosianus* (ed. Th. MOMMSEN-Paul M. MEYER, 2ª. ed., Berlim, 1954);
D. *Digesta* (*Corpus Iuris Civilis*, vol. I, ed. de Theodorus MOMMSEN-Paulus KRÜGER, 18ª. ed., Berlim, 1965);
FIRA *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars Altera* (Florença, 1964);
GAIO *Gai Institutionum Commentarii Quattuor* (FIRA, II, 9-200);
INITIUM *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret* (Barcelona);
LABEO *Labeo. Rassegna di Diritto Romano* (Nápoles);
N. *Novellae Iustiniani* (*Corpus Iuris Civilis*, vol. III, ed. de R. SCHÖLL-G. KROLL, 8ª. ed., Berlim, 1963);

- JUS Jus. Rivista de Scienze Giuridiche (Milão);
O DIREITO O Direito. Revista de Ciências Jurídicas e de Administração Pública (Lisboa);
PS Pauli Sententiae Receptae (FIRA, II, 321-417);
SDHI Studi et documenta historiae et iuris (Roma);
ULPIANO Tituli XXVIII ex Corpore Ulpiani em FIRA, Pars Altera (Florença, 1964).