

A indignidade sucessória no Direito romano. Reflexos no Direito português*

António DOS SANTOS JUSTO

*Prof. Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
e da Universidade Lusitana Norte*

I. A INDIGNIDADE NO DIREITO ROMANO

1. Dificuldades

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

Efetivamente, estamos perante um instituto jurídico não unitário¹, cuja evolução é marcada pelo paulatino e crescente acolhimento de novos casos considerados indignos pela legislação imperial que permanecem independentes e desligados². Juntam-se as interpolações dos textos³, a ausência de definição⁴, a falta de expressões técnicas⁵ e a dispersão de fontes nem todas inseridas sob a epígrafe justinianeia do Digesto (34,9:

* Com o presente estudo, participamos no XIX Congresso Internacional e XXII Congresso Iberoamericano de Direito Romano que se realizou na Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona e serviu para homenagear um dos distintos romanistas que faleceu no ano de 2016. Referimo-nos ao Prof. Doutor R. PANERO GUTIÉRREZ, com quem tivemos o prazer de conviver e de apreciar as excelentes qualidades de Homem e de Amigo dotado de elevada cultura geral e estudioso do romano cuja *auctoritas* reconhecida. A sua morte deixou-nos mais sós e pobres. Não o esquecemos, porque a saudade não permite. E aqui estamos, na Faculdade que foi e continua a ser a sua, para evocar a sua memória e homenagear o Homem por quem sentimos o maior respeito e a maior admiração.

¹ *Vid.* M. LAURIA, «Nardi, I Casi d'indegnità nel diritto successorio romano», em *SDHI*, VI, 1940, p. 183.

² *Vid.* E. NARDI, «Trittico indignitario», em *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, Milão, 1953, p. 724.

³ *Vid.* E. VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. espanhola de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1988, p. 703³¹.

⁴ *Vid.* E. NARDI, *ibid.*, p. 724.

⁵ *Ibid.*, p. 22.

«*De his, quae ut indignis auferuntur*») e do Código (6,35: «*De his, quibus ut indignis hereditates auferuntur, et ad senatusconsultum Silanianum*») ⁶, fatores que geram e alimentam a confusão ⁷ que dificulta o seu entendimento que se prolonga nos nossos dias.

No entanto, a maior dificuldade é dada pelo limite espacial que nos é concedido. Muito ficará necessariamente por abordar, num tema particularmente rico e complexo.

2. Alguns casos de indignidade

Antes de estudarmos o seu regime jurídico, convém, observar alguns casos considerados causas de indignidade ⁸. Seguiremos a classificação proposta por Bonfante ⁹ 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) e as faltas contra a lei. Porém, o limite espacial que foi definido obriga-nos a selecionar um caso em cada categoria.

I. Falta contra a pessoa do defunto: como sabemos, o *s. Silanianum*, considerado atroz e fonte de conhecimento duma época marcada pela abundância de escravos que, com alguma frequência, assassinavam os seus donos ¹⁰, ordenou que: 1) todos os escravos do falecido, da sua mulher e os que tivessem tido qualquer negócio ou relações com ele, 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 ad-

⁶ *Ibid.*, pp. 11-18.

⁷ *Vid.* E. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, *cit.*, p. 201.

⁸ Os romanistas têm-se ocupado de alguns casos, sobretudo dos que mais impacto tiveram. *Vid.*, v. g., os seguintes Autores: B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milão, 1948, pp. 17 e 22; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 14.^a ed., Rio de Janeiro, 2008, p. 778; E. VOLTERRA, *Instituciones de derecho romano*, *cit.*, p. 703³³; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3.^a ed., Torino, *cit.*, p. 674; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, 4.^a ed., reimpressão, Madrid, 1989, p. 843¹⁴; C. RASCÓN, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 2.^a ed., Madrid, 2007, p. 336; E. 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.

⁹ São diversas as classificações que os romanistas oferecem com base em critérios distintos, como observamos em E. NARDI, *ibid.*, pp. 263-271. Optamos pela classificação de P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni*, Città di Castello, 1930, pp. 331-342.

¹⁰ *Vid.* E. VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, *cit.*, p. 84; R. MARTINI, «In margine ad una recente ricerca sul Silanianum», em *Studio in onore di Cesare Sanfilippo*, III, Milão, 1983, pp. 429-430; E. NARDI, *ibid.*, pp. 179-182; D. DALLA, *Senatusconsultum Silanianum*, Milão, 1980, pp. 1-3 e 77; e A. TORRENT, «Nulidade de la manumissio testamento ex senatusconsulto Siliano», em *SDHI*, LXXIV, 2008, pp. 597 e 600.

quiria a liberdade mediante um decreto do pretor (*addictio libertatis*)¹¹; 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)¹².

Pondo momentaneamente de parte o tema da aceitação da herança contra o *sc. Silanianum*, pairam outras dúvidas, nomeadamente a sua aplicação também aos manumitidos que permanecessem *sub eodem tecto*¹³.

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 suplício¹⁴. 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 impede que se abra e se lê o testamento»¹⁵, 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*¹⁶.

Efetivamente, Ulpiano refere, noutro texto, 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»¹⁷.

¹¹ Além dos Autores citados na nota anterior, *vid.* também, S. CRUZ, *Direito romano* (ius romanum), I, *Introdução. Fontes*, 4.^a ed., Coimbra, 1984, pp. 220-221.

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

¹³ *Vid.* R. MARTINI, *In margine ad una recente ricerca sul Silanianum*, *cit.*, p. 429. Também A. 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*».

¹⁴ O escravo impúbere era punido com açoites. Cf. D. 29,5,1,32-33.

¹⁵ 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*».

¹⁶ *Vid.* R. MARTINI, *ibid.*, pp. 349-374.

¹⁷ Cf. D. 29,5,3,18: «*Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo, qui occisus esse dicetur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum, recitandum describendumque curet, Edicto cave-*

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 Torrent¹⁸, para quem os libertos que vivessem *sub eodem tecto* ou mesmo *extra tectum*, estavam sujeitos a tortura e a suplícios.

Regressando à indignidade cominada ao herdeiro que aceita a herança desobedecendo ao *sc. Silanianum*, Ulpiano refere que «não se confiscarão os bens exceto 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»¹⁹. 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)²⁰. Este princípio reaparece em Ulpiano quando, a 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»²¹. 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*)»²².

II. Falta contra a vontade do defunto: 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

tur, priusquam de ea familia quaestio ex Senatusconsulto habita, suppliciumque de noxiis sumtum fuerit». Cf. também: D. 36,1,3,5.

¹⁸ Vid. A. TORRENT, *Nulidade de la manumissio testamento ex senatusconsulto Silaniano*, cit., pp. 584, 594 e 601. Quanto a nós, não se trata de escravos manumitidos no testamento, que não pode ser aberto, mas anteriormente.

¹⁹ 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 aduisse hereditatem*».

²⁰ Vid. *infra*, nº 10.2; D. DALLA, *Senatus consultum Silanianum*, cit., p. 53; e E. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 287-293.

²¹ D. 36,1,3,5: «*Vel ex alia causa hereditas fisco vindicata est*».

²² C. 6,35,3: «*Quod tabulae testamenti patris eorum, qui a familia interfectus dicebatur, priusquam quaestio de servis haberetur, apertae et recitatae sunt, propter amplissimi ordinis consultum hereditas a fisco vindicatur*». Cf. também: PS. III,5,12a.

do pai contra o testamento e tiver aceitado a herança por substituição do impúbere»²³.

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 inválido²⁴; 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;

III. Falta contra a lei: 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 Marciano (D. 34,9,2,1), Papiniano (D. 34,9,13-14) e numa *constitutio* de Valentiniano, Teodósio e Arcácio, do ano 393 (C. 5,5,4).

3. Efeitos

3.1. *O princípio indignus potest capere, sed non retinere*

Na indignidade, a pessoa contemplada com a oferta (*delatio*)²⁵ 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 necessário²⁶. E, se optar pela aceitação, a sua posição de her-

²³ 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*».

²⁴ *Vid. infra*, n.º 10.

²⁵ A *delatio* é a oferta da herança que surge imediatamente após a morte do *de cuius*. Segundo R. PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, 3.ª 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». *Vid.* 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 T. CLEMENTE (D. 50,16,151) para quem «entende-se delata a herança que alguém pode obter, aceitando-a». Nas palavras de M. 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».

²⁶ *Vid.*, entretanto, R. PANERO GUTIÉRREZ, *ibid.*, p. 701, que distingue os herdeiros em: necessários (adquirem automaticamente a herança depois do falecimento do *de cuius*, sem necessida-

deiro 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»²⁷.

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 capere sed non retinere*»²⁸. Ou seja, a indignidade pressupõe, num primeiro momento, a capacidade do herdeiro, do legatário ou do fideicomissário e, conseqüentemente, a validade da sucessão²⁹.

3.2. *A quem a indignidade sucessória aproveita*

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 fisco³⁰. Na primeira hipótese, os bens adquiridos pelo indigno devem ser restituídos; se não aceitou, passam diretamente a essas pessoas ou ao fisco³¹.

de 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. *Vid.* também: A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3.^a ed., Torino, 1982, p. 679; e S. CRUZ, *Direito romano*, *cit.*, p. 229.

²⁷ D. 28,6,43,3: «*Respondi, qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur, nec desinet heresesse, licet res, quae ita relictæ sunt, auferuntur*». *Vid.* A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3.^a ed., Torino, 1982, p. 675; M. KASER, *Derecho romano privado*, *cit.*, p. 329; e P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, *cit.*, p. 283.

²⁸ *Vid.* A. TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, Saragoça, 1991, p. 630; B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *cit.*, pp. 17 e 19; e M. KASER, *Derecho romano privado*, *cit.*, p. 329.

²⁹ 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*. *Vid.* E. NARDI, *Trittico indignitario*, *cit.*, p. 725 e *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, *cit.*, p. 47.

³⁰ *Vid.* B. BIONDI, *ibid.*, p. 16; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni*, *cit.*, p. 282; A. GUARINO, *Direito privado romano*, 6.^a ed., Napoli, 1981, p. 404; A. TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, *cit.*, pp. 630-631; J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano*, *cit.*, p. 777; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, *cit.*, p. 685; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, *cit.*, p. 675; M. KASER, *Derecho romano privado*, *cit.*, p. 329; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado. Acciones. Casos. Instituciones*, *cit.*, p. 843; M. AMAYA CALERO, «Un famoso pleito sucesório que decide Marco Aurélio», em *Labeo*, 34, 1988, pp. 20 e 23; C. RASCÓN, *Síntesis de historia e instituciones de Derecho romano*, *cit.*, p. 336; P. BONFANTE, *ibid.*, *cit.*, p. 282; E. NARDI, *Trittico indignitario*, *cit.*, pp. 724-725; R. PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, *cit.*, p. 737; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, *cit.*, p. 45.

³¹ *Vid.* também E. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, *cit.*, p. 337.

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 ativo³². Ao mesmo tempo, são denegadas ao indigno as correspondentes *actiones*³³ 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 hereditando³⁴ e o indigno e a extinção das servidões³⁵. E passam definitivamente para o indigno e os elementos extrapatrimoniais da herança, como os sepulcros e os antigos *sacra*³⁶.

No entanto, os romanistas insistem³⁷ 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 referido³⁸, não se transmite ao fisco ou à pessoa contemplada pela lei³⁹. 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 delação, mas já se extingue se morrer antes⁴⁰.

O direito de o fisco se apoderar dos bens subtraídos ao indigno denomina-se *ereptio*, *ereptum* ou *ereptorium*⁴¹ 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

³² Cf. D. 34,9,18,1; 34,9,16,2. Vid. E. 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 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).

³³ Vid. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 675.

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

³⁵ 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 *restitutio in integrum* a seu favor, enquanto, como indigno, não a merece»: D. 34,9,8.

³⁶ Cf. D. 11,7,33. Vid. P. BONFANTE, *ibid.*, p. 282.

³⁷ Vid. P. BONFANTE, *ibid.*, pp. 283 e 286; e E. NARDI, *ibid.*, p. 728.

³⁸ Vise *supra*, n.º 10.1.

³⁹ Vid. ainda E. NARDI, *ibid.*, pp. 329-330.

⁴⁰ Neste sentido, vid. P. BONFANTE, *ibid.*, p. 283.

⁴¹ Segundo E. NARDI, *ibid.*, p. 83, o vocábulo *ereptorium*, que apenas surge em ULP. 19,17, não pode ter o significado técnico pretendido.

materialmente provocou a indignidade; 5) não se extingue com a morte que, pelo contrário, extingue o crime eventualmente cometido⁴².

4. Atuação do fisco. Ação (declarativa)

Com a indignidade, surge, como já observamos⁴³, 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 suceder⁴⁴. 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 pessoa⁴⁵.

Proposta a ação contra o pretense indigno, este pode contestá-la, invocando que não existe a causa de indignidade de que é acusado⁴⁶. O foro situava-se em Roma e os juízes eram provavelmente os *praefecti aerari*, mesmo depois da transferência do *aerarium* para o *fiscus*⁴⁷.

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*⁴⁸, 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 indigno⁴⁹ podia apelar, nos primeiros tempos (quando o eripiente era o *aerarium*), para o Senado; e depois, quando o *fiscus* substituiu o *aerarium*, para o Príncipe⁵⁰ que habitualmente delegava num funcionário e, com o tempo, no *comes sacrarum largitionum*⁵¹.

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

⁴² Seguimos E. NARDI, *ibid.*, p. 319.

⁴³ *Vid. supra*, n.º 4.2; e também E. NARDI, *ibid.*, pp. 293 e 305.

⁴⁴ *Vid.* E. NARDI, *ibid.*, p. 292.

⁴⁵ Cf. D. 49,14,1 pr.

⁴⁶ Cf. D. 28,4,3 pr.

⁴⁷ Cf. D. 28,4,3 pr.; 34,9,12.

⁴⁸ *Vid.* E. 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. *Vid.* também P. VOGLI, *Istituzioni di diritto romano, cit.*, p. 576.

⁴⁹ Cf. D. 34,9,3.

⁵⁰ Cf. D. 34,9,5,15. *Vid.* M. AMAYA CALERO, *Un famoso pleito sucesório que decide Marco Aurelio, cit.*, p. 20.

⁵¹ *Vid.* E. NARDI, *ibid.*, p. 316.

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»⁵².

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.

II. FIGURAS PRÓXIMAS

1. A incapacidade

1.1. Incapacidades tradicionais

Estas incapacidades, a que Biondo Biondi chama tradicionais⁵³, têm alcance geral. Produzem a nulidade do testamento⁵⁴ 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)⁵⁵.

1.2. Incapacidades criadas pelas lei demográficas de Augusto

Como sabemos, estamos perante uma legislação que estabeleceu um regime jurídico especial para incentivar a natalidade. Referimo-nos à *lex Iulia de maritandis*, do ano 17 a. C. e à *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 romana⁵⁶.

⁵² 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 admitti*».

⁵³ Vid. B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 10

⁵⁴ Vid. J. MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 319; A. D'ORS, *ibid.*, § 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».

⁵⁵ Vid. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 403; e B. BIONDI, *ibid.*, p. 13.

⁵⁶ O seu conteúdo é bem conhecido. Referimos, em brevíssima síntese: 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 entre os 20 e os 50 anos (mulheres), não podem adquirir bens hereditários se, no prazo de 100 dias após a *delatio*, não constituírem matrimónio. 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

Quanto à incapacidade que comina, destacamos: *a)* 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; *b)* além dos sucessores legítimos, a incapacidade não fere os herdeiros e legatários instituídos em testamento de militar⁵⁷; *c)* 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, respectivamente, ingénuas e libertas⁵⁸; *d)* 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 crescer, aos herdeiros legítimos e, na sua falta, ao *aerarium* e (depois) ao *fiscus*⁵⁹.

Ou seja, embora a *iurisprudencia* 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*⁶⁰ 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 Estado⁶¹.

2. Deserdação

A deserdação (*exhereditio*) 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.

Do exposto, resulta que a *exhereditio* 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 algum⁶². Todavia, esta liberdade foi afastada no direito justinia-

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); 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 bens. Cf. GAIO, 2,111; 2,286; ULPIANO, XV,1.

⁵⁷ Cf. GAIO, 2.111.

⁵⁸ Cf. ULPIANO, XVI,1a.

⁵⁹ Vid. A. TORRENT, *Manual de Derecho privado romano, cit.*, p. 630; e R. PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano, cit.*, p. 736.

⁶⁰ Cf. ULPIANO, XVII;1. Segundo A. TORRENT, *ibid.*, p. 630, «chama-se *caduco*, como se lhes caísse das mãos»: ULPIANO, XVII,1.

⁶¹ Cf. GAIO 2,286a; ULPIANO, XVII,2.

⁶² Vid. B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, cit.*, p. 19; F. SCHULZ, *Derecho romano clásico, cit.*, p. 255. Contra, vid. A. FERNÁNDEZ BARREIRO/J. PARICIO, *Fundamentos de Derecho patrimonial romano, cit.*, p. 521, para quem «a apreciação da deserdação como justifica-

neu que só autoriza a deserdação nas causas legalmente consagradas. Mais: recolheu, numa lei, as diversas causas de ingratidão que funcionam também na deserdação⁶³. Em consequência, a deserdação aproxima-se da indignidade, diferindo: naquela, o herdeiro é excluído por vontade do pai; nesta, por vontade da lei⁶⁴.

3. Síntese comparativa

3.1. Indignidade e incapacidade sucessória

A indignidade pressupõe a capacidade do herdeiro (legatário ou fideicomissário) que é chamado à sucessão da herança ou à aquisição do legado ou do fideicomisso (*delatio*). Portanto, não se questiona a *delatio* e só os bens, que lhe são subtraídos, passam ordinariamente para o *aerarium*, e depois, para o *fiscus* com os respetivos encargos. Deste modo, 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»⁶⁵.

A incapacidade tradicional não se confunde com a incapacidade das leis demográficas de Augusto e não existe nem uma doutrina única nem um termo compreensivo⁶⁶: 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 *fiscus*⁶⁷.

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 suceder⁶⁸. Por outras palavras, enquanto a falta de capacidade produz a nulidade da *delatio*, a indignidade pressupõe a sua eficácia e só

da era, no direito clássico, uma questão que devia ser apreciada pelo tribunal, tradição que foi recolhida no direito justinianeu». E J. C. MOREIRA ALVES, *direito romano, cit.*, pp. 756-757 e 759.

⁶³ N. 115,3 pr.: «*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*».

⁶⁴ Vid. B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, cit.*, pp. 19-20.

⁶⁵ D. 34,3,21,1: «*Quia confusione perinde extinguitur obligatio, ac solutione*».

⁶⁶ Vid., neste sentido, B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano, cit.*, 1; e P. VOGLI, *Istituzioni di diritto romano, cit.*, pp. 573 e 574, para quem «a capacitas é uma figura introduzida pelas leis matrimoniais de Augusto».

⁶⁷ Vid. *supra*, 9.4.

⁶⁸ Vid. A. TORRENT, *Manual de Derecho privado romano, cit.*, p. 630

exclui a aquisição por parte do chamado⁶⁹. Acresce que, enquanto o sucessor que denuncia ao fisco a própria *incapacitas* tem direito ao prémio estabelecido por Trajano, o indigno não tem este benefício⁷⁰.

Depois, relativamente à incapacidade testamentária passiva (*testamenti factio passiva*), os romanistas destacam as seguintes diferenças⁷¹: 1) quanto à fonte: enquanto a *testamenti factio* é um instituto coevo do testamento, a indignidade é mais recente e remonta a leis sucessivas; 2) 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; 3) quanto aos efeitos: enquanto a falta de *testamenti factio passiva* dá lugar ao direito de acréscimento 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 sucessivo⁷²; 4) quanto ao momento: 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; 5) quanto à dimensão: 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.

Finalmente, comparando a indignidade com a incapacidade proveniente das *leges Iuliae et Papia Poppaea*, observa-se que⁷³: a) enquanto as *leges Iuliae et Papia Poppaea* procuram aumentar a natalidade e, por isso, incentivam os casamentos, concedendo um prazo cômputo para o *incapax* cumprir as disposições legais⁷⁴, nada disto existe na indignidade; b) enquanto na *incapacitas* a quota vacante do incapaz ia para quem tivesse o direito de crescer, para aos herdeiros legítimos e, na sua falta, para o *aerarium* e (depois) ao *fiscus*⁷⁵, na indignidade os bens passam ordinariamente para o *aerarium* e depois para o *fiscus*.

⁶⁹ Vid. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 680; J. MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 320; e E. 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 testamentaria 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».

⁷⁰ Cf. D. 34,9,5,20.

⁷¹ Vid. B. BIONDI, *ibid.*, pp. 18-19; E. NARDI, *ibid.*, pp. 48-49; e P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 576, para quem «diversamente da *incapacitas*, a indignidade não incide sobre a validade civil da disposição».

⁷² Refere-se a propósito que, 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. Vid. A. TORRENT, *ibid.*, 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».

⁷³ Vid. B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 19; A. D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 279; e E. NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 49.

⁷⁴ Vid. *supra*, n.º 9.4.

⁷⁵ Vid. *supra*, n.º 9.4.

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

3.2. *Indignidade e deserdação*

Como observámos, depois de afastar a deserdação 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 deserdação, contacto que, como veremos⁷⁶, ainda se mantém nos direitos contemporâneos e sobre cuja relação a doutrina continua a divergir.

Ultrapassado o âmbito restrito da *exheredatio* como figura essencial à validade do testamento no caso de filhos —que deviam ser instituídos herdeiros ou deserdados—⁷⁷, fixar-nos-emos no direito justiniano que aproximou a ingratidão e a deserdação.

Há, no entanto, diferenças significativas que as individualizam e separam. Destacamos⁷⁸: *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; *c*) 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; *d*) com a deserdação, a herança passa para os chamados sucessivamente, enquanto na indignidade é devolvida ordinariamente ao *aerarium* e, mais tarde, ao *fiscus*; *e*) 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

A doutrina portuguesa encontra-se dividida em vários temas que, por imposição do espaço, nos limitaremos apresentar duas questões:

⁷⁶ *Vid. infra*, n.ºs 16.2 e 16.3; B. BIONDI, *ibid.*, p. 20, que refere os ataques à integridade física ou moral do defunto e observa que «o âmbito da deserdação é muito mais vasto que o da indignidade»; e E. NARDI, *ibid.*, *cit.*, p. 52.

⁷⁷ *Vid. supra*, n.º 10.

⁷⁸ *Vid.* B. BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, *cit.*, pp. 19-20; e E. NARDI, *ibid.*, pp. 51-52.

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

Entende-se que sim: o art. 3.034 não suscita dúvidas. Observa-se, aqui, um problema de segurança jurídica que sensibilizou o nosso legislador a restringir a indignidade a determinados comportamentos⁷⁹. Por isso, certa doutrina recusa a extensão por analogia a outras situações, assim como a interpretação extensiva⁸⁰; e, a propósito das normas excepcionais —como o art. 2.034—, o nosso Código Civil determina que «não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva»⁸¹.

No entanto, referindo que «em princípio as tipificações legais não devem ser consideradas taxativas», Oliveira Ascensão conclui que «o art. 2.034 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»⁸². 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. 2.034, d), interpretado pelo art. 2.209, n.º 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»⁸³. Trata-se duma situação que repunharia à consciência ético-jurídica se não lhe fosse dada a mesma solução de indignidade. Simplesmente, recorrendo à *analogia legis* e afastando a *analogia iuris*, o nosso Autor move-se no quadro do pensamento jurídico positivista segundo o qual devemos distinguir a *analogia legis* e a *analogia iuris*⁸⁴.

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 direito⁸⁵. Nesta perspe-

⁷⁹ Vid. J. DE OLIVERA ASCENSÃO, «As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória», em *O Direito*, ano CI, 1969, pp. 287-290 e em *O Direito*, ano 102, 1970, p. 36, e *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 147; C. PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II. *Sucessões*, Lisboa, 1993, pp. 205 e 207; e L. A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, 4.ª ed., Lisboa, 2012, p. 183. No direito espanhol, vid. Th. KIPP, *Derecho de sucesiones*, trad. da 11.ª revisão de Hemult Coing, por Ramón M.ª Roca Sastre, II, 2.ª ed., ao cuidado de Luis Puig Ferriol e Fernando Badosa Coll, Barcelona, 1976, p. 16. E, no direito brasileiro, vid. O. GOMES, *Sucessões*, 14.ª ed., Rio de Janeiro, 2008, p. 34.

⁸⁰ Neste sentido, vid. Th. KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 10 e 16; e J. M. GARCÍA GARCÍA, *La sucesion por derecho de transmisión*, Madrid, 1996, p. 208.

⁸¹ Cf. art. 11.

⁸² Vid. J. DE OLIVERA 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.

⁸³ Transcrevemos J. DE OLIVERA ASCENSÃO, *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 147.

⁸⁴ Vid. A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, 7.ª ed., Coimbra, 2015, pp. 355-361.

⁸⁵ Vid. K. 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 jurí-

tiva, Castanheira Neves observa que «o juízo analógico não poderia ser dispensado pela interpretação e esta teria mesmo, na sua projeção concretizadora, uma essência analógica»⁸⁶, pois, «a analogia prolonga sem solução de continuidade metodológica a interpretação porque a analogia participa ela própria da interpretação»⁸⁷. Prossegue: «Não há uma interpretação extensiva (ou restritiva), mas só uma correta interpretação»⁸⁸. 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*»⁸⁹. E 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”»⁹⁰ e após referir que «o pensamento jurídico de matriz positivista habituou-se a distinguir tranquilamente as analogias *legis* e *iuris*»⁹¹, entende que «não há qualquer diferença significativa entre as (classicamente perspetivadas) analogias *legis* e *iuris*»⁹²; 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 interveniente»⁹³.

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 perspetiva 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

dica», em *Digesta*, II, Coimbra, 1995, pp. 371-372; F. J. BRONZE, «O jurista: pessoa ou andróide», em *Analogias*, Coimbra, 2012, p. 71; J. BATISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 3.^a ed., Coimbra, 1989, p. 192; K. ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 3.^a ed., trad. de J. Batista Machado, Lisboa, 2011, p. 282; e A. SANTOS JUSTO, *ibid.*, pp. 370-372.

⁸⁶ Transcrevemos A. CASTANHEIRA NEVES, *O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, Coimbra, 1988, p. 52

⁸⁷ Transcrevemos A. CASTANHEIRA NEVES, *ibid.*, p. 135.

⁸⁸ Voltamos a transcrever A. CASTANHEIRA NEVES, *ibid.*, p. 137.

⁸⁹ De novo transcrevemos A. CASTANHEIRA NEVES, *ibid.*, 140.

⁹⁰ Transcrevemos F. J. BRONZE, *Analogias, cit.*, pp. 270-271.

⁹¹ Voltamos a transcrever F. J. BRONZE, *ibid.*, p. 276.

⁹² De novo transcrevemos F. J. BRONZE, *ibid.*, p. 277.

⁹³ Voltamos a transcrever F. J. BRONZE, *ibid.*, p. 280.

mesmo direito»—⁹⁴ 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 perfeito⁹⁵. 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 Bronze—⁹⁶ que necessariamente lhe cumpre convocar e concretizar.

Se, agora, pretendessemos convocar o pensamento dos jurisconsultos romanos, perante a taxatividade das causas de indignidade e perante a ocorrência de um comportamento semelhante, poder-se-ia dizer que a sua *interpretativo* se aproxima mais da nova perspectiva contemporânea do que da metodologia positivista⁹⁷. 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 Celso⁹⁸. E, olhando para a analogia, Ulpiano recomendou que «quem tem a jurisdição deve proceder por analogia e dizer (declarar) assim o direito»⁹⁹. 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 Volumnia* 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 sobrinhas¹⁰⁰.

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 parali-

⁹⁴ Cf. o acórdão do STJ de 7/1/2010, transcrito por R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões, cit.*, 101¹⁶⁵.

⁹⁵ *Vid.* A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito, cit.*, pp. 111-126 e a bibliografia aí citada.

⁹⁶ *Vid.* F. J. BRONZE, *Analogias, cit.*, p. 280.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ D. 1,3,17: «*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*».

⁹⁹ D. 1,3,12: «*Is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*».

¹⁰⁰ Cf. GAIO 2,226; 2-274; PS. IV,8,20(22).

sando a pretensão do «indigno», ora atribuindo ao *aerarium* e, depois do *fisco*, a *caducorum vindicatio* em via útil, ou seja, analógica¹⁰¹. Trata-se no entanto, duma simples hipótese, certamente rara e excecional atenta a orientação de atribuir à lei o reconhecimento de indignidade aos comportamentos.

1.2. *A indignidade é verdadeira incapacidade de suceder?*

O Código Civil português considera a indignidade uma incapacidade cujo efeito jurídico. Todavia, o legislador invadiu uma área que não lhe pertence e, por isso, esta questão é pertinente. Se observarmos o regime jurídico da nulidade, logo veremos, nomeadamente, que: 1) é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal¹⁰²; 2) não é sanável mediante confirmação¹⁰³; 3) a declaração de nulidade tem efeito retroativo¹⁰⁴. Ora, diferentemente da nulidade, a indignidade pode ser afastada por reabilitação do indigno¹⁰⁵, não prejudica o direito de representação na sucessão legal¹⁰⁶ 4) e se a ação, que a declare, caduca se não for intentada no prazo legalmente previsto¹⁰⁷, a indignidade deixa de produzir os seus efeitos.

Por isso, a nossa doutrina tem defendido a 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 cuius* não ofendido¹⁰⁸. 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 sucessão¹⁰⁹.

Se, agora, voltássemos a convocar o direito romano, facilmente se observaria que, pelo menos na época clássica, a indignidade não era considerada uma incapacidade sucessória. Recorde-se que o indigno não perde

¹⁰¹ Sobre os expedientes que o pretor utilizava com base no seu *imperium* e na sua *iudisdictio*, *vid.* S. CRUZ, *Direito romano, cit.*, pp. 302-338.

¹⁰² Cf. art. 286.

¹⁰³ Cf. art. 288, n.º 1, *a contrario sensu*.

¹⁰⁴ Cf. art. 289, n.º 1.

¹⁰⁵ Cf. art. 2037.

¹⁰⁶ Cf. arts. 2037, n.º 2 e 2041, n.º 1.

¹⁰⁷ Cf. art. 2036, n.º 1.

¹⁰⁸ *Vid.* J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória», em *O Direito*, ano CI, *cit.*, p. 272.

¹⁰⁹ *Vid.* J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibid.*, pp. 270-272; e *Direito civil. Sucessões, cit.*, p. 149. Acolhem esta ideia L. A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões, cit.*, pp. 196-198; e C. 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 cuius*, 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». *Vid.* também O. GOMES, *Sucessões, cit.*, p. 32, para quem, «tais singularidades (do regime da indignidade) levam à conclusão de que não se trata de verdadeira incapacidade».

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 ocupa¹¹⁰. 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» *incapacitas* criada pelas leis demográficas de Augusto tem um regime próprio que se restringe à sucessão testamentária e está longe da verdadeira incapacidade¹¹¹.

¹¹⁰ *Vid. supra*, n.º 4.1.

¹¹¹ *Vid. supra*, n.º 9.4.