



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ABANDONO AFETIVO E A EXCLUSÃO DA SUCESSÃO: O FIM DA IMPUNIDADE
SUCESSÓRIA

Caio Cezar Rosa Araújo da Silva Reis de Vries

Rio de Janeiro
2018

CAIO CEZAR ROSA ARAÚJO DA SILVA REIS DE VRIES

O ABANDONO AFETIVO E A EXCLUSÃO DA SUCESSÃO: O FIM DA IMPUNIDADE
SUCESSÓRIA

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientadora:

Christiane Maria Coelho Moreira

Coorientadora:

Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2018

CAIO CEZAR ROSA ARAÚJO DA SILVA REIS DE VRIES

O ABANDONO AFETIVO E A EXCLUSÃO DA SUCESSÃO: O FIM DA IMPUNIDADE
SUCESSÓRIA

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2018. Grau atribuído _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Des. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat – Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro-EMERJ.

Convidado: Prof. Dr. Luiz Paulo Vieira de Carvalho – Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro-EMERJ.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Christiane Maria Coelho Moreira- Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTA PESQUISA JURÍDICO-CIENTÍFICA, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO AUTOR.

AGRADECIMENTOS

Dedico essa monografia, em primeiro lugar, ao meu amigo Rafael Borges, por ter exposto uma situação que me inspirou e me motivou a escrever.

Agradeço a Deus e a minha família, que me deram todo o apoio necessário para o desenvolvimento desta pesquisa jurídico-científica e da minha pessoa, como ser humano e como profissional.

A vida longe dos meus pais, Eduardo de Vries e Mônica Rosa, da minha avó materna, Eutália Rosa, da minha tia avó materna, Mary Pereira, e dos meus irmãos Augusto e Juliana não é fácil. As brigas e as demonstrações de amor diárias formam um vazio, que foram, em parte, preenchidos pelas minhas tias Fátima Rosa e Márcia Rosa.

Minha família é o que me torna forte e seguro na posição defendida nesta pesquisa.

Não poderia deixar de agradecer ao meu amor, Vitória Barboza, que é a pessoa que consegue me deixar fraco o suficiente para que eu possa me reconstruir e evoluir. Obrigado por me manter em constante atividade, por me estimular e acreditar em mim.

Agradeço à minha orientadora Christiane Moreira pela confiança depositada em meus argumentos, pelos incentivos e pelas dicas, que tornarão esta pesquisa ainda maior.

À professora Néli Fetzner pelas conversas proveitosas, que me auxiliaram a sanar pontos obscuros da minha escrita e por me fazer acreditar que valeria a pena expor meus pensamentos.

À Ana Dina, à Cláudia e à professora Mônica Areal, pelo auxílio, pelo suporte e pelo estímulo dado nessa jornada monográfica.

A todos que me apoiaram de qualquer forma, mesmo que somente em pensamento.

E, ainda, aos que duvidaram de mim ou torceram pelo meu insucesso, pois é na transformação de energias que conseguimos purificar o mundo e torná-lo um lugar melhor.

SÍNTESE

Pela divisão de poderes estabelecida pela Constituição Federal, verifica-se a possibilidade de o Poder Judiciário interpretar e aplicar dispositivos sem se ater a literalidade. Com isso, tem-se a ampliação das formas de exclusão da sucessão. Isso porque não existem direitos fundamentais absolutos e, pela leitura constitucional do direito civil, há a possibilidade de se afastar o direito de herança, haja vista não estar ele restrito ao que dispõe a legislação civil. O direito civil constitucional permite a justa solução para o caso concreto, diante do preenchimento de requisitos implícitos, que estão expressos na Constituição, com o resultado de exclusão daquele que deixa de cumprir com os deveres constitucionalmente previstos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DIREITO DE HERANÇA	11
1.1. A estagnação das hipóteses de exclusão da sucessão no Direito Brasileiro	11
1.2. Constituição de 1988: autonomia do direito de herança com relação ao direito de propriedade	16
1.3. Leitura constitucional do Código Civil	20
1.4. Ruptura do direito de herança com base no direito civil constitucional	23
2. EXCLUSÃO DA SUCESSÃO	29
2.1. Diferenciação entre indignidade e deserdação	30
2.2. A intervenção estatal na esfera privada como fator de prevenção	37
2.3. A intervenção do Poder Judiciário ante à morosidade legislativa	41
2.4. Solução judiciária – coerência entre a regra infraconstitucional e a carta magna ...	46
3. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA GARANTIA À HERANÇA	51
3.1. Requisitos previstos em lei	51
3.2. Requisitos implícitos – expressos na Constituição	58
3.3. Necessidade de preenchimento de formalidades para resguardar a herança	62
3.4. Solução legislativa	66
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	73

SIGLAS E ABREVIATURAS

ACr – Apelação Criminal
ADcl – Ação Declaratória
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AEmbInf – Agravo em Embargos Infringentes
Ag – Agravo de Instrumento
AgExec – Agravo em Execução
AgRg – Agravo Regimental
AI – Arguição de Inconstitucionalidade
AI – Agravo de Instrumento
AInt – Agravo Interno
ARE – Recurso Extraordinário com Agravo
AREsp – Recurso Especial com Agravo
Art. – artigo
BO – Boletim de Ocorrência
C. (ou Col.) – Colendo
CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos
c/c ou c. c. – combinado com; com cópia; conta-corrente
CF – Constituição Federal
CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil (1988)
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CP – Código Penal
CPM – Código Penal Militar
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
CPPM – Código de Processo Penal Militar
DL – Decreto-Lei
DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
E. ou Egr. – Egrégio
EAg – Embargos de Divergência no Agravo
EC – Emenda Constitucional
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
Ed. – Editora
ed. – edição
EDcl – Embargos de Declaração
EDclRE – Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário
EExec – Embargos à Execução
EI – Embargos Infringentes
ENul – Embargos de Nulidade
Ex.mo (Exmo.) – Excelentíssimo
HC – *habeas corpus* (hábeas, hábeas-cópus)
HD – *habeas data*; *hard disc* (disco rígido)
Inc. – inciso
IP – Inquérito Policial
JECrim. – Juizado Especial Criminal
LC – Lei Complementar
LCP – Lei das Contravenções Penais

LEP – Lei de Execução Penal
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil (denominação alterada). Veja LINDB, a seguir.
LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (nova denominação, desde 30-12-2010)
LO – Lei Ordinária
MC – Medida Cautelar
MM. – Meritíssimo(a)
MP – Ministério Público; medida provisória
MS – Mandado de Segurança
NCr – Notícia-Crime
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OEA – Organização dos Estados Americanos
ONU – Organização das Nações Unidas
Par. – parágrafo
p. ex. – por exemplo
PF – Polícia Federal
PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PSJCR – Pacto de São José da Costa Rica
Rcl – Reclamação
RDHC – Recurso de Decisão de *Habeas Corpus*
RE – Recurso Extraordinário (STF) (pl.: REs)
REsp – Recurso Especial (STJ) (pl.: REsp)
REEsp – Recurso Extraordinário e Especial
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça
RSE – Recurso em Sentido Estrito
RO – Recurso Ordinário
ROC – Recurso Ordinário Constitucional
RvCr – Revisão Criminal
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STM – Superior Tribunal Militar
TFR – Tribunal Federal de Recursos
TC – Termo Circunstanciado
TJ – Tribunal de Justiça
TPI – Tribunal Penal Internacional
V. Exa. – Vossa Excelência (pl.: V. Exas.)

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa jurídico-científica trata da exclusão da sucessão e deserdação fora do rol previsto em lei, ou seja, busca dar uma solução para problemas enfrentados pela família que vê um descumpridor de obrigações se privilegiar de um descaso legislativo.

O direito de herança passou, efetivamente, a ser regulado no Brasil pelo Código Beviláqua (Código Civil – Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916), tornando-se um direito fundamental com o advento da Constituição Cidadã (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Basicamente, o direito de herança consiste na transferência do patrimônio do *de cujus* por meio da sucessão legítima ou da testamentária.

Como boa parte dos direitos, o direito à herança não é absoluto. Nesse sentido, o legislador visualizou condutas praticadas por herdeiros ou por legatários que os excluiria da herança ou os deserdaria. Boa parte da doutrina e da jurisprudência entendia, e ainda entende, que essas condutas seriam taxativas, justamente por restringir esse direito - que influencia diretamente o direito ao patrimônio.

Transcorridos cem anos de sua regulamentação, esses institutos sofreram poucas alterações. Com o advento do Código Civil de 2002 (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) a essência das possibilidades de exclusão e deserdação permaneceram, havendo, tão somente, uma compatibilização da realidade das relações familiares - incluindo o companheiro nessas hipóteses. Contudo, tais alterações não foram suficientes.

Se a razão de ser da taxatividade dessas causas de exclusão decorre da proteção ao patrimônio do herdeiro, que seja protegido o patrimônio daquele que cumpriu com os deveres constitucionalmente previstos.

Dessa forma, ante a morosidade legislativa, deve o Poder Judiciário, a depender do caso concreto, ampliar essas hipóteses de exclusão e deserdação. Isso porque, ao aplicar taxativamente os dispositivos reguladores, acaba por privilegiar quem não cumpre com seus deveres, prejudicando quem os cumpriu - tal como o pai que não presta assistência ao filho e concorre com a mãe na sucessão legítima.

Diante da situação pela qual o ascendente deixa de prestar assistência, alimentar ou de qualquer outra natureza, que devolve o tema da pesquisa.

Objetiva-se, portanto, a discussão da insuficiência legislativa no tocante às possibilidades de exclusão do ascendente da sucessão de seu descendente. Com a promulgação da Constituição Cidadã houve a tutela de inúmeros direitos e a criação de

deveres, que são desrespeitados sem gerar consequências. Espera-se, com esta pesquisa jurídico-científica, que esse descumprimento passe a ensejar sanções, tal como a perda do direito à herança.

Para tanto, no capítulo 1 há a demonstração da estagnação das hipóteses de exclusão da sucessão no direito brasileiro, bem como da autonomia do direito de herança, que ganha maior importância com a Constituição de 1988. Nele há a proposta de leitura constitucional do Código Civil e, ainda, de ruptura do direito de herança com base no direito civil constitucional.

O capítulo 2 é destinado à diferenciação dos institutos da indignidade e da deserdação e, ainda, ao estudo de intervenção estatal na esfera privada. Entretanto, nesse mesmo capítulo, verificar-se-á que, diante da morosidade legislativa, far-se-á necessária uma maior atuação do Poder Judiciário, o que viabilizará a exclusão do ascendente da sucessão. Isso com base na coerência entre a regra infraconstitucional e a carta magna.

A proteção da norma civil, com relação aos direitos fundamentais, nada mais é do que um regulamento. Diante disso, no capítulo 3 será exposta a possibilidade de afastamento da garantia à herança, isso com base na superação dos requisitos legais pelos constitucionais. Tudo para que se possa resguardá-la, conferindo maior proteção pela omissão legislativa. Assim, tem-se a necessidade de cumprimento de deveres familiares, previstos na CF/88.

Demonstrada a viabilidade da exclusão da sucessão do ascendente que desampara o descendente sem deficiência mental ou grave enfermidade. Há, ainda, no capítulo 3, apresentação de solução legislativa, para inserir um novo inciso ao art. 1.814 do Código Civil.

Com relação aos procedimentos metodológicos, é inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. DIREITO DE HERANÇA

O direito de herança consiste, basicamente, na transferência do patrimônio do *de cuius* por meio da sucessão legítima ou da testamentária. Isso porque, nas palavras de Marcelo Fortes Barbosa Filho¹, “A morte não pode criar obstáculos à continuidade da atividade econômica e deixar sem solução a titularidade do patrimônio da pessoa física falecida”.

O Código Civil de 2002, ao repetir o Código Civil de 1916 e o Código Civil português, colocou o Direito Sucessório, que regula o direito de herança, em seu último livro. Como destaca Flávio Tartuce², isso “não poderia ser diferente, pois a morte deve fechar qualquer norma geral que se diga valorizadora da vida privada da pessoa humana”.

De certo que a propriedade e, por consequência, sua transmissão é uma das grandes preocupações do Direito brasileiro. No Direito Administrativo ela pode ser vista nas regras da desapropriação; no Direito Penal, nos crimes que tutelam o patrimônio; no Direito Processual Civil ou Penal, pelas regras impostas para que ocorra a restrição da propriedade.

Dessa forma, para uma melhor compreensão do presente tema é necessário voltar ao passado e observar a evolução desse instituto.

1.1. A estagnação das hipóteses de exclusão da sucessão no Direito Brasileiro

De acordo com estudo realizado por Carlos Eduardo Minozzo Poletto³, o direito sucessório pode ser encontrado nas Antigas Civilizações Orientais, no Direito Romano, no Antigo Direito Comum Europeu, nas Codificações do Século XIX e, finalmente, no Brasil.

No tocante às Antigas Civilizações Orientais, o referido autor⁴ cita que pelo Código de Hamurabi, que vigeu na Babilônia:

O pai não poderia privar o seu filho legítimo de receber a herança injustificadamente. Para isso, era necessário que ele dirigisse ao juiz a seguinte declaração: “eu quero negar o meu filho”. Diante disso, o magistrado analisava as razões paternas e o eventual erro grave do descendente, autorizando, ou não, que fosse renegada a filiação.

¹ BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *A indignidade no direito sucessório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 11.

² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das sucessões*. 8. ed. rev., atual. e ampl. V. 6. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 2.

³ POLETTTO, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserção*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.12-13.

⁴ *Ibid.*, p. 186.

Carlos Poletto⁵, ainda com relação às Antigas Civilizações, menciona que o Código de Manu, que vigeu na Índia, trazia hipóteses do que ele chamou de “incapacidade hereditária”. A título de exemplo, cita o filho de uma mulher, não autorizada – amante/concubina –, com o cunhado ou outro parente, que é declarado pelos Sábios como impróprio para herdar. Menciona, ainda, hipóteses de punições sucessórias, como o irmão mais velho que, por ambição, ofenda seus irmãos mais novos.

Essa previsão, de acordo com o citado autor⁶, não poderia ser encontrada no Direito Romano Arcaico, tendo em vista que:

Nessa época, a problematização da exclusão da sucessão hereditária não se colocava, visto que o testador não tinha limitação alguma, tendo a sua vontade nítido caráter absoluto, podendo deixar seu patrimônio para quem bem entendesse, simplesmente não mencionando os *heredes sui*, preterindo-os, *praeterire*, por omissão.

Os *heredes sui* eram os filhos, a mulher e os netos órfãos do *de cuius*. Não havia qualquer privilégio sucessório entre eles ou distinção entre mulheres e homens. Tampouco se falava em direito de primogenitura.⁷

Poletto⁸ explica que com o desenvolvimento do direito sucessório se passou a exigir a instituição formal dos *heredes sui* ou a sua deserdação expressa e nominada, quando fosse filho homem. Uma diferença pode ser reparada pela exigência de a deserdação ser somente expressa, no caso de filha, neto e neta, que poderiam ser deserdados em conjunto.

A necessidade de a deserdação ser expressa e nominal surge com o Direito Romano Pretoriano, também chamado de Direito Romano Clássico. Valendo a transcrição do autor⁹:

A sucessão necessária formal também ganha novos contornos, a começar pela exigência da deserdação expressa e nominal, *nominatim*, agora não somente a dos filhos homens, mas também a de todos os descendentes do sexo masculino, sendo a deserdação coletiva, *coniunctim*, somente admitida para os demais descendentes.

Poletto¹⁰ remete os contornos jurídicos presentes na grande maioria das codificações modernas ao Direito Justinianeu, relacionado ao Direito Romano Pós-Clássico, uma vez que se passou a vedar aos ascendentes que omitissem qualquer descendente em seus testamentos.

⁵ POLETTO, op. cit., p.187-188.

⁶ Ibid., p. 190. Apesar de o Direito Romano Arcaico entender não ser cabível a discussão com relação à exclusão hereditária, por não haver limitação de sua vontade, que era absoluta, não se pode esquecer que o referido instituto da exclusão é usado, por vezes, quando o testador não possui a possibilidade de afastar os *heredes sui* da herança. Assim, um filho que tivesse um bom relacionamento com o pai dele poderia matá-lo. Por consequência, esse filho herdaria o patrimônio deixado pelo morto. Vale dizer que esta ação do filho, de matar o pai, é, atualmente, reconhecida como uma causa de exclusão da herança pela indignidade, como restará demonstrado.

⁷ Ibid., p.189-190.

⁸ Ibid., p.190.

⁹ Ibid., p. 192. O instituto da deserdação, por si só, não resolveria o problema do filho que mata o próprio pai, uma vez que o morto não possui a capacidade de modificar seu testamento. Não se pode, contudo, excluir a hipótese de o testador deixar registrado que quem atentasse contra a vida dele estaria excluído da herança.

¹⁰ Ibid., p. 193-195.

Nessa época, pouco importava o sexo do descendente, apenas possuindo relevância se ele tivesse recebido parte de sua legítima.

Ainda de acordo com o autor¹¹, o advento Novela 115, CXV, “inaugurou-se o sistema da tipificação das causas ensejadoras da deserdação”. E da figura da deserdação, “posteriormente se desenvolve a *indignitas*, compilada por Justiniano em seu Digesto, ou Pandecta, no Livro XXXIV, Título IX, sob o título *De his, quae ut indignis auferuntur*.”¹²

Merece, desde logo, uma crítica à taxatividade das hipóteses de deserdação e de indignidade, tendo em vista que poucas das hipóteses se relacionavam com o “dever moral e jurídico de afeição, piedade e amizade, do latim *officium pietatis*” que o autor da herança possuía com seus parentes próximos¹³.

Inspirado no Direito Romano, o Antigo Direito Comum Europeu é abordado por Poletto¹⁴, sobretudo, com base nas Ordenações do Reino Português, Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Nas Ordenações Afonsinas, a indignidade e a deserdação se confundiam. Essa confusão se verificava pela aplicação subsidiária do direito romano à indignidade sucessória. Nas Ordenações não havia disposição expressa para o tratamento do instituto da indignidade, mas a descrição, dentro do rol da deserdação, de hipóteses de indignidade, previstas no Direito Justiniano, Digesto.¹⁵

As Ordenações Manuelinas não inovaram as causas de deserdação, continuando a aplicar o direito romano de forma subsidiária no tocante à indignidade. Contudo, previu que se “o herdeiro incorresse nas práticas descritas no texto legal poderia ser deserdado pelo testador, mas, caso ele não tivesse condições físicas ou psíquicas de firmar testamento nesse sentido, a punição hereditária ocorreria automaticamente, pois era ele considerado indigno.”¹⁶

¹¹ Ibid., p.195. A *indignitas*, traduzida como indignidade, põe fim ao exemplo dado anteriormente do filho que mata o próprio pai. Com base nesse instituto de exclusão da herança, a pessoa que é assassinada não precisar ser testadora para que seu assassino ou quem tenha colaborado para tal seja afastada de seu patrimônio. Isso porque na indignidade, diferentemente da deserdação, há um provimento jurisdicional para declará-la. Dessa forma, seu reconhecimento ou sua declaração independe da vontade do morto.

¹² Ibid., p. 197. *De his, quae ut indignis auferuntur* significa, de acordo com tradução do Google Tradutor: Agora relativamente a estas questões, e que, como sendo indigno deles.

¹³ Ibid., p. 192. A falta do dever moral e jurídico de afeição, piedade e amizade foi o que levou o Superior Tribunal de Justiça a reconhecer o intitulado dano moral por abandono afetivo. Ainda que o STJ não tenha expressamente se referido a essa falta do dever moral e jurídico de afeição, piedade e amizade, pode-se verificar que a essência do julgado, que será exposto oportunamente, desenvolve-se nesse sentido.

¹⁴ Ibid., p. 12.

¹⁵ Ibid., p. 202-205. A confusão dos institutos da indignidade e da deserdação permanece nos dias de hoje. Por essa razão, haverá uma seção dedicada a essa diferenciação entre indignidade e deserdação.

¹⁶ Ibid., p.207.

Com as Ordenações Filipinas se reuniu as Ordenações Manuelinas, a Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Leão e as posteriores disposições esparsas¹⁷. Não fez grandes inovações, vigorando no Brasil até o advento do Código Civil de 1916, também conhecido como Código Beviláqua, exercendo forte influência jurídica sobre ele¹⁸.

As Codificações do Século XIX citadas por Poletto¹⁹ foram o Código de Napoleão de 1804, chamado de *Code Napoléon*, o Código Civil Italiano de 1865 e o Código Civil Português de 1867.

O Código de Napoleão, inspirado por instituições romanas, fez com que a deserdação fosse absorvida pela indignidade. Nas palavras do autor²⁰:

Muito se discutiu na doutrina sobre os motivos que levaram a essa polêmica opção legislativa, sendo certo que ela prevaleceu basicamente por três razões: 1ª) a indignidade seria mais abrangente do que a deserdação, pois, enquanto a primeira atingia todo o tipo de sucessor, herdeiro ou legatário, a segunda se direcionava somente aos herdeiros legítimos; 2ª) evitaria possível abuso paterno que procurasse punir o seu herdeiro necessário movido, às vezes, por sentimentos mesquinhos e egoístas; 3ª) praticidade; o comportamento do sucessor que a lei considerasse grave a ponto de merecer punição estaria tipificado no Código e, desse modo, ele seria afastado da sucessão *causa mortis* independentemente da existência de disposição testamentária nesse sentido.

Apesar de o Código Civil brasileiro ter tratado desses institutos de forma separada e a doutrina demonstrar a diferença, não é incomum que, no meio jurídico, existam operadores de direito que não façam tal distinção. A praticidade exposta no Código Napoleônico poderia ser uma solução para os referidos operadores. Contudo, a permanência dos dois institutos reforça a disponibilidade patrimonial do indivíduo que, em determinados casos, pode buscar a deserdação de ascendentes ou de descendentes dele.

Trouxe o referido autor²¹ as hipóteses previstas na redação original do artigo 727 do *Code Napoléon*:

- 1ª) quando o herdeiro fosse condenado pelo homicídio, tentado ou consumado, do autor da herança;
- 2ª) quando o herdeiro acusasse caluniosamente o falecido pela prática de crime cominado com pena de morte;
- 3ª) quando o herdeiro maior de idade não denunciasse à Justiça o assassino do *de cuius*.

¹⁷ Ibid., p. 209.

¹⁸ Ibid., p. 212.

¹⁹ Ibid., p.13. As comparações entre legislações alienígenas se faz necessária pelo costume do legislador brasileiro em incorporá-las em nosso ordenamento jurídico. A pertinência de sua demonstração, ainda que na evolução histórica, restará clara quando do estudo da morosidade legislativa.

²⁰ Ibid., p. 214.

²¹ Ibid.

Pela leitura desse dispositivo, verifica-se a impossibilidade do uso do instituto da deserdação, uma vez que não haveria a possibilidade do *de cuius* realizá-la depois de morto. Ressalvado o caso de tentativa de homicídio.

Pertinente se faz demonstrar a semelhança entre esse dispositivo e os incisos do artigo 1.595 do Código Beviláqua²²:

Art. 1.595. São excluídos da sucessão, arts. 1.708, n. IV, e 1.741 a 1.745, os herdeiros, ou legatários:

I - Que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar.

II - Que a acusaram caluniosamente em juízo, ou incorreram em crime contra a sua honra.

III - Que, por violência ou fraude, a inibiram de livremente dispor dos seus bens em testamento ou codicilo, ou lhe obstaram a execução dos atos de última vontade.

O artigo 1.814 do Código Civil de 2002²³, em sua essência, não possui inovação com relação à redação de seu artigo correspondente no Código Beviláqua.

Nota-se, portanto, uma semelhança entre as causas de indignidade presentes nos dias de hoje com aquelas que remontam ao Direito Romano. Reforçando-se a ausência de medidas coercitivas ou punitivas para aqueles que não cumpriam com o “dever moral e jurídico de afeição, piedade e amizade, do latim *officium pietatis*” que o autor da herança possuía com seus parentes próximos²⁴.

O Código Italiano de 1865 se inspirou no código francês, podendo ser resumida, nas palavras de Poletto²⁵, pelo fato de que:

A indignidade não se operava *ipso iure*, pois, somente com a sentença do magistrado, reconhecendo a prática e a autoria do comportamento tipificado, e na ausência de perdão do titular da transmissão hereditária, seria o herdeiro ou legatário considerado indigno e, desse modo, afastado da sucessão.

O Código Civil Português de 1867, também conhecido como Código Seabra, por sua vez, distingue-se dos códigos supracitados, inicialmente, por manter os institutos da indignidade e da deserdação e por considerar como causa de deserdação a “recusa injustificada de alimentos”²⁶.

²² BRASIL. *Código Civil*, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

²³ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

²⁴ POLETTI, op. cit., p. 192.

²⁵ Ibid., p. 218.

²⁶ Ibid., p. 221-223. O art. 2.281, e., do *Código Civil Argentino, Lei 26.994/2014*, promulgado pelo Decreto 1.795/2014, traz a recusa injustificada de alimentos como uma causa de indignidade: “ARTÍCULO 2281 –

Durante muitos anos a legislação aplicável ao Brasil foi a mesma aplicável à Portugal. De acordo com Poletto²⁷, com a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 houve a previsão de elaboração de um Código Civil. Inúmeros projetos foram produzidos e rejeitados até que o então Código Beviláqua entrasse em vigor.

Dentre os Projetos, vale destaque ao Projeto de Antônio Coelho Rodrigues, mencionado por Poletto²⁸, que no artigo 2.397, dentre outras hipóteses, dispõe:

§3º) o pai ou a mãe que expusesse o decujo, ou nega-se-lhe o dote ou os alimentos devidos, ou que somente os tivesse prestado compelido por sentença;

§4º) o pai ou a mãe que houvesse contestado a filiação do decujo, reconhecido judicial e contenciosamente, ou tivesse sido privado do poder paternal;

§5º) o descendente que, devendo alimentos ao decujos, recusasse a prestá-los, ou somente o tivesse quando compelido por sentença;

Pode-se, ainda, mencionar o Projeto original de Clóvis Beviláqua²⁹, que trazia em seu artigo 1.762 causas de indignidade similares às de Coelho Rodrigues, merecendo destaque o §3º que dispunha que: “o pai ou a mãe que tivesse exposto o autor da herança, que lhe houvesse negado alimentos, ou contestado a sua filiação”.

1.2. Constituição de 1988: autonomia do direito de herança com relação ao direito de propriedade

Para iniciar o estudo da Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã, faz-se pertinente a observação de Luis Roberto Barroso³⁰, Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Da Independência até hoje, tivemos oito Cartas constitucionais: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. A Constituição de 1988 representa o ponto culminante dessa trajetória, catalisando o esforço de inúmeras gerações de

Causas de indignidad. Son indignos a suceder: (...) e. los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo”. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#37>>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁷ Ibid., p. 225.

²⁸ Ibid., p. 232. Poder-se-ia incluir os genitores que abusassem do poder familiar, extrapolando desses direitos e realizando a chamada autoalienação parental, como destaca Livia Teixeira Leal em: *A importância do reconhecimento da autoalienação parental para a tutela do melhor interesse da criança e do adolescente nos conflitos parentais*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2017/LiviaTeixeiraLeal_Monografia.pdf>. Acesso em: 22 out. 2017.

²⁹ Ibid., p. 235.

³⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva; et al. *Tratado de direito constitucional* / Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. 2. ed. V. 1 São Paulo: Saraiva, 2012, p. 10.

brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo⁹, estigmas da formação nacional¹⁰. Nem tudo são flores, mas há muitas razões para celebrá-la.

Em uma análise das Constituições Brasileiras anteriores, verifica-se que o direito de herança não foi assegurado para os cidadãos comuns pela Constituição Política do Império do Brasil³¹, outorgada em 1824, que apenas faz referência à sucessão real, em seus artigos 105, 106 e 120.

Somente com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil³², promulgada em 1891, que os cidadãos comuns passaram a ter proteção constitucional no tocante aos direitos autorais. Esse direito foi tratado no art. 72, §26, inserido no Título dos Cidadãos Brasileiros e na Seção da Declaração de Direitos, com redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que não alterou a essência do dispositivo.

O art. 113, 20 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil³³, promulgada em 1934, inserido no Título da Declaração de Direitos e no Capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais, propiciou o mesmo direito dos herdeiros dos autores de obras literárias, artísticas e científicas de ter assegurado o direito exclusivo de produzi-las, pelo tempo que a lei determinasse.

Todavia, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil³⁴, outorgada em 1937, por sua vez, não assegurou esse direito. Quando tratou do direito de herança tão somente dispôs

³¹ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) (...) § 26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gosarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

³² BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) (...) § 26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gosarão desse direito pelo tempo que a lei determinar. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

³³ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 20) Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar.

³⁴ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 23 - É da competência exclusiva dos Estados, salvo a limitação constante do art. 35, letra d: (Redação dada pela Lei Constitucional nº 3, de 1940) (...) § 4º - O imposto sobre a transmissão dos bens corpóreos cabe ao Estado em cujo território se achem situados; e o de transmissão causa mortis, de bens incorpóreos, inclusive de títulos e créditos, ao Estado onde se tiver aberto a sucessão. Quando esta se haja aberto em outro Estado ou no

acerca da possibilidade de incidência de imposto de transmissão *causa mortis*, no art. 23, §4º, com redação dada pela Lei Constitucional nº 3, de 1940.

Esse direito, constitucionalmente assegurado, de gozar das obras literárias artísticas ou científicas, por parte dos herdeiros, apenas retornou com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil³⁵, promulgada em 1946, em seu art. 141, § 19, inserido no Título da Declaração de Direitos e no Capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais.

Repetiu-se a tutela desse direito na Constituição da República Federativa do Brasil³⁶, promulgada em 1967, no art. 150, § 25, inserido no Título da Declaração de Direitos e no Capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais.

Bem como permaneceu assegurado após a Emenda Constitucional³⁷ nº 1, outorgada em 1969, conforme art. 153, § 25, inserido no Título da Declaração de Direitos e no Capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais.

Com Constituição da República Federativa do Brasil³⁸, promulgada em 1988, esse direito permaneceu constitucionalmente assegurado, passando, contudo, para o patamar de direito fundamental.

A transmissão dos direitos autorais por herança se encontra, atualmente, prevista no art. 5º, inc. XXVII, inserido no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais e no Capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos.

estrangeiro, será devido o imposto ao Estado em cujo território os valores da herança forem liquidados ou transferidos aos herdeiros. (Redação dada pela Lei Constitucional nº 3, de 1940)

³⁵ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

³⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 25 - Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

³⁷ BRASIL. *Emenda Constitucional à Constituição da República Federativa do Brasil nº 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc0169.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 25. Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

³⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

A Constituição Cidadã³⁹ assegurou expressamente o direito à herança, em seu art. 5º, inc. XXX, inserido no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais e no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos.

O direito de herança, de acordo com Marcelo Novelino⁴⁰, integra um direito maior que é o direito à propriedade. Ambos os direitos são considerados, pelo autor⁴¹, como direitos individuais, compondo uma categoria maior que é a dos direitos fundamentais⁴². Esses direitos, de acordo com Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁴³, podem ser conceituados como sendo:

[...] a categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade, direitos e garantias individuais; nas suas necessidades, direitos econômicos, sociais e culturais; e na sua preservação, direitos à fraternidade e à solidariedade.

Para os referidos autores, o direito à herança seria algo intrínseco ao ser humano, entretanto, tal entendimento pode confrontar com a possibilidade de disponibilidade dos próprios bens. Isso por haver uma imposição constitucional de se reservar o quinhão de cada herdeiro. Tal imposição será relativizada em momento oportuno, quando restar demonstrado que nenhum direito pode ser considerado absoluto, podendo, em algum momento, ser relativizado.

De acordo com estudo de Judith Martins-Costa⁴⁴, o direito de herança, apesar de não estar expressamente previsto nas Constituições anteriores, estava implicitamente assegurado no direito de propriedade. Possuía previsão infraconstitucional, prevista no Código Civil de 1916, Lei nº 3.071/1916.

Dessa forma, apesar de não possuir proteção nas Constituições havia proteção em legislação infraconstitucional. Destacando-se que em momentos anteriores o Código Civil era considerado a Constituição das relações privadas. Com o advento da Constituição Cidadã, em

³⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXX – é garantido o direito de herança;

⁴⁰ NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 534/535.

⁴¹ *Ibid.*, p. 26. (página 11 do Sumário XXIII 23. DOS DIREITOS INDIVIDUAIS EM ESPÉCIE, 23.6. Direito de propriedade, XXV)

⁴² *Ibid.*, p. 22. (página 11 do Sumário XXI TÍTULO IV DIREITOS FUNDAMENTAIS)

⁴³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. rev. atual. até a EC 84 de 2 de dezembro de 2014. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 151.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao artigo 5º, inciso XXX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 337.

1988, que se iniciou esse processo de ruptura e de rebaixamento do Código Civil, pelo respeito à hierarquia das leis.

Gilmar Mendes⁴⁵ trata do direito à herança como sendo um direito subjetivo, havendo limitações decorrentes, direta ou indiretamente, do texto constitucional. Destaca que “o caráter normativo do seu âmbito de proteção confere ao legislador, como de resto no contexto do direito de propriedade em geral, ampla liberdade na disciplina do direito de herança”.

Assim, em um primeiro momento, pode-se entender que o constituinte originário conferiu ao legislador o poder de regular esse direito à herança e que não haveria, em uma primeira análise, uma limitação constitucional a esse direito fundamental. Todavia, lembra Gilmar Mendes⁴⁶ que:

[...] a Constituição estabelece o caráter pessoal da pena, mas diz que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, nos termos da lei, podem ser estendidas aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido, art. 5º, XLV.

De certo que tal exemplo não se trata de uma modalidade de indignidade, de deserção ou de qualquer outra forma de exclusão da sucessão. Nada mais é do que uma restrição ao direito de herança, que, como se vê, não é absoluto.

Não poderia a Constituição tratar de todas as restrições aos direitos fundamentais, devendo o legislador limitá-los, respeitando o que preconiza a Constituição Federal, e ao Poder Judiciário realizar um juízo de ponderação desses direitos.

1.3. Leitura constitucional do Código Civil

A Lei nº 10.406/2002, que institui o Código Civil, começou a ser elaborada em meados da década de 70, ou seja, em momento anterior à promulgação da Constituição de 1988. Por uma opção legislativa, entende-se que leis são recepcionadas e constitucionais até que algum legitimado questione sua recepção ou sua constitucionalidade. Nesse sentido se tem a lição de Barroso⁴⁷:

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional (Série EDB). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 151.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 335.

As leis e atos normativos, como os atos do Poder Público em geral, desfrutam de presunção de validade. Isso porque, idealmente, sua atuação se funda na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, inclusive e sobretudo os que regem a Administração Pública, art. 37. Trata-se, naturalmente, de presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário. O ônus de tal demonstração, no entanto, recai sobre quem alega a invalidade ou, no caso, a inconstitucionalidade. Este, aliás, é o papel de uma presunção em Direito: determinar que o ônus da prova é da parte que pretende infirmá-la.

Ainda de acordo com o referido autor⁴⁸, a presunção de constitucionalidade funciona como um fator de autolimitação da atuação judicial. Dessa forma, não deve ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando houver tese razoável para a preservação da norma, for possível decidir questão por outro fundamento ou, ainda, se existir interpretação alternativa possível.

A interpretação conforme a constituição nas palavras de Barroso⁴⁹:

Destina-se ela à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais.

Nota-se o início da ruptura com o antigo entendimento de que o Código Civil seria uma Constituição das relações privadas, tornando necessária a análise das normas em conformidade com os mandamentos constitucionais. A manutenção de normas suspeitas de inconstitucionalidade apenas se torna possível a partir de uma nova leitura.

Essa interpretação em muito se assemelha à chamada Constitucionalização do Direito Civil, que teve origem, de acordo com Gustavo Tepedino⁵⁰:

A partir do longo processo de industrialização que tem curso na primeira metade do século XX, das doutrinas reivindicacionistas e dos movimentos sociais instigadas pelas dificuldades econômicas, que realimentavam a intervenção do legislador, verifica-se a introdução, nas Cartas políticas e nas grandes Constituições do pós-guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. Assumem as Constituições compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle dos bens.

Segundo o citado autor⁵¹, o Código Civil deixou de exercer o seu papel de Constituição do Direito privado. Entretanto, preceitua o autor⁵² que não se poderia reduzir a chamada Constitucionalização do Direito Civil “a um mero deslocamento topográfico de garantias incidentes sobre as relações privadas, atribuído à morosidade do legislador ordinário, à contingência política passageira ou à mera atecnia”.

⁴⁸ Ibid., p. 336.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil* – Tomo II. s/ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28/29.

⁵¹ Ibid., p. 29.

⁵² Ibid., p. 41.

Para melhor compreensão, deve-se destacar que essa expressão, citada por Tepedino⁵³, possui dois sentidos: 1) exigência de produção legislativa compatível com o programa constitucional, constituindo-se em limite para a reserva legal; e 2) exigência de leitura de lei civil de acordo com a Constituição Federal.

A semelhança exposta entre o princípio da interpretação conforme a Constituição e a Constitucionalização do Direito Civil pode ser vista neste momento.

De acordo com Barroso⁵⁴: “como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais”. Continua, dizendo que “entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição”.

A leitura constitucional do Código Civil se presta a conferir melhor interpretação dos dispositivos civis, permitindo que direitos sejam protegidos com base no cumprimento dos deveres constitucionalmente previstos. Por vezes esses deveres são repetidos pelo legislador, mas sem uma punição por seu não cumprimento, acaba-se permitindo que direitos se tornem absolutos para aqueles que não seriam merecedores.

O Superior Tribunal de Justiça já usou a expressão “leitura constitucional” para proferir julgamentos. Em determinado Agravo Regimental em Recurso Especial, o STJ⁵⁵ fez uma leitura constitucional de norma tributária para conferir isenção de tributo, IOF – Imposto sobre Operações Financeiras, operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários – para deficiente físico que adquirisse veículo automotor.

No citado julgado, entenderam os Ministros do STJ por conferir uma isonomia entre os deficientes físicos que possuíam autonomia para conduzir o veículo automotor adquirido com isenção tributária e os que não a possuíam.

Em outro julgamento de Recurso Especial, o Tribunal da Cidadania⁵⁶ decidiu, por meio de uma leitura constitucional da Lei dos Crimes Hediondos, Lei 8.072/1990, “que todos os condenados possuíam direito à individualização da pena, com base nos critérios contidos no Código Penal brasileiro”.

⁵³ Ibid., p. 41.

⁵⁴ BARROSO, op. cit., p. 336.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1214489/RS*. Relator: Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1151981&num_registro=201001810665&data=20120614&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2016.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 709.726/RS*. Relator: Paulo Medina. Sexta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=618719&num_registro=200401753361&data=20060619&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2016.

Não sendo, portanto, essa expressão, leitura constitucional, uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Torna-se, portanto, plenamente possível a leitura constitucional do Código Civil.

1.4. Ruptura do direito de herança com base no direito civil constitucional

A Constituição Federal de 1988, como já sinalizado, trata da garantia ao direito de herança como um direito fundamental, em virtude de sua posição topográfica – Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais. O Código Civil brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, por sua vez, trata da herança em seu Livro V, Direito das Sucessões.

Há, pelo menos, uma hipótese constitucional expressa de se afastar essa garantia fundamental ao direito de herança, disposta no art. 5º, inc. XLV, que trata da intranscendência da pena. Verifica-se, portanto, que esse direito não é absoluto.

Na legislação infraconstitucional, Código Civil,⁵⁷ existem hipóteses de exclusão do herdeiro ao recebimento da herança, sendo as causas de indignidade, art. 1.814, CC/02, e de deserdação, art. 1.962 e art. 1.963, ambos do CC/02.

Como causa de indignidade, o legislador brasileiro, decidiu por excluir os herdeiros ou legatários em determinadas hipóteses. Dentre elas, tem-se: a autoria, a participação e a coautoria de tentativa ou consumação de crime de homicídio doloso contra a pessoa de cuja sucessão se tratar; a prática de calúnia; e impedir o testador de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, com uso de violência ou por meios fraudulentos.

Com relação à deserdação, o legislador incluiu as hipóteses de indignidade e acrescentou a ofensa física; a injúria grave; as relações ilícitas com madrasta ou com padrasto ou com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; e o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade ou do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

⁵⁷ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 1.814. Vide nota 23.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁵⁸, os institutos civis “constituem uma *sanção civil*, uma *pena de natureza cível*, aplicada àquele que se comportou mal em relação ao autor da herança, impondo como consequência a perda do direito subjetivo de receber o patrimônio transferido pelo passamento do titular”.

Por possuírem tal natureza, finalizam os citados autores⁵⁹:

Perlustrando o caminho apresentado, dúvida inexistente de que a indignidade e a deserdação são, realmente, penas de natureza civil, contempladas em lei – resguardando o princípio da reserva legal, *nullo crimen, nulla poena, sine previa lege* –, tendentes a impedir o recolhimento do patrimônio do falecido por quem se comportou ofensivamente contra ele.

Estariam os jurisdicionados, assim como o Poder Judiciário, impedidos de analisar outras condutas que não aquelas listadas nos dispositivos civis citados? Com base nesse entendimento seria impossível, em razão do princípio da reserva legal. Todavia, seria a norma infraconstitucional uma permissionária para a falta de deveres constitucionalmente impostos?

Como se sabe, a Constituição Federal⁶⁰ foi promulgada em 5 de outubro de 1988 trazendo uma verdadeira revolução para os direitos e deveres civis. Esses deveres podem ser vistos como uma proteção à família, nas palavras de Torrano⁶¹: “daí é que hoje o Direito de Família não pode ser estudado apenas como mero instituto do direito privado.”

Um desses deveres pode ser encontrado no art. 226, §5º da CRFB/88 que estabelece que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Deve ser conjugado com o §7º do mesmo dispositivo, que diz que o planejamento familiar se fundará nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Outro dever, estabelecido pelo art. 227, *caput*, torna um dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem inúmeros direitos,

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: sucessões*. V. 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 99.

⁶⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. [...]

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (...)

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁶¹ TORRANO, Luiz Antônio Alves. *Indignidade e deserdação*. s/ed. São Paulo: Servanda, 2015, p. 147.

destacando-se à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Além dessa obrigação, a Constituição determina que eles sejam colocados a salvo de toda forma de negligência, violência e crueldade, dentre outras.

Cumpra esclarecer que de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente⁶², Lei 8.069/1990, e com o Estatuto da Juventude⁶³, Lei 12.852/2013, a proteção da criança, do adolescente e do jovem representa a proteção de toda pessoa com idade até vinte e nove anos.

Como se não fosse suficiente, a Constituição ainda prevê, em seu art. 229, que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Não se verifica nos artigos disciplinadores da indignidade e da deserção punição para o descumprimento desses deveres, impondo-se, na visão de Torrano⁶⁴, a necessidade de haver um estudo dos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família. Esses deveres também foram regulados pelo Código Civil⁶⁵, como os deveres de ambos os cônjuges, previsto nos artigos 1.566 e 1.567, *caput*, que regulam o art. 226, §5º da CRFB/88.

Os citados dispositivos da legislação civil⁶⁶ trazem como deveres de ambos os cônjuges o sustento, a guarda e a educação dos filhos. Estabelecem, ainda, que a direção da sociedade conjugal será exercida em colaboração, pautando-se no interesse do casal e dos filhos. Assim, ainda que a sociedade conjugal seja desfeita, permanece a colaboração para satisfazer o interesse dos filhos.

⁶² BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

⁶³ BRASIL. *Estatuto da Juventude, Lei 12.852*, de 5 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. § 1º Para os efeitos desta Lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade. § 2º Aos adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos aplica-se a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, e, excepcionalmente, este Estatuto, quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente.

⁶⁴ TORRANO, op. cit., p. 147.

⁶⁵ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

⁶⁶ *Ibid.*

O Código Civil⁶⁷ de 2002 trata, em seu art. 1.634, das obrigações dos genitores quanto à pessoa dos filhos menores, competindo a ambos, independentemente da situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar. Maria Berenice Dias⁶⁸ destaca a omissão legislativa com relação à obrigação do dever dos pais em dar aos filhos amor, afeto e carinho, destacando que:

A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar.

A referida autora⁶⁹ complementa dizendo ser falta de carinho, amor e afeto a origem da “tendência jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo”.

Com a ressalva da causa de deserção dos ascendentes pelos descendentes⁷⁰, prevista no art. 1.963, IV, CC/02, na hipótese daquele desamparar o filho ou o neto com deficiência mental ou grave enfermidade, não há punição para o marido ou a mulher que descumprir com os deveres relativos ao sustento, à guarda e à educação dos filhos. Tampouco há para aquele que agir em desconformidade com o interesse do casal e dos filhos.

De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosendal⁷¹:

[...] a inobservância da obrigação de cuidar integralmente dos filhos, que deveria projetar consequências, apenas, no que se refere ao relacionamento entre pai e filho, especificamente em relação ao poder familiar, pode autorizar a imputação de culpa, sem prejuízo de eventual sanção penal, CP, arts. 244 e 246, e de eventual perda ou suspensão do poder familiar, CC, arts. 1.637 e 1.638.

⁶⁷ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014).

⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 466.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Vide nota 57.

⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 7. ed. rev. ampl. e atual. V.6. São Paulo: Atlas, 2015, p. 250.

Cumpra esclarecer que a perda do poder familiar⁷², nos termos dos artigos 1.635, V do Código Civil, não faz com que o ascendente deixe de ser herdeiro necessário, com previsão no art. 1.845 do citado *Codex*⁷³. Isso porque, segundo Maria Berenice Dias⁷⁴, “quando ocorre a perda do poder familiar, ainda persiste o vínculo de parentesco natural para efeitos outros”. Dessa forma, permanece a ausência de punição para aquele que descumprir com seus deveres.

Poletto menciona que essa falha comportamental demonstra a ausência de conduta na forma da lei, bem como ausência de ética, sendo ambas exigidas para as relações familiares e sucessórias, por possuírem origem em direitos e obrigações⁷⁵. Além disso, a possibilidade de se manter esse ascendente como herdeiro necessário, nas palavras de Poletto⁷⁶, “afronta o sentimento comum de justiça, ética e solidariedade”.

Essa insuficiência legislativa, representada pela falta de atualização das leis e da morosidade para a tramitação de projetos, faz com que princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, possuam maior força e relevância. Poletto⁷⁷, ao citar parte do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes no RE 201.819-RJ, diz que:

Por essa razão é que ganha, ainda mais, relevo a figura do magistrado, tendo em vista que, como o legislador se revelou omissivo, insuficiente e indiferente aos direitos, liberdades e garantias constitucionais, terá ele, por vezes, de sopesar diretamente os direitos fundamentais colidentes, exercendo o dever de proteção, *Schutzpflicht*, objetiva que se impõe ao Estado.

Essa intervenção do Poder Judiciário possui respaldo no processo de judicialização dos litígios. Por sua complexidade e pertinência, haverá a abordagem do fenômeno da judicialização em capítulo próprio.

A ruptura do direito de herança com base no direito civil constitucional, pelo magistrado, se prestará a dar uma maior satisfação à sociedade, que não tolera a existência de injustiças respaldadas pela legislação. Nas palavras de Torrano⁷⁸:

A consciência social repugna que uma pessoa a outra suceda depois de contra ela haver cometido grave ato lesivo, cuja prática, por sua vez, deve determinar a retirada da necessária legitimação para a aceitação da herança com a consequente exclusão da sucessão por indignidade ou por deserdação.

⁷² BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

⁷³ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

⁷⁴ DIAS, op. cit., p. 380.

⁷⁵ POLETTO, op. cit., p.42/43.

⁷⁶ Ibid., p. 44.

⁷⁷ Ibid., p. 43.

⁷⁸ TORRANO, op. cit., p. 148.

Segundo Poletto⁷⁹, em virtude de a indignidade e a deserdação serem institutos cuja “concepção jurídica, social, moral e ideológica estava baseada nas instituições do Século XIX, realidade totalmente diversa da vivenciada pela sociedade pós-moderna do final do século XX e início do século XXI”, faz-se necessário o resguardo à dignidade humana do autor da herança e de sua família, em detrimento da preservação do direito sucessório da hipótese.

Portanto, não se poder conferir direito absoluto de receber um patrimônio, por meio do direito de herança, àqueles indivíduos que durante toda a vida, ou parte dela, não possuiu o afeto do *de cuius* ou, pelo menos, buscou tê-lo. Não se trata de retirar ou restringir direitos fundamentais de um indivíduo, mas de respeitar os direitos daquele que cumpriu com os deveres dele.

⁷⁹ POLETTO, op. cit., p.44.

2. EXCLUSÃO DA SUCESSÃO

O objetivo do presente estudo é demonstrar a possibilidade de se excluir da sucessão o ascendente que desampara o filho ou neto sem deficiência mental ou grave enfermidade. Para tanto, necessário se faz distinguir indignidade de deserdação, para que, no momento oportuno, reste demonstrado por qual desses institutos a exclusão ocorrerá.

O direito de herança, como já mencionado, é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal. Dessa forma, entende-se que apenas poderá haver a exclusão de um herdeiro da sucessão em duas hipóteses: indignidade e deserdação. Ambos os institutos, conforme exposto no capítulo anterior, possuem séculos de aplicação, havendo evoluções e retrocessos no decorrer dos anos.

De acordo com Torrano⁸⁰, por possuírem o mesmo efeito, criar óbice ao recebimento do quinhão sucessório, muitas pessoas, inclusive juristas, não conseguem fazer distinção entre eles. Essa aparente semelhança entre os institutos fez com que países os fundisse, tornando uma a nomenclatura para a exclusão da sucessão, como ocorreu com o *Code Napoléon*⁸¹.

A indignidade e a deserdação, previstos no Código Civil de 1916 e mantidos pelo Código Civil de 2002, tiveram pouca evolução, mantendo-se as mesmas causas de exclusão da sucessão. Não obstante a evolução do Direito das Famílias, o Direito Sucessório permaneceu, nesse aspecto, quase que irretocável. Uma das poucas evoluções foi a remoção da desonestidade da filha que vive na casa paterna⁸², que era uma causa de deserdação.

A solução judiciária trata da indicação aos magistrados para conferir uma maior importância às disposições constitucionais, deixando a análise das normas legais em segundo plano. Essa sistemática conferirá uma maior coerência ao ordenamento jurídico e, por consequência, uma melhor solução para o conflito entre a correta aplicação da lei e a justa solução para o caso em concreto.

⁸⁰ TORRANO, op. cit., p. 55.

⁸¹ POLETTO, op. cit., p. 356.

⁸² BRASIL. *Código Civil*, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Art. 1.744. Além das causas mencionadas no art. 1.595, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: III. Desonestidade da filha que vive na casa paterna. O mencionado dispositivo merece críticas, não apenas por remover a filha como herdeira sem fazer previsão para o filho, mas por não haver a possibilidade de deserdação pela desonestidade do pai ou da mãe. A desonestidade poderia autorizar o uso da deserdação para os pais que desamparassem os filhos, mas não houve o aperfeiçoamento do referido instituto.

2.1. Diferenciação entre indignidade e deserdação

A indignidade é uma forma de exclusão do herdeiro ou legatário que atente de forma dolosa contra a vida do *de cuius* ou de um dos familiares deste, cometa ato que ofenda a honra do autor da herança, bem como crie embaraços para que não se concretize os atos de última vontade deste, autor da herança. Destaca-se que não há um consenso geral acerca da conceituação desse instituto, como mencionou Barbosa Filho⁸³.

Para o mencionado autor, a “indignidade constitui sanção civil que recai sobre todo aquele que perpetrou atos ofensivos à honra, à última vontade e à própria pessoa do hereditando, excluindo-o da sucessão”⁸⁴. Deve-se informar, como forma de demonstrar honestidade intelectual, que há entendimento majoritário de ser o instituto em tela uma sanção civil, por restringir direitos, fazendo com que ele seja interpretado restritivamente.

Nesse ponto, tem-se a seguinte passagem de Cristiano Chaves e de Nelson Rosenvald⁸⁵:

O raciocínio majoritário, destarte, é lastreado na máxima hermenêutica de normas que estabelecem sanção que não comportam interpretação ampliativa. Além disso, em se tratando de norma punitiva, não se pode olvidar o próprio princípio da *reserva legal*, pelo qual se estabelece que *nulla poena, sine praevia lege*.

Ainda que não seja este o melhor momento para se fazer críticas, por se tratar de definição de instituto, Carlos Roberto Gonçalves⁸⁶ levanta a possibilidade de o crime de instigação ao suicídio ser equiparado ao crime de homicídio, para efeitos de indignidade. Isso por serem ambos os crimes contra a vida, previstos na Parte Especial do Código Penal⁸⁷. Assim, tem-se uma exceção à taxatividade e à interpretação restritiva do instituto.

Um dos autores que veem a taxatividade da indignidade é Maria Helena Diniz. Para ela, a indignidade é uma pena civil, que priva o direito à herança, nos casos taxativamente enumerados em lei⁸⁸.

Em posicionamento contrário ao de Helena Diniz e similar ao de Gonçalves, Chaves e Rosenvald⁸⁹ reforçam a ideia de se “refletir sobre a indignidade a partir da finalidade

⁸³ BARBOSA FILHO, op. cit., p. 15.

⁸⁴ Ibid., p. 16.

⁸⁵ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., V. 7, p. 111.

⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, direito das sucessões*. 8. ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 113.

⁸⁷ BRASIL. *Código Penal*, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena Diniz. *Código Civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1393.

⁸⁹ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., V. 7, p. 111.

almejada pelo tipo legal previsto na norma, e não tendo em mira o seu sentido literal. Até porque mais interessa a intenção do que o sentido literal da linguagem (CC, art. 112)⁹⁰”.

O art. 1.814 do Código Civil⁹¹ traz três incisos contendo as hipóteses de indignidade. O estudo de cada uma delas se faz desnecessário para o objetivo proposto neste projeto, sendo o ponto mais relevante já explicitado, quando se fez referência à possibilidade de se entender homicídio como crime contra a vida. Destacando-se que, de acordo com Cristiano Chaves⁹², o motivo correspondente ao ato pode ser praticado antes ou depois da abertura da sucessão.

De acordo com Paulo Nader⁹³, no tocante à indignidade, existe a presunção de que “a perda do direito de herdar corresponde à vontade do sucedido, pois do contrário este teria reabilitado o seu ofensor”. Essa reabilitação consiste na possibilidade de a vítima perdoar o ofensor, como ocorre no Direito Penal, com os crimes que se procedem mediante queixa – art. 105 do Código Penal⁹⁴.

Vale informar que esse perdão do autor da herança, para o antigo direito francês, era irrelevante. Operando-se a exclusão do herdeiro ou do legatário, que tenha praticado um ato indigno, do processo *causa mortis*.⁹⁵

A legislação brasileira não exige que ocorra a iniciativa daquele que sofre com a indignidade, determinando, contudo, que a exclusão do herdeiro ou legatário seja declarada por sentença, como disciplina o art. 1.815, CC/02⁹⁶. Essa terá efeitos *ex tunc*, fazendo com que o indigno seja considerado morto antes da abertura da sucessão, assegurando a sucessão dos herdeiros dele, nos termos do art. 1.816, CC/02⁹⁷.

⁹⁰ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Art. 112, da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

⁹¹ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Vide nota 23.

⁹² FARIAS; ROSENVALD, op. cit., V. 7, p. 110.

⁹³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, direito das sucessões. 6. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 87.

⁹⁴ BRASIL. Código Penal, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017. Art. 105 - O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.

⁹⁵ SÉRIAUX, Alain. *Les successions, les libéralités*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986, p. 42 *apud* POLETTO, op. cit., p. 295. Nesse ponto, merecem elogios ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que permite que o particular tenha uma maior gerência acerca das questões que circundam a vida dele. Isso reflete em uma menor interferência Estatal nas relações privadas, o que acaba por ser um ponto positivo.

⁹⁶ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença. Parágrafo único. O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

⁹⁷ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Art. 1.816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

Como lecionam Farias e Rosenvald, a indignidade pode ser provocada por qualquer interessado, seja ele herdeiro, legatário, interessado indireto.⁹⁸

O Código Civil traz uma ressalva para os efeitos da sentença que declara excluído da herança o indigno, tornando válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença. Assegura, no entanto, o direito de reparação por perdas e danos dos demais herdeiros, não indignos, quando forem prejudicados, conforme art. 1.817, CC/02⁹⁹.

Pela necessidade de se ter uma sentença, verifica-se a existência de uma ação, que não possui procedimento especial. Portanto, na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973) ela seguia o rito comum ordinário e, atualmente, segue o procedimento comum, previsto no art. 318 do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105, de 16 de março de 2015)¹⁰⁰.

O art. 1.815, parágrafo único¹⁰¹ do Código Civil é cristalino em dizer que o prazo para a propositura da ação de indignidade é de quatro anos, contados da abertura da sucessão. Torrano¹⁰² traz a discussão se seria esse prazo prescricional ou decadencial, sendo essa discussão sem importância para o presente estudo. Contudo, doutrinadores como Paulo Nader¹⁰³, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁰⁴ afirmam ser esse prazo decadencial.

Com relação ao instituto da deserdação, este vem a ser, nas palavras de Clóvis Beviláqua, citado por Torrano,¹⁰⁵ “o ato pelo qual o herdeiro necessário é privado de sua porção legítima”. Verifica-se uma primeira distinção entre a indignidade e a deserdação, uma vez que aquela se reputa a qualquer sucessor, enquanto esta apenas aos herdeiros necessários.

⁹⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., V. 7, p. 110.

⁹⁹ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Art. 1.817. São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos. Parágrafo único. O excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles.

¹⁰⁰ BRASIL. *Código de Processo Civil*, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 16 jan. 2017. Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei. Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.

¹⁰¹ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Vide nota 96.

¹⁰² TORRANO, op. cit., p. 256.

¹⁰³ NADER, op. cit., p. 92.

¹⁰⁴ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., V. 7, p. 110.

¹⁰⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 297, *apud* POLETTI, op. cit., 355.

Essa conceituação simplificada do autor do Código Civil de 1916 não possui a mesma síntese no Direito português. Poletto¹⁰⁶, citando Luiz da Cunha Gonçalves, traz duas acepções para a palavra deserdação:

Num sentido amplo e vulgar, deserdação é o simples fato da exclusão de qualquer pessoa da sucessão legítima, total ou parcial. Assim, os escritores franceses chamam de deserdação quer a disposição da quota livre, que, sem o testamento, pertenceria aos herdeiros legitimários, quer a livre disposição dos bens a favor de estranhos, quando o *de cujus* não tem herdeiros necessários. Num sentido restrito e próprio, porém, que é o do art. 1.875 deste nosso Código, referência ao revogado Código Civil Português de 1867, deserdação é o ato pelo qual o autor da herança priva um herdeiro legitimário da sua quota legitimária, punindo-o assim da sua ingratidão.

Tem-se, portanto, uma diferença entre a indignidade e a deserdação, uma vez que esta pode ser total ou parcial, enquanto que aquela somente poderia ser total. Essa diferença se dá, na visão de Poletto¹⁰⁷, pelo fundamento ético-jurídico da indignidade em contraponto com o da deserdação. Para ele, o fundamento da indignidade é a proteção da ordem pública e social, enquanto que o da deserdação é a proteção das relações familiares.

Repete-se, aqui, a honestidade intelectual feita na indignidade, no tocante ao entendimento majoritário de que o rol das causas seria taxativo. Entretanto, não se pode permitir que o jurisdicionado fique a mercê do legislador, viabilizando-se que o Poder Judiciário, representado pelo magistrado, faça correções diante do caso concreto.

Carlos Poletto¹⁰⁸ traz a hipótese de deserdação do cônjuge sobrevivente, que não possui previsão legal. Menciona que há o projeto de lei 276/2007, que inclui no Código Civil o art. 1.963-A que prevê como causa de deserdação, dentre outras causas, o cônjuge que injustificadamente se recusa a dar alimentos aos filhos comuns ou ao outro cônjuge. Esse projeto resolveria boa parte dos problemas sucessórios, mas não é do interesse do Legislativo.

A confusão entre os institutos da indignidade e da deserdação decorre dos dispositivos que tratam das causas de deserdação, quais sejam: art. 1.962¹⁰⁹ e art. 1.963¹¹⁰, ambos do CC/2002. Isso porque dizem esses artigos: “Além das causas mencionadas no art. 1.814” e “Além das causas enumeradas no art. 1.814”, dando a entender que as causas de indignidade também seriam causas de deserdação.

¹⁰⁶ Ibid., p. 354.

¹⁰⁷ Ibid., p. 356-357.

¹⁰⁸ Ibid., p. 365.

¹⁰⁹ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Vide nota 57.

¹¹⁰ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Vide nota 57.

Somando-se a essas expressões se tem o art. 1.961 do citado *Codex*¹¹¹, que disciplina que “Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão”. Tal disposição gera o entendimento de que as causas que ensejam exclusão da sucessão podem gerar a deserdação.

Antes que se demonstre, propriamente, as causas de deserdação é necessário demonstrar outra diferença entre os estudados institutos, qual seja: a necessidade de testamento válido. O Código Civil, em seu art. 1.964¹¹², traz a necessidade de haver expressa declaração de causa para que se opere a deserdação. Assim, um documento essencial para instruir a petição inicial da ação de deserdação é o testamento.

O Código Civil trata, em seu art. 1.862¹¹³, de testamento público, cerrado e particular, e, em seu art. 1.886¹¹⁴, de testamentos especiais: o marítimo, o aeronáutico e o militar. Há o entendimento de que a forma do testamento é irrelevante, havendo, contudo, a obrigatoriedade de haver disposição expressa acerca da deserdação.

Essa exigência testamentária é, de acordo com Poletto¹¹⁵, um resquício do formalismo romano, ainda existente em codificações modernas. Pode-se entender que essa exigência seria dispensável, uma vez que haverá a necessidade de provimento jurisdicional para que ocorra a deserdação. Deveria, portanto, haver a revogação do mencionado art. 1.964, para que nos casos em que o *de cuius* não tenha realizado testamento, por ser jovem, por exemplo, caiba a deserdação, o que pode ser mais justo.

Os maiores instrumentos para a solução desse tipo de questão são, em verdade, princípios: do contraditório e da ampla defesa. Na hipótese de ausência testamentária, devem as partes produzir provas para demonstrar a necessidade ou a prudência de se excluir o herdeiro necessário da herança. Essa ausência não deve ser o ponto central da questão. O aprofundamento do assunto ocorrerá no próximo capítulo.

Além de haver previsão testamentária e do provimento judicial, outra necessidade imposta por lei é a indicação da tipicidade da conduta ensejadora da deserdação. Assim, diz

¹¹¹ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

¹¹² BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

¹¹³ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Art. 1.862. São testamentos ordinários: I - o público; II - o cerrado; III - o particular.

¹¹⁴ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Art. 1.886. São testamentos especiais: I - o marítimo; II - o aeronáutico; III - o militar.

¹¹⁵ POLETTO, op. cit., p. 369.

Cristiano Chaves¹¹⁶ que “o legislador exige a indicação da motivação do testador, revelando, expressamente e por escrito, a causa prevista em lei ensejadora da punição do agente, com a privação da herança”.

Verifica-se, portanto, que somente com esse tríplice preenchimento de requisitos que ocorreria a deserdação. Contudo, não se pode deixar de reforçar a crítica acerca da necessidade testamentária. Da mesma forma, pode-se dizer que a tipicidade da conduta não estaria restrita ao que dispõem os artigos da deserdação.

Os artigos que tratam da deserdação¹¹⁷ possuem causas semelhantes, aplicáveis aos ascendentes ou aos descendentes. São elas: a) ofensa física, b) injúria grave, c) relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou o mesmo com a filha ou o a neta, e d) desamparo de ascendente em alienação mental; do filho ou do neto, com deficiência mental ou, nos três casos, com grave enfermidade.

A presente pesquisa jurídico-científica está pautada nessa última causa de deserdação, especificamente com relação ao ascendente que desampara o filho ou o neto, não significando que o oposto também não seja aplicável. Portanto, haverá especial atenção para essa causa.

Para Cristiano Chaves¹¹⁸ o que motiva essa causa de deserdação é “a ruptura da solidariedade familiar, exigida como núcleo fundante das relações entre parentes”. Para o citado autor¹¹⁹ existe a necessidade de conjugação de alguns elementos para que se reconheça o desamparo ensejador da deserdação:

- i) que o herdeiro necessário tenha *conhecimento* da grave situação que acomete o *auctor hereditatis*; ii) que disponha de condições pessoais e materiais, recursos econômicos, inclusive, se for o caso, para prestar a assistência; iii) e que o titular do patrimônio não tenha condições de se manter por si só.

Paulo Nader¹²⁰ trata dos mesmos elementos para que se reconheça o desamparo citado. Complementando que “o descaso com o ascendente [ou descendente], em situação tão crítica, revela inexistência de afeição, respeito e solidariedade. Seria contraditório se a Lei Civil não autorizasse a deserdação”. Dessa forma, pode-se dizer que haveria uma previsão legal para um caso de comoção social.

Merecem, desde já, a exposição dos elementos mencionados pelos autores. A ciência da situação que acomete o autor da herança não remove o dever constitucionalmente previsto

¹¹⁶ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 135.

¹¹⁷ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Vide nota 57.

¹¹⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 143.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ NADER, op. cit., p. 414.

no art. 227¹²¹, *caput* do convívio familiar, da dignidade e do respeito. A condição de disponibilidade patrimonial é igualmente criticável, uma vez que compete aos pais, no exercício do poder familiar, art. 1.634¹²², CC/02, criar e educar os filhos, bem como dar carinho, atenção e afeto.

Finalizando a crítica aos elementos, tem-se a autossuficiência do autor da herança. Como visto no parágrafo anterior, não se trata unicamente de disposição patrimonial, mas de relação de afeto, de respeito, de amizade, entre outros. Deve ser facultado ao autor da herança dispor de seus bens como quiser, principalmente com relação a esse ascendente ou descendente, que pouco se importou com ele durante a vida.

Em similar linha de raciocínio, Poletto critica a possibilidade de deserdação por abandono somente se as partes forem acometidas por alienação mental, deficiência mental ou grave enfermidade.

Para o referido autor¹²³:

O abandono por si só já merece a reprimenda hereditária porque constitui clarividente ato revelador da absoluta falência moral e ética do agente, que evidentemente, não pode locupletar-se patrimonialmente justamente daquele a quem jogou na cólera da miséria e da solidão.

Essa conduta do ascendente que deixa de dar amor, carinho e afeto ao filho que viabiliza a responsabilização civil do genitor por abandono afetivo¹²⁴. Isso por haver a inobservância do dever dos pais de conviver e de se relacionar com o filho. Nesse mesmo sentido versou Maria Berenice Dias¹²⁵, em citação exposta no capítulo anterior.

No tocante à possibilidade de reabilitação, tem-se que ela se opera com o autor da herança em vida. O ato de perdão ocorrerá quando ele modificar o testamento, removendo seu herdeiro necessário de qualquer das hipóteses de deserdação.

Essa forma de reabilitação não exclui a possibilidade de se provar, em juízo, que houve algum tipo de perdão por parte do autor da herança. No âmbito do Direito penal, art. 106, §1º, Código Penal¹²⁶, existe a possibilidade de haver o perdão tácito, quando a vítima

¹²¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 18 jan. 2017. Vide nota 60.

¹²² BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Vide nota 67.

¹²³ POLETTO, op. cit., p. 385.

¹²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n. 1159242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2016.

¹²⁵ DIAS, op. cit., p. 466.

¹²⁶ BRASIL. *Código Penal*, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017. Art. 106 - O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito: I - se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita; II - se concedido por um dos ofendidos, não prejudica

pratica ato incompatível com o prosseguimento da ação. Não seria diferente para a deserdação, pois a demonstração de convivência pacífica entre ambos excluiria a deserdação.

A mencionada reabilitação poderia viabilizar a desnecessidade de disposição expressa desse instituto no testamento. Isso por possibilitar o contraditório e a ampla defesa na ação de deserdação, que verificaria a ocorrência de uma das causas de deserdação, previstas nos dispositivos ou interpretadas de forma a assegurar o direito daquele que cumpriu com os deveres dele. Como se verá, o Judiciário poder agir diante da morosidade legislativa.

O legislador conferiu legitimidade ao autor da herança para que se possibilite o reconhecimento da deserdação. Deverá, contudo, o testamento ser homologado judicialmente para que possa produzir os efeitos. A ação de deserdação, assim como na de indignidade, segue o procedimento comum, por não haver procedimento especial legalmente previsto, com prazo idêntico para a propositura de ambas as ações, ou seja, quatro anos¹²⁷.

O art. 1.961, CC/02 possibilita a exclusão dos herdeiros necessários em todos os casos em que possam ser excluídos da sucessão. Assim, na hipótese de se buscar uma ação de deserdação sem um testamento, tem-se que os mesmos legitimados para a ação de indignidade poderão intentá-la. Com isso, respeita-se o devido processo legal e a inafastabilidade da jurisdição, preservando direitos daqueles que não agiram contra a moral e a ética familiar.

Tem-se o fim, ainda que de forma simplificada, da exposição dos institutos da indignidade e da deserdação. Essa abordagem crítica decorre da necessidade de intervenção estatal na esfera como fator de prevenção e a do Poder Judiciário ante à morosidade legislativa. Assuntos que serão tratados a seguir.

2.2. A intervenção estatal na esfera privada como fator de prevenção

Com a evolução das relações sociais o ideal de intervenção mínima do Estado, Estado mínimo ou Estado limitado¹²⁸, perde o sentido. Isso porque a igualdade formal fez

o direito dos outros; III - se o querelado o recusa, não produz efeito. § 1º - Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação. § 2º - Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.

¹²⁷ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jan. 2017. Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador. Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento.

¹²⁸ NOVELINO, op. cit., p. 69.

com que se aumentasse as desigualdades sociais, dando espaço ao Estado Social, que buscava a igualdade material¹²⁹.

De acordo com Luis Roberto Barroso¹³⁰:

A progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados princípios de ordem pública.

Para Caio Mário da Silva Pereira¹³¹ esses princípios de ordem pública são princípios de direito privado, mas que por haver interesse público o Estado confere uma maior importância. Por tal motivo, leciona Barroso¹³² que “em domínios como o direito de família (...) ainda subsiste a influência decisiva da vontade e do consenso na formação das relações jurídicas, mas seus efeitos são comumente determinados pela lei, e não pelas partes”.

Pela visão desses autores é possível compreender que a ingerência do Estado ocorrerá quando houver interesse público. Não se pode negar haver uma omissão estatal no tocante aos institutos da indignidade e da deserdação. Como visto anteriormente, não existe atualização legislativa nos moldes pretendidos pela sociedade.

Na indignidade há uma presunção de que o *de cuius* não gostaria que o herdeiro ou legatário, que tenha praticado um ato considerado indigno, receba a sua herança. No entanto, tal presunção não existe na deserdação. A solução legislativa será estudada em seção própria, momento em que se apresentará interpretação da legislação vigente e sugestão para o aprimoramento do ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de a solução legislativa dessa pesquisa ser apresentada em momento posterior, não se pode deixar de expor alguns dos projetos de lei do Congresso Nacional.

O projeto de lei¹³³ da Câmara dos Deputados nº 9, de 2017, confere legitimidade ao Ministério Público para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário que tenha incidido na causa de indignidade prevista no art. 1.814, inc. I¹³⁴. Esse projeto não possui relevância para o

¹²⁹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 14/15.

¹³⁰ BARROSO, op. cit., p. 83.

¹³¹ PEREIRA apud BARROSO, op. cit., 83.

¹³² BARROSO, op. cit., p. 83.

¹³³ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei da câmara nº 9, de 2017*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127911>> Acesso em: 20 mar. 2017. Entretanto, vale mencionar que, a Constituição Federal, no art. 127, *caput*, disciplina que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, devendo-se combinar esse dispositivo com o art. 178, I, do Código de Processo Civil, que diz que “O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: interesse público ou social”. Com base nisso, poder-se-ia entender que o Ministério Público, em casos como o da presente pesquisa jurídico-científica, seria parte legítima para buscar a exclusão de herdeiro, por se tratar de um interesse público, diante da ausência de previsão legal e repúdio social, no tocante à possibilidade de ascendente que desampara descendente continuar sendo herdeiro.

¹³⁴ Projeto de lei convertido na Lei 13.532, de 7 de dezembro de 2017.

presente estudo, por não viabilizar a intervenção do *parquet* em outros casos, que não ao mencionado.

O projeto de lei¹³⁵ do Senado Federal n° 168, de 2006, trata da imediata exclusão do herdeiro ou legatário indigno, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em qualquer dos casos de indignidade do art. 1.814 do Código Civil. Note-se que o projeto de lei da Câmara supra é menos abrangente que o do Senado, mesmo sendo elaborado em momento posterior. Essa desatenção corroborará com os argumentos autorizadores da intervenção do Poder Judiciário, que serão aprofundados em momento posterior.

O projeto de lei¹³⁶ do Senado Federal n° 273, de 2007, estende aos descendentes do herdeiro indigno os efeitos da sentença que o tenha excluído da sucessão. Muito embora não seja pertinente se aprofundar nessa matéria, verifica-se a latente violação ao princípio da intranscendência da pena, previsto no art. 5º, inc. XLV da CF/88¹³⁷. A justificativa apresentada para a alteração legislativa reforça a necessidade de atuação do Poder Judiciário, ante a falta de conhecimento jurídico de alguns parlamentares.

O projeto de lei¹³⁸ do Senado Federal n° 118, de 2010, faz alterações nos artigos 1.814 a 1.818 e 1.961 a 1.965 da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil. Dentre as alterações se tem o objeto do presente estudo:

Art. 1.814. Fica impedido de suceder, direta ou indiretamente, por indignidade, aquele que:

(...)

III – sem justa causa, tenha abandonado ou desamparado o autor da herança, especialmente aquele que, tendo conhecimento da paternidade ou maternidade do filho, não a tenha reconhecido voluntariamente durante a menoridade civil;

A conversão em lei desse projeto não encerraria, contudo, a discussão da presente pesquisa jurídico-científica, uma vez que caberia à doutrina e à jurisprudência definir o que seria “sem justa causa”, “abandonar” e “desamparar”. Isso porque a falta de recursos

¹³⁵ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei do senado n° 168*, de 2006. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/77920>> Acesso em: 20 mar. 2017.

¹³⁶ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei do senado n° 273*, de 2007. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/81174>> Acesso em: 20 mar. 2017. A justificativa apresentada fez uma mistura entre os institutos da indignidade e da deserção, dando a entender que a pessoa que excluída, de alguma forma, da sucessão poderia receber parte da herança no futuro. Ocorre que o testador ao colocar determinada pessoa no testamento dela torna essa transferência patrimonial pessoal, logo, no caso de falecimento ou de reconhecimento da exclusão não haverá transmissão para os descendentes dessa pessoa. Nesse caso, a parte que lhe era cabível é distribuída aos demais herdeiros ou legatários.

¹³⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 5º. (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

¹³⁸ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de lei do senado n° 118*, de 2010. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697>> Acesso em: 20 mar. 2017.

financeiros não seria motivo justo para deixar de dar afeto, como já se manifestou Maria Berenice Dias¹³⁹, ainda que possa ser considerado para não amparar economicamente.

Nesse mencionado projeto de lei do Senado Federal, o legislador confere legitimidade ao Ministério Público e aos legítimos interessados. Outro ponto a ser debatido, em outra pesquisa, seria a identificação desse último legitimado.

Não obstante esse avanço legislativo, que poderá alterar os institutos da indignidade e da deserdação, verifica-se uma morosidade e falta de interesse parlamentar em ir à frente com o projeto. Apenas a título de exemplo, o projeto de lei da Câmara dos Deputados n° 7.313/2014 foi transformado na Lei Ordinária¹⁴⁰ n° 13.418/2017. Essa Lei confere ao Município de Blumenau o título de Capital Nacional da Cerveja.

A discussão em torno do interesse legislativo torna precária a intervenção estatal na esfera privada como fator de prevenção. Isso porque, não se estimula o cumprimento dos deveres constitucionalmente previstos, como os descritos no art.¹⁴¹ 227, *caput* da CF/88. Sanções menores foram originalmente criadas pelo Poder Judiciário e transformadas em dispositivos de lei, pelo Poder Legislativo.

O STJ¹⁴², no julgamento do REsp. 1.533.206/MG, entendeu pela possibilidade de protesto e inclusão do nome do devedor de alimentos nos cadastros de restrição ao crédito (SPC E SERASA). Até que essa matéria fosse tratada pelo Tribunal da Cidadania os Tribunais de Justiça Estaduais, como o do Rio de Janeiro¹⁴³, consolidavam-na. O referido posicionamento foi positivado no art. 528, § 1º, do Código de Processo Civil¹⁴⁴.

¹³⁹ DIAS, op. cit., p. 466. Esse tema foi melhor explorado na seção 1.4. Ruptura do direito de herança com base no direito civil constitucional.

¹⁴⁰ BRASIL. *Lei 13.418*, de 9 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13418.htm> Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁴¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Vide nota 60.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1533206/MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1465861&num_registro=201403456537&data=20160201&formato=PDF>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento n° 0043871-90.2014.8.19.0000*. Relatora: Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira. Décima Câmara Cível. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2014.002.30579>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁴⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil, Lei 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art528>. Acesso em: 20 mar. 2017. Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo. § 1º Caso o executado, no prazo referido no *caput*, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517. Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.

Pode-se falar que, no caso apresentado, houve uma intervenção do Poder Judiciário ante à morosidade legislativa. Isso em virtude da ineficácia das prisões dos devedores de alimentos, uma vez que a prisão não levava ao adimplemento dessa obrigação. A solução para o caso foi encontrada pelo Judiciário e, por tal motivo, passa-se à análise dessa forma de intervenção.

2.3. A intervenção do Poder Judiciário ante à morosidade legislativa

Diante da morosidade legislativa exposta, verifica-se a intervenção do Poder Judiciário em questões que não caberiam, originariamente, a ele resolver. A Constituição Federal¹⁴⁵ trouxe, em seu artigo 2º, o princípio da separação de poderes. Por essa divisão de poderes, estaria o Judiciário impossibilitado de exercer sua função jurisdicional quando o legislador não consegue acompanhar a evolução das relações sociais? Estaria o magistrado impossibilitado de estender as formas de exclusão da sucessão legalmente previstas?

O artigo 1º, *caput*, da CF/88 dispõe que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”. Esse Estado Democrático de Direito, de acordo com Novellino¹⁴⁶, destaca-se como características:

II) preocupação com a efetividade e dimensão material dos direitos fundamentais, assegurados mediante a jurisdição constitucional; III) limitação do Poder Legislativo, não apenas no aspecto formal, modo de produção do direito, mas também no âmbito material, fiscalizando a compatibilidade do conteúdo das leis com os valores consagrados na Constituição; IV) imposição constitucional não apenas de limites, mas também de deveres ao legislador; V) aplicação direta da Constituição com o reconhecimento definitivo de sua força normativa;

Com base nessas características, tem-se a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário quando o Legislativo não consegue acompanhar o desenvolvimento da sociedade. Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, cabe ao Judiciário fiscalizar a compatibilidade das leis com os valores consagrados na Constituição. Bem como incumbe a ele impor limites ao legislador, o que torna lícito o pensamento de se poder atuar quando ele se torna omissor.

¹⁴⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹⁴⁶ NOVELINO, op. cit., p. 44.

Essa omissão legislativa já fez com o Supremo Tribunal Federal nos mandados de injunção nº 670, 708 e 712, determinasse aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos¹⁴⁷. No julgamento desses mandados de injunção, entendeu o STF que a omissão do legislativo viabilizava a intervenção do Poder Judiciário. Essa intervenção é também conhecida como ativismo judicial.

De acordo com Barroso¹⁴⁸, “Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969”. Para Novelino¹⁴⁹ seria um “protagonismo decisivo nas mudanças sociais e na incorporação de novos direitos constitucionais aos já existentes”. Afirma este último¹⁵⁰ que o Judiciário “seria o mais habilitado à função de plasmar em normas os atuais valores da sociedade”.

Barroso¹⁵¹, explica, ainda que:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

No presente estudo, busca-se a aplicação direta da Constituição Federal a uma situação não expressamente contemplada no texto dela, cuja manifestação do legislador ordinário se mostrou ineficiente. A atuação do legislador no campo do direito de família tem deixado à desejar, fazendo com que os juízes de família e os Tribunais brasileiros adotem essa postura mais ativista.

Nesse sentido, Barroso¹⁵² diz que:

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF, 25 de outubro de 2007*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em 1 abr. 2017.

¹⁴⁸ BARROSO, op. cit., p. 440/441. Nesse período que houve o julgamento do caso “Brown vs. Board of Education”, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu pela inconstitucionalidade das divisões escolares entre brancos e negros. Superando, portanto, o antigo julgado “Plessy vs. Ferguson”, que permitiu a segregação, desde que as escolas fornecessem as mesmas condições de aprendizagem aos alunos. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-boardeducation-re-enactment>>. Acesso em: 01 abr. 2017. Não se pode, portanto, afirmar que a intervenção do Poder Judiciário, como legislador positivo, seria algo desastroso. A referida se torna, por vezes, necessária para que o direito seja aplicado da forma menos gravosa e atentatória possível. Deve o magistrado, contudo, zelar pela aplicação de direitos descritos na Constituição, ainda que de forma implícita entre princípios, objetivos e fundamentos.

¹⁴⁹ NOVELINO, op. cit., p. 162.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ BARROSO, op. cit., 318/319.

¹⁵² Ibid., p. 441/442.

interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Uma grande indagação que se pode fazer é acerca da noção de “espaço vazio”. No julgamento dos referidos mandados de injunção esse espaço decorreu da falta de atuação legislativa para a criação de legislação reguladora do direito de greve dos servidores públicos, prevista no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal¹⁵³. E no caso da presente pesquisa jurídico-científica, qual seria o espaço vazio?

Como se sabe a legislação que regula os institutos da indignidade e da deserção é a Lei 10.406 de 2002, Código Civil vigente. No entanto, como visto na parte histórica, esse dispositivo nada mais fez do que dar continuidade às possibilidades previstas no Direito Romano, sendo quase que a cópia do Código Civil de 1916. Dessa forma, tem-se o espaço vazio no tocante à atualização legislativa, que não acompanha as realidades sociais.

Esse descompasso legislativo fez com que o Supremo Tribunal Federal se pronunciasse, no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, pela possibilidade de se reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Para tanto, o STF¹⁵⁴ deu nova interpretação ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal e ao artigo 1.723, *caput*, do Código Civil para “excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família”.

O Superior Tribunal de Justiça, por uma morosidade legislativa em coibir o abandono afetivo, entendeu pela possibilidade de responsabilização por esse abandono. Com isso, passou-se a ter condenações ao pagamento de dano moral quando o pai ou a mãe não cumprisse com o princípio da paternidade responsável.

Para Paulo Lôbo¹⁵⁵:

[...] o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória.

¹⁵³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2016. Art. 37. (...)VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Na redação originária desse dispositivo havia a necessidade de lei complementar, cujo quórum de aprovação é de maioria absoluta, nos termos do art. 69, CF/88. Com a EC 19/1998 houve alteração para lei específica, permitindo que a lei pudesse ser aprovada por maioria simples, conforme art. 47, CF/88. Vale dizer que até hoje não há legislação nesse sentido, somente se conferindo o direito por decisão do Supremo Tribunal Federal.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *União homoafetiva como entidade familiar*. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

¹⁵⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 308/309.

Dentro dessa assistência moral, devem ser lembrados os ensinamentos de Maria Berenice Dias¹⁵⁶, de haver uma omissão legislativa com relação à obrigação do dever dos pais em dar aos filhos amor, afeto e carinho. Com base nisso, não pode a inobservância paterna ou materna ficar sem qualquer tipo de sanção.

Cumpra esclarecer que a presente pesquisa jurídico-científica visa, sobretudo, criar uma sanção a essa paternidade irresponsável. A falta de tempo do descendente, por uma morte precoce, em tomar qualquer tipo de providência, tanto no campo da responsabilidade civil quanto sucessório, não pode gerar um benefício ao pai ou à mãe ausente. Com base nisso, vê-se a oportunidade de um pai ou uma mãe socioafetivo buscar a exclusão de quem não cumprir com as obrigações.

Deve-se retornar à pergunta feita no início dessa seção: “Estaria o magistrado impossibilitado de estender as formas de exclusão da sucessão legalmente previstas?”. Não.

Em dada oportunidade, o STJ não alterou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que entendeu por excluir da herança pessoa que praticou maus tratos contra tio. Esse julgado está vinculado ao informativo nº 0135 do STJ¹⁵⁷, do período de 20 a 24 de maio de 2002 - REsp 334.773-RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 21/5/2002:

Apesar de o recurso não ser conhecido pela Turma, o Tribunal *a quo* entendeu que, embora o efeito da coisa julgada em relação às três prestações jurisdicionais citadas reste adstrito ao art. 468 do CPC, os fundamentos contidos naquelas decisões, trazidos como prova documental, comprovam as ações e omissões da prática de maus tratos ao falecido enquanto durou o casamento, daí a previsibilidade do resultado morte. Ressaltou, ainda, que, apesar de o instituto da indignidade, não comportar interpretação extensiva, o desamparo à pessoa alienada mentalmente ou com grave enfermidade comprovados, arts. 1.744, V, e 1.745, IV, ambos do CC [1916], redundam em atentado à vida a evidenciar flagrante indignidade, o que leva à exclusão da mulher da sucessão testamentária.

Apesar de não haver previsão legal expressa, ou de se ter julgado efetivamente o mérito do caso, entendeu o STJ por definir o citado entendimento, mantendo o que teria sido decidido no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Outro é o do Tribunal do Estado de São

¹⁵⁶ DIAS, op. cit., p. 466. Além do ensinamento da autora, pode-se falar nos deveres de cuidado, de convivência e educação moral. Isso porque, apesar de se buscar uma maior intervenção Estatal no caso da presente pesquisa jurídico-científica, considerar como um dever dos pais dar amor, afeto e carinho pode ser muito objetivo. Não se pode negar as tentativas de determinadas pessoas em ter filhos com o intuito de manter um casamento, quando, em verdade, a Constituição, ao tratar da paternidade responsável, prevê o planejamento do casal. Torna-se, portanto, discutível a obrigatoriedade de se dar amor, afeto e carinho, sendo indiscutível a necessidade de observância aos deveres de cuidado, de convivência e de educação moral.

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo 135, REsp 334.773-RJ*, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=334773&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 1º abr. 2017. Não obstante o STJ não ter conhecido do Recurso Especial, entendeu pertinente indexá-lo a um informativo, diante da relevância da matéria.

Paulo¹⁵⁸, que chegou a reconhecer a não taxatividade do dispositivo que trata da indignidade, comportando analogia:

DIREITO DAS SUCESSÕES. INDIGNIDADE. Pretendida exclusão de beneficiário de plano de pecúlio, condenado no âmbito criminal por lesão corporal seguida de morte e ocultação de cadáver. Possibilidade de aplicação do instituto da indignidade em outros campos fora da herança. Incidência do artigo 1.595 do Código Civil de 1916, vigente à época da morte. Rol que não é taxativo. Casos de indignidade que consagram uma tipicidade delimitativa, a comportar analogia limitada. Falta de idoneidade moral do algoz para ser contemplado pelos bens deixados pela vítima. Interpretação teleológica. Enquadramento no espectro finalístico da norma jurídica em análise. Indignidade reconhecida. Sentença reformada.

Ainda que não se trate de matéria intimamente ligada ao presente estudo, pode-se usar como exemplo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, julgada pelo STF¹⁵⁹ em 12/04/2012. Nesse julgado entendeu o Pretório Excelso pela possibilidade de se afastar a incidência do crime de aborto, quando se constatasse que o feto seria anencéfalo.

Como se vê pela ementa:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Essa jurisprudência representa o afastamento de uma condição descrita, pelo Legislador, como crime, sendo ela oposta à opinião da maioria da população brasileira. Isso para que se assegurasse à dignidade da mulher, à liberdade e a autonomia da vontade dela, fazendo prevalecer dispositivos constitucionais.

Além do caso apresentado, pode-se destacar o HC 124.306/RJ¹⁶⁰, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Nesse *habeas*

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 9215521-04.2007.8.26.0000*, Relator Desembargador Paulo Alcides, 6ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=9215521-04.2007.8.26.0000&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar>>.

Acesso em: 10 abr. 2017. Não se poderia imaginar que o Poder Judiciário estaria impedido de julgar, sem ter respaldo em lei ordinária, um herdeiro que tivesse cometido um ato imoral, mas que, por uma morosidade legislativa, não estivesse formalmente previsto. No caso da presente pesquisa jurídico-científica não seria o afastamento de um direito em benefício do Estado, mas sim aos demais membros da família que, ao contrário do herdeiro a ser considerado indigno, cumpriram com os deveres expressamente descritos e, ainda, implicitamente previstos, como é o caso do amor ou, ainda, dos deveres de cuidado, convivência e assistência.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 – ADPF 45*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 124.306 - RJ*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

corpus restou decidido que seria inconstitucional a incidência do crime de aborto, quando ocorresse a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre da gravidez.

Por fim, restou demonstrado que o Poder Judiciário passou a interpretar e aplicar dispositivos sem se ater a literalidade deles, possibilitando, assim, que o magistrado estenda as formas de exclusão da sucessão previstas na legislação civil.

2.4. Solução judiciária – coerência entre a regra infraconstitucional e a carta magna

A presente seção objetiva sanar a discussão em torno da insuficiência legislativa, no tocante às possibilidades de exclusão do ascendente da sucessão de seu descendente.

Com a promulgação da Constituição Cidadã houve a tutela de inúmeros direitos e a criação de deveres, que são desrespeitados sem gerar consequências. Entretanto, como se viu, esse descumprimento deve ensejar sanções, tal como a perda do direito à herança.

O art. 1º, *caput*, da CF/88 trata do Estado Democrático de Direito, que possui como característica, na visão de Novellino¹⁶¹, dentre outras, a “aplicação direta da Constituição com o reconhecimento definitivo de sua força normativa”. Por essa aplicação direta, o descumprimento de deveres, descritos nos mencionados art. 227 e art. 229 da Magna Carta, geraria um óbice para o recebimento da herança.

Por mais que se pretenda conferir uma maior segurança jurídica para os violadores do ordenamento jurídico, ao limitar as hipóteses de exclusão àquelas descritas em lei; não se pode permitir o desrespeito à Constituição, sob pena de conferir autorizações para que eles, violadores, possam atingir direitos de outrem sem serem punidos.

Não se trata de fazer justiça com as próprias mãos, mas sim de tutelar a vontade daquele que não pode mais se expressar. Por vezes a pessoa que vem a óbito não consegue deixar clara a sua manifestação de última vontade. E, ainda que conseguisse, com base na interpretação taxativa dos dispositivos, ela seria inócua.

O Código de Ética da Magistratura¹⁶², aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337, disciplina em dois dispositivos que:

¹⁶¹ NOVELINO, op. cit., p. 44.

¹⁶² BRASIL. Conselho nacional de justiça. *Código de ética da magistratura*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 29 out. 2017.

Art. 2º Ao magistrado impõe-se primar pelo respeito à Constituição da República e às leis do País, buscando o fortalecimento das instituições e a plena realização dos valores democráticos.

Art. 3º A atividade judicial deve desenvolver-se de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, objetivando assegurar e promover a solidariedade e a justiça na relação entre as pessoas.

Pelo referido Código, deve o magistrado respeitar à Constituição Federal e às Leis, sendo certo que, pela hierarquia entre elas, deve zelar pela Constituição. Deverá, ainda, garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, promovendo justiça na relação entre as pessoas. Não sendo, portanto, justo que um descumpridor de deveres se beneficie pela morosidade ou pela omissão legislativa.

Tem-se a intervenção judicial, como solução judiciária, pelo descompasso legislativo, que não acompanha o caminhar da sociedade. Em um Estado Democrático de Direito, incumbe ao Judiciário fiscalizar a compatibilidade das leis com os valores consagrados na Constituição. Do mesmo modo, cabe-lhe impor limites ao legislador, o que permite o atuar diante de omissões.

Diante do princípio da inércia da jurisdição, deverá o magistrado analisar as causas que a ele chegarem, por meio dos legitimados. O art. 1.815, *caput*, do Código Civil¹⁶³ deve ser respeitado para que a exclusão do herdeiro ou legatário seja declarada por sentença.

Desde logo cabe observar o disposto no art. 127 da Constituição Federal¹⁶⁴, que diz que ao Ministério Público se incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Bem como o que trata o art. 178, inc. I, do Código de Processo Civil¹⁶⁵, que viabiliza a intervenção ministerial, como fiscal da ordem jurídica, nos casos que envolvam interesse público ou social.

Vale mencionar o enunciado nº 116, editado pelo Conselho de Justiça Federal¹⁶⁶, na I Jornada de Direito Civil: “Art. 1.815: O Ministério Público, por força do art. 1.815 do novo Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário”.

Com relação a esse enunciado, vale trazer à baila a opinião de Vieira de Carvalho¹⁶⁷:

O enunciado em questão, pensamos, merece ser prestigiado, até com o fim de evitar que o *péssimo exemplo social* prolifere, no sentido do **indevido estímulo ao crime**, com o objetivo de obter vantagem econômica imediata, acaso o legitimado

¹⁶³ Vide nota 96.

¹⁶⁴ Vide nota 133.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ BRASIL. Conselho de justiça federal. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em 29 out. 2017.

¹⁶⁷ CARVALHO, op. cit., p. 243.

ordinário, por qualquer razão motivo, inclusive afetivo, não venha a ingressar com a demanda dentro do prazo decadencial prefixado pelo legislador [...].

O comentário feito pelo autor deve ser complementado para que se visualize qualquer objetivo e não somente a vantagem econômica. Não se pode acreditar que as pessoas cometam crimes unicamente visando o lucro.

No caso objeto de estudo, ascendente que desampara filho ou neto sem deficiência mental ou grave enfermidade, tem-se, pela corrente majoritária, a impossibilidade de se declarar a exclusão da herança. Pelo que está sendo exposto, verifica-se o equívoco dessa interpretação, sendo o Ministério Público parte legítima para buscar a exclusão desse ascendente.

Nas hipóteses de deserdação se podem incluir as causas de indignidade, por expressa previsão legal, inserida nos art. 1.962 e 1.963, ambos do Código Civil¹⁶⁸. Nas palavras de Vieira de Carvalho¹⁶⁹:

Enquanto as causas de indignidade estão previstas no art. 1.814 do Código Civil em vigor, as causas de deserdação sofrem uma ampliação, abrangendo não só as causas de indignidade, art. 1.961, do CC, como também ostentam causas específicas, relacionadas aos descendentes e aos ascendentes do testador ofendido, expressas nos mencionados arts. 1.962 e 1.963 do mesmo diploma legal [...].

Pela ampliação das causas de deserdação, que incluem as de indignidade, pode o magistrado analisar um testamento que expressamente consigne a vontade do testador de excluir o ascendente; sem que isso, contudo, torne obrigatória tal previsão. Como dizem Farias e Rosenthal¹⁷⁰, a deserdação depende de testamento, ao contrário da indignidade.

Torrano¹⁷¹ trata da disposição testamentária como sendo um “pressuposto processual de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo”. Entretanto, continua o autor, quando se tratar de causas comuns à indignidade e à deserdação, nada impede que:

o interessado persiga o afastamento do desamoroso por meio de sua declaração de indignidade, que não exige anterior disposição testamentária para o seu sucesso, pelo que não requer aquele pressuposto processual.

Não há, portanto, exigência, com relação à indignidade, de expressa manifestação de vontade por parte do *de cuius*, por haver a presunção de que ele não desejaria que o desamoroso recebesse parte da herança.

De acordo com Vieira de Carvalho¹⁷² o objetivo de ambos os institutos é “excluir da sucessão aqueles que praticaram atos reprováveis contra o falecido ou pessoas próximas a este último, exclusão operada, em ambas as hipóteses, através de decisão judicial”.

¹⁶⁸ Vide nota 57.

¹⁶⁹ CARVALHO, op. cit., p. 773.

¹⁷⁰ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., V. 7, p. 109.

¹⁷¹ TORRANO, op. cit., p. 220.

Na linha de interpretação dos legitimados, conferida por Poletto¹⁷³, tem-se como parte legítima “àquelas pessoas que possuam interesse moral, tendo em vista que a matéria ventilada diz respeito aos aspectos mais nobres e sensíveis a qualquer família”.

Para maioria da doutrina, como leciona Vieira de Carvalho¹⁷⁴, apenas seriam legitimados “aqueles que, no caso concreto, iriam substituir materialmente o indigno ou de algum modo o favorecido com o aumento do quinhão respectivo”. Torrano¹⁷⁵ traz os seguintes exemplos de legitimados:

(a) o legatário e o donatário instituído pelo sucedendo na hipótese de a exclusão lhes gerar proveito, o que ocorre, quanto ao legatário, sendo ele beneficiado com direito de acrescer; (b) o credor de sucessor do ingrato, suprindo-lhe a iniciativa em caso de inércia que a ele prejudica; (c) o terceiro de quem o desamoroso reivindique bem hereditário, se a exclusão o beneficiar; (d) o herdeiro do interessado que morreu antes do aforamento da ação de exclusão ou durante o seu curso; (e) o Estado não havendo sucessor legítimo ou testamentário; (f) o coerdeiro testamentário na hipótese de ocorrer direito de acrescer em seu benefício, bem como (g) o devedor do sucessor do ingrato se, da mesma forma, a exclusão a esse devedor beneficiar.

Em resumo, Torrano trata do legatário e do donatário, quando houver interesse econômico na sucessão, bem como o credor de sucessor¹⁷⁶, em caso de inércia. Trata, ainda, de coerdeiro e devedor do sucessor. Todas as hipóteses por ele elencadas seguem a corrente majoritária. Não se pode esquecer, contudo, da intervenção do Ministério Público.

Poletto¹⁷⁷ menciona ser inapropriado o afastamento do órgão ministerial nos casos em que os crimes cometidos não forem de ação penal pública incondicionada, haja vista ser a punição civil, além da penal, um interesse coletivo.

No direito comparado, Poletto¹⁷⁸, explana situação do direito francês, em que na ausência de outros herdeiros “estaria o Ministério Público, *Ministère Public*, autorizado a demandar o sucessor indigno nos casos de “indignidade facultativa””.

Dessa forma, quando o *parquet* se deparar com uma situação que possa ensejar uma exclusão da herança, como a apresentada na presente pesquisa jurídico-científica, deverá iniciar a ação, para obter o provimento judicial.

¹⁷² CARVALHO, op. cit., p. 773.

¹⁷³ POLETTO, op. cit., p. 336. O referido autor dá como exemplo pessoa que assassina o próprio pai, havendo inércia da irmã, que se recusa a afastar o irmão da sucessão hereditária do pai deles. Com essa inércia se abriria legitimidade para o avô do assassino, pai da vítima, ainda que não tenha direito de receber nenhum quinhão. Somando-se a esse exemplo, pode-se incluir o Ministério Público, pela autorização conferida pelo Enunciado n° 116 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, já exposto nesta seção, e, ainda, ao art. 1.814, § 2° do Código Civil, incluído pela Lei 13.532/2017.

¹⁷⁴ CARVALHO, op. cit., p. 241.

¹⁷⁵ TORRANO, op. cit., p. 239/240.

¹⁷⁶ Com relação a esse legitimado, Poletto faz críticas, no sentido de haver outras possibilidades de o credor buscar o recebimento do montante, que não a exclusão do sucessor torpe. POLETTO, op. cit., p. 336.

¹⁷⁷ POLETTO, op. cit., p. 337.

¹⁷⁸ Ibid., p. 338.

Por fim, tem-se a viabilidade da exclusão do ascendente que desampara o filho ou neto sem deficiência mental ou grave enfermidade, como forma de conferir coerência entre as normas constitucionais e as infralegais. Com isso, passa-se para o próximo capítulo, como forma de se demonstrar a possibilidade de afastamento do direito à herança.

3. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA GARANTIA À HERANÇA

Uma vez demonstrada a possibilidade de exclusão do herdeiro que deixar de cumprir com deveres previstos em lei, será tratado neste capítulo requisitos previstos tanto em leis ordinárias quanto na Constituição Federal para que ela ocorra.

Não se nega que o legislador já tenha criado formas de se afastar o direito à herança, como por meio dos institutos da indignidade e da deserdação. Contudo, tais previsões se mostram insuficientes. Isso faz com que o Judiciário, com apoio de Novelino¹⁷⁹ e Barroso¹⁸⁰, desempenhe uma função que não seria originariamente dele.

Como visto, não existem direitos fundamentais absolutos, permitindo-se, portanto, a intervenção judicial em questões que caberiam ao Legislativo. A morosidade legislativa reforça a necessidade desse amparo, para que se assegurem direitos que não seriam tutelados.

De certo que o magistrado não poderia afastar um direito fundamental sem que alguns requisitos fossem preenchidos. Isso para que não se permita que esse direito seja desrespeitado de forma casuística¹⁸¹. Para tanto, faz-se necessária a análise de requisitos previstos em lei e de requisitos implícitos, que possuem disposição expressa na CF/88.

A solução legislativa consiste na modificação do art. 1.814 do Código Civil, sendo essa alteração suficiente, em virtude de a redação dos art. 1.962 e art. 1.963, ambos do mencionado *Codex*, mencionar as hipóteses do art. 1.814. Assim, haveria a exclusão, por indignidade ou por deserdação, quando um dos deveres constitucionais não fosse cumprido.

3.1. Requisitos previstos em lei

No instituto da deserdação há a possibilidade de o autor da herança com alienação ou deficiência mental deserdar o ascendente ou descendente que o desamparar, conforme preconiza o disposto no art. 1.962, inc. IV e no art. 1.963, inc. IV, ambos do Código Civil¹⁸².

¹⁷⁹ NOVELINO, op. cit., p. 162.

¹⁸⁰ BARROSO, op. cit., p. 441/442.

¹⁸¹ Vale trazer como exemplos de deserdação descabidas: o fato de netos de judeus terem se casado com pessoas de outra religião, que não judaica, ou, ainda, o fato de uma filha ter se tornado lésbica. POLETTI, op. cit., p. 371-372.

¹⁸² Vide nota 57.

Desamparo, nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira¹⁸³, possui o mesmo significado de: “abandono afetivo, abandono de família, abandono de incapaz, abandono intelectual, abandono material, abandono moral”. Continua o citado autor¹⁸⁴, dizendo ser o desamparo: “o vazio existencial. É o sentimento de ausência de amparo do humano quando se depara com o seu inexorável vazio existencial. Semelhante à falta de cuidado, abandono”.

Com base no exposto, tem-se uma crítica de Chaves¹⁸⁵:

Há, contudo, uma perplexidade no texto normativo. Aludem os dispositivos ao parente com “alienação” ou “deficiência” mental – conceitos da Medicina que ocasionam a incapacidade absoluta ou relativa do titular, consoante disposições dos arts. 3º e 4º da Codificação Reale¹⁸⁶, a depender do grau de comprometimento da compreensão. Lembre-se, ademais, que o incapaz por motivo psíquico não pode elaborar testamento. Assim, resta explicitado um paradoxo: se a deserdação se efetiva por meio de testamento, como poderia o autor da herança incapaz mentalmente fazê-lo, se não dispõe de capacidade testamentária ativa?

Uma pergunta que demonstra as dificuldades que permeiam a deserdação. Essa problemática não está oculta aos olhos do Judiciário, como se viu no julgamento do Recurso Especial nº 334.773-RJ¹⁸⁷, em que o STJ reconheceu a causa de deserdação sem que ela estivesse expressamente descrita no testamento. Entendeu o Tribunal da Cidadania em manter a exclusão da herdeira, nos moldes da decisão judicial.

Chaves e Rosenvald¹⁸⁸ entendem que a falta do dever de cuidado, por possuir uma “feição muito mais material e objetiva, do que o subjetivismo decorrente das emoções, muitas vezes inexplicáveis, que reinam no coração humano” seria capaz de ser uma causa

¹⁸³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 216.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ CHAVES; ROSENVALD, op. cit., V. 7., p. 144.

¹⁸⁶ Os artigos 3º e 4º do Código Civil sofreram modificações com a Lei 13.146/2015, *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência*, também chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114>. Acesso em: 14 abr. 2017. Contudo, apesar de se ter legalmente limitado os absoluta e os relativamente incapazes, ainda persiste a crítica do autor, uma vez que a referida legislação não trouxe maiores contornos a respeito da elaboração testamentária ou do resguardo dos bens da pessoa tutelada por ela. Com relação à proteção dos bens, houve a tipificação do crime de “Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão, benefícios, remuneração ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência”, art. 89, *caput*, com aumento de pena se for cometido por testamentário, dentre outros, conforme parágrafo único, inciso I do mesmo dispositivo.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo 135, REsp 334.773-RJ*, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=334773&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 1º abr. 2017. Informativo 0135, período de 20 a 24 de maio de 2002: “[...] apesar de o instituto da indignidade, não comportar interpretação extensiva, o desamparo à pessoa alienada mentalmente ou com grave enfermidade comprovados (arts. 1.744, V, e 1.745, IV, ambos do CC [1916]) redonda em atentado à vida a evidenciar flagrante indignidade, o que leva à exclusão da mulher da sucessão testamentária”.

¹⁸⁸ CHAVES; ROSENVALD, op. cit., V. 7, p. 144. A afirmativa dos autores de que o abandono afetivo não ter caráter de ato ilícito perde a força com o entendimento do STJ, exposto no Recurso Especial nº 1.087.561-RS, de Relatoria do Ministro Raúl Araújo, julgado em 13/6/2017, por unanimidade e publicado no informativo nº 609, de configurar ilícito civil o descumprimento voluntário do dever de assistência. Esse julgado será melhor abordado na próxima seção – 3.2. Requisitos implícitos – expressos na Constituição.

deserdativa. Apesar de não concordarem que o abandono afetivo ensejaria deserdação, assim pensam com base em um entendimento superado do STJ: de que “o abandono afetivo não tem caráter de ato ilícito”. Como visto, há a possibilidade de se ter o dano moral afetivo.

Vale mencionar um trecho do Recurso Especial nº 1.159.242/SP, trazido por Ainah Hohenfeld¹⁸⁹:

Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear a compensação por danos morais por abandono psicológico.

Ultrapassando a posição restritiva da leitura taxativa das causas de deserdação e de indignidade, vê-se, na visão de Poletto¹⁹⁰:

[...] que as causas que podem ensejar a privação da legítima não são unicamente aquelas que a lei enumera naquele momento, podendo ser encontrados em outros pontos do texto legal comportamentos tão ou mais ofensivos que merecem idêntica sanção por parte das normas de direito privado.

Nessa linha de raciocínio, um exemplo de conduta ofensiva que mereça sanção, por parte das normas de direito privado, é a perda do poder familiar, previsto no art. 1.638 do Código Civil¹⁹¹. Essa perda ocorre quando o detentor do poder familiar aplica castigo imoderado, abandona o filho, age de forma contrária à moral e aos bons costumes, ou, ainda, quando, reiteradamente, abusar da autoridade, faltando com deveres inerentes ao poder familiar ou arruinar os bens dos filhos¹⁹².

Maria Berenice Dias¹⁹³ diz que o mencionado art. 1.638 é meramente exemplificativo, uma vez que “Como deve prevalecer o interesse dos filhos, a postura incompatível dos pais autoriza a destituição do poder familiar”. Em posicionamento contrário, Chaves¹⁹⁴ diz que:

¹⁸⁹ ANGELINI NETA, Ainah Hohenfeld. *Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo*. Paraná: Juruá, 2016, p. 174.

¹⁹⁰ POLETTO, op. cit., p. 372.

¹⁹¹ BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

¹⁹² BRASIL. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017. Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

¹⁹³ DIAS, op. cit., p. 472/473.

¹⁹⁴ CHAVES; ROSENVALD, op. cit. V. 6, p. 81. Apesar de os autores dizerem que seriam *numerus clausus*, a explicação que dão para que assim seja corrobora com o argumento de Maria Berenice Dias, de que seriam

[...] tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna.

Não se pode, contudo, fazer uma leitura isolada do art. 1.638 do Código Civil¹⁹⁵, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁹⁶, em seus art. 22 e art. 24, também tutelam o bem jurídico que ele protege.

A autora, Dias¹⁹⁷, menciona que o inciso I do citado artigo, que trata do castigo imoderado, teria sido revogado tacitamente pela Lei 13.010/2014, Lei Menino Bernardo ou Lei da Palmada. A referida legislação passou a vedar “o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante” sob qualquer pretexto por qualquer pessoa encarregada de cuidar, de tratar, de educar ou de proteger a criança ou o adolescente¹⁹⁸.

Com relação ao abandono, verifica-se que o Código Penal tipificou condutas para proteger os abandonos material¹⁹⁹ e intelectual²⁰⁰. Não haveria, contudo, a necessidade de se

numerus abertus. Isso porque a perda do poder familiar se presta para tutelar a criança ou o adolescente, que podem ter direitos reduzidos ou eliminados.

¹⁹⁵ Vide nota 171.

¹⁹⁶ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 24 out. 2017. Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 24. A perda e a suspensão do ~~pátrio poder~~ poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

¹⁹⁷ DIAS, op. cit., p. 474. Ao contrário do que pensa a autora, pode-se entender pela não revogação do art. 1.638 do Código Civil. Em uma primeira análise, por não haver expressa disposição na Lei 13.010/2014 a respeito de qualquer tipo de revogação de norma em sentido contrário. Além disso, o fato de o Estatuto da Criança e do Adolescente passar a vedar qualquer tipo de castigo não significa dizer que a tolerância ao castigo moderado, como ela cita, teria deixado de existir. Apesar da vedação não previu o legislador que qualquer castigo ensejaria a perda do poder familiar. Não há, portanto, incompatibilidade de normas. Contudo, apesar de ser uma forma radical de interpretar um dispositivo, poder-se-ia dizer que qualquer tipo de castigo possibilitaria a propositura de ação visando a perda desse poder.

¹⁹⁸ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017. Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014) (...).

¹⁹⁹ BRASIL. *Código Penal*, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017. Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741,

ter uma condenação no âmbito penal para que houvesse análise no cível, pela existência da independência entre essas esferas. Assim, poderia o Ministério Público, diante do abandono da criança ou do adolescente, pleitear a destituição do poder familiar, por meio de ação própria.

Maria Berenice²⁰¹ menciona que “a identificação da prática de atos que afrontem a moral e os bons costumes é aferida objetivamente, incluindo as condutas que o direito considera ilícitas”. Contudo, admite a autora²⁰² que o juiz poderá considerar outros atos que importem em incompatibilidade com o poder familiar ou que se afigurem como abuso de autoridade. Isso porque ela considera o melhor interesse da criança e do adolescente como o ponto mais importante dessa relação.

As causas que ensejam a perda do poder familiar poderiam ser suficientes para afastar o direito ao recebimento de herança do ascendente que desampara o descendente sem deficiência mental ou grave enfermidade. Contudo, deve-se somar a isso uma condenação por dano moral afetivo ou por atos que o ensejem, uma vez que a morte pode vir a qualquer tempo, independentemente de idade ou de estilo de vida. Reforça-se que o STJ²⁰³ já permitiu a deserdação sem previsão testamentária.

Além dessas possibilidades, Poletto²⁰⁴, relembra que uma das causas de revogação da doação é a recusa de alimentos ao doador, quando ele necessite, pelo donatário que possui condições financeiras de fazê-lo. Assim, não poderia esse indivíduo que negou alimentos ser visto como um herdeiro legítimo, simplesmente por sua conduta não figurar como uma causa de deserdação.

de 2003) Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968) Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (Incluído pela Lei nº 5.478, de 1968).

²⁰⁰ BRASIL. *Código Penal*, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017. Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

²⁰¹ DIAS, op. cit., p. 474.

²⁰² Ibid.

²⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo 135, REsp 334.773-RJ*, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=334773&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 1º abr. 2017. Informativo 0135, período de 20 a 24 de maio de 2002: “[...] apesar de o instituto da indignidade, não comportar interpretação extensiva, o desamparo à pessoa alienada mentalmente ou com grave enfermidade comprovados (arts. 1.744, V, e 1.745, IV, ambos do CC [1916]) redundam em atentado à vida a evidenciar flagrante indignidade, o que leva à exclusão da mulher da sucessão testamentária”. Trata-se de jurisprudência baseada no Código Civil de 1916 e aplicável ao Código Civil de 2002.

²⁰⁴ POLETTI, op. cit., p. 373.

O citado autor²⁰⁵ menciona que:

Seria conveniente que os doutrinadores e os formadores da jurisprudência nacional começassem a deixar de interpretar e racionar o direito privado como se estivéssemos em Roma, no direito justiniano, ou como ainda vivéssemos sob a vigência das Ordenações do Reino português.

Deve-se lembrar que a interpretação taxativa das causas de deserdação podem ensejar grandes injustiças, como permitir que o filho que espanca a mãe não seja deserdado pelo pai²⁰⁶. Outro exemplo seria considerar que a ofensa física, prevista nos art. 1.962, inc. I e art. 1.963, inc. I, ambos do Código Civil, seria unicamente a lesão corporal. Chaves²⁰⁷ cita a violação sexual mediante fraude e o estupro de vulnerável como outros tipos de ofensa física.

Em outra obra, Maria Berenice²⁰⁸ diz que “a afetividade é o princípio geral do direito das famílias, com clara repercussão no campo sucessório”. E que, em razão disso, bastaria a “quebra de afeto entre herdeiros necessários” para que ocorresse a deserdação. Diz a autora²⁰⁹ que isso seria a chamada “falta da boa-fé familiar, motivação suficiente como causa à deserdação”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente²¹⁰, Lei 8.069/1990, prevê em seu art. 4º, *caput*, um dever da família de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação de inúmeros

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Ibid., p. 375. Isso porque a ofensa física, descrita no art. 1.962, inc. I, do Código Civil é pessoal, não sendo essa ofensa uma causa de indignidade descrita no art. 1.814, do Código Civil. Assim, uma interpretação taxativa autorizaria tão somente que a mãe, que foi agredida, deserdasse o filho, não podendo o pai excluí-lo por indignidade ou deserdação.

²⁰⁷ CHAVES; ROSENVALD, op. cit., p. 140. Não se pode, ainda, esquecer do estupro, previsto no art. 213 do Código Penal: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)” - BRASIL. *Código Penal*, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

²⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 326.

²⁰⁹ Ibid. Vale aqui mencionar que a quebra da afetividade pode ocorrer por conta da sexualidade de determinado membro familiar, como já exposto – pessoa que deserdou a filha por ela ser homossexual. Assim, deve-se dar uma interpretação condizente com a Constituição Federal, isto é, que a falta do afeto por formas discriminatórias não possibilitaria a deserdação. Pensar de forma diferente violaria um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, inc. IV da Constituição Federal: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” - BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

²¹⁰ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017. “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (...)” A Constituição Federal, em seu art. 227, *caput*, trouxe redação semelhante, conferindo, ainda, proteção ao jovem, que pelo art. 1º, §1º da Lei 12.852/2013, seriam todas as pessoas com idade compreendida entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade. Assim, tal interpretação também poderia ser aplicável ao jovem, conferindo uma ampliação que o legislador ordinário não deu, mas que a Constituição previu. – BRASIL. *Estatuto da Juventude – Lei 12.852*, de 5 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.Htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

direitos das crianças e dos adolescentes. O legislador previu direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

No art. 5º, previu a referida legislação²¹¹, que as crianças e os adolescentes não serão objeto de quaisquer formas de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão. Havendo, ainda, a punição para qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Assim, pode-se concluir que todos os atos apresentados nesta seção seriam passíveis de deserdação. Salienta-se que, apesar de não ser muito técnico, poder-se-ia reconhecer essas causas de deserdação *post mortem*, por meio de interpelação judicial. Isso com base em precedente já mencionado do STJ.

Importante destacar a crítica feita por Berenice²¹², no tocante à impossibilidade de deserdação do ascendente que deixa de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar:

Assim, pais que deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar não podem ser deserdados, ainda que desatendam ao comando constitucional que impõe à família assegurar, com absoluta prioridade, a proteção a crianças e adolescentes, CF, art. 227. Logo, o genitor que abandonou o filho ainda criança, deixando-o em total desamparo, pode ser seu herdeiro, mesmo tendo cometido o delito de abandono material, CP, art. 244; e estar sujeito à destituição do poder familiar, CC, art. 1.638, II.

Não seria justo ou moral permitir que esse indivíduo seja herdeiro, unicamente por haver previsão constitucional que garanta o direito à herança e que o legislador não tenha previsto tal conduta como ato a ensejar exclusão hereditária. A autora²¹³ relembra que “tal postura omissiva não autoriza que o pai pleiteie alimentos do filho, por desatender ao princípio da solidariedade familiar, nada justificando que possa ser herdeiro”.

Torrano²¹⁴ menciona que “a sucessão hereditária fulcra-se na afeição do autor da herança pelo sucessor. E, nesse sucessor, tal afeição deve gerar apreço, gratidão, estima, ternura àquele e às suas vontades e disposição”. Assim, deve, ainda, o magistrado se pautar nessa afeição para que, com base em hipóteses previstas em outros dispositivos, possa afastar o direito à herança daquele que não a merece.

Como se os citados dispositivos não fossem suficientes, existem dispositivos constitucionais que, por si só, seriam capazes de impedir que essa injustiça ocorresse. Isso por

²¹¹ BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017. É válido o mesmo comentário feito na nota 194.

²¹² DIAS, op. cit. Sucessões, p. 329.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ TORRANO, op. cit., p. 88.

haver o entendimento de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza²¹⁵. Com isso, passa-se para a próxima seção, em que serão analisados os requisitos contidos da Constituição Federal.

3.2. Requisitos implícitos – expressos na Constituição

O legislador descreveu requisitos para que ocorresse a exclusão de uma pessoa da herança, podendo-se entender, por uma leitura em contrário senso, que o não preenchimento deles asseguraria o recebimento. De certo que isso não seria suficiente, devendo-se observar a ordem de vocação hereditária, a presença ou não de testamento, dentro outros. Entretanto, esclarece-se acerca da existência de outros requisitos implícitos, que se encontram expressos na Constituição Federal.

Na sessão anterior foram expostas situações, previstas em lei, que, por si só, não poderiam afastar o direito à herança, em virtude do entendimento de que norma legal não afastaria aplicação de norma constitucional. Contudo, pela compatibilização de normas constitucionais se vê a possibilidade de se mitigar direitos.

Essa interpretação permite sobrepor deveres constitucionais em detrimento do rol das causas de exclusão da herança. Haveria, portanto, um requisito constitucional²¹⁶ para que os requisitos legais fossem analisados. Somente com o cumprimento dele que o herdeiro poderia ser submetido à análise dos ditames legais.

Como já mencionado em capítulo antecedente, a proteção da herança também é uma forma de se assegurar que o patrimônio permaneça dentro do mesmo núcleo familiar. Maria

²¹⁵ LEITE, Danielle Moraes. *Teorias consecutórias do abuso de direito*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/danielleleite.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

²¹⁶ O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RMS 28200 AgR/ DF, Relatoria Ministro Roberto Barroso, entendeu pela “necessidade de demonstração, por entidade, do cumprimento dos requisitos constitucionais para a fruição da imunidade”. A imunidade, apesar de ser regulada pela Lei Tributária, também possui requisitos na Constituição Federal, tal como instituições de educação e de assistência social não terem fins lucrativos, art. 150, VI, “c” – “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;”. Pode-se, então, interpretar que o direito a herança, que está atrelado às relações familiares, deve observar o disposto no Capítulo VII da Constituição Federal, que trata “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS 28200 AgR/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13947681>>. Acesso em: 28 out. 2017. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

Berenice Dias²¹⁷ menciona que “a escolha dos parentes que irão suceder pressupõe que o desejo das pessoas é contemplar os mais chegados”.

Diante disso, não bastaria que o indivíduo se abstinhasse de cometer um ato de indignidade ou de deserção. A observância do dever de prestar auxílio, moral e material, descrito no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal²¹⁸ se faz relevante.

De acordo com entendimento do STJ²¹⁹, Recurso Especial nº 1.087.561-RS, de relatoria do Ministro Raul Araújo:

O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002.

Com base nesse entendimento se avançou a responsabilização por dano moral afetivo, como se vê no destaque²²⁰ do informativo 609: “A omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material do filho gera danos morais, passíveis de compensação pecuniária.”. Diante disso, poder-se-ia reforçar a possibilidade de não ter direito o genitor ou a genitora, que desamparasse o descendente sem deficiência mental ou grave enfermidade, ao recebimento da herança.

O cumprimento de um dever constitucional deve ser interpretado como um requisito implícito para o recebimento da herança. Em outro sentido, afirmar-se-ia que o descumprimento dele afasta o direito dos ascendentes de suceder.

Deve-se destacar um trecho do mencionado Recurso Especial²²¹, em que o Ministro Raul Araújo menciona que:

O dever de convivência familiar, compreendendo o dever dos pais de prestar auxílio afetivo, moral e psíquico aos filhos, além de assistência material, é direito fundamental da criança e do adolescente, consoante se extrai da legislação civil, de matriz constitucional, Constituição Federal, art. 227.

Diante desse entendimento, a omissão voluntária do ascendente, que desampara o descendente, constitui um ato ilícito. Não se pode, portanto, permitir que uma pessoa que tenha cometido um ato ilícito seja recompensada com uma herança.

Torrano menciona lição de Carlos Maximiliano²²² que diz:

²¹⁷ DIAS, op. cit. Sucessões, p. 39.

²¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 out. 2017. Vide nota 60.

²¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo 609, REsp 1.087.561-RS*, Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1087561&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 21 out. 2017.

²²⁰ Ibid.

²²¹ Ibid. Inteiro teor, p. 5 de 40.

²²² MAXIMILIANO apud TORRANO, op. cit., p. 88/89.

[...] o direito de suceder se fundamenta na afeição, real ou presumida, do *de cuius*, a qual deve, no herdeiro, despertar acatamento, gratidão, amizade e respeito à pessoa do hereditando e às suas vontades, preferências, inclinações. Logo, uma conduta reveladora de carência de tais sentimentos, uma prova irrefragável da perversidade do sucessor para com o autor da herança, uma falta de amor, uma excessiva ambição devem provocar um castigo lógico, que é a perda do direito sucessório.

Na visão dos mencionados autores, Maximiliano e Torrano, para que ocorresse sucessão seria necessário haver afeição entre o *de cuius* e quem busca suceder. Isso por considerarem²²³ que o falecido “não deixaria a sua riqueza ao sucessível se tivesse sabido que este procedera para com ele, ou para com a sua memória, como pessoa sem escrúpulos, cobiçoso, ingrato, ou, mesmo, de forma criminoso”.

Por mais que Luiz Paulo Vieira de Carvalho²²⁴ tenha posicionamento diverso do exposto na presente pesquisa jurídico-científica, deve-se destacar uma referência que ele faz a Caio Mário da Silva Pereira, consistente em dizer que “o fundamento ético da indignidade repousa na repugnância em que a ordem jurídica e a ordem moral têm no sentido de alguém extrair vantagens do patrimônio de pessoa a quem ofendeu”.

Destaca, ainda, Carvalho²²⁵ que o instituto da indignidade se presta a “constituir um fato que previne e pune o ilícito do sucessor”. Não se pode negar o fato de que uma punição somente deve ocorrer quando precedida de um ilícito.

Acima de tudo, deve-se ter em mente que esse sucessor não pode ter como lucrativa a conduta praticada por ele, isso é, não poderia o ascendente que não participou da vida do descendente ser premiado com o direito de herança. Na mesma linha desse entendimento se tem o de José de Oliveira Ascensão²²⁶, que esclarece: “muitas vezes, com a sanção procura-se também evitar que o acto ilícito se torne lucrativo para aquele que o praticou”.

Para Poletto²²⁷ o “ato ilícito é a “violação voluntária de dever””, destacando que tal violação se refere tanto ao dever violado, ou ilicitude, quanto à voluntariedade. Assim, continua o autor:

O dever violado ou a ilicitude corresponde ao aspecto geral e abstrato considerado pela norma legal, ou seja, é a violação do direito de outrem ou a violação de disposições legais ou contratuais destinadas a proteger interesses alheios, enquanto a voluntariedade se expressa por meio da culpa ou dolo do agente ou omitente em face das circunstâncias concretas.

²²³ Ibid., p. 89.

²²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 17. ed. revista e atualizada por MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. V. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 32. *apud* CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 235-236.

²²⁵ Ibid.

²²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 154.

²²⁷ POLETTO, op. cit., p. 46.

Vale mencionar que essa violação de direito não implica, necessariamente, em responsabilização penal, pois como já restou demonstrado nesta pesquisa jurídico-científica, há uma independência entre as esferas civil e criminal. Com isso, como afirma Poletto²²⁸, “a imputabilidade civil também não está atrelada à imputabilidade penal”.

Importante relembrar que dentre as causas de indignidade e de deserdação²²⁹ somente uma delas não constitui mais ilícito penal. Essa causa de deserdação se refere às relações ilícitas entre as pessoas descritas no art. 1.962, inc. III e no art. 1.963, inc. III, ambos do Código Civil, que até 2005 era considerado crime de adultério²³⁰. Isto é, até o advento da Lei 11.106/2005 todas as causas de exclusão da herança estavam ligadas a um ilícito penal.

Não poderia, portanto, prevalecer essa dependência do direito sucessório ao direito penal, permitindo-se, a partir da interpretação de normas constitucionais e legais, que ocorra exclusão da sucessão com base na responsabilização civil. O STJ²³¹ possui o entendimento de que:

Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho, ato ilícito, o trauma psicológico sofrido, dano a personalidade, e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claro e conectados.

Com base nesse julgado é possível verificar que o ato ilícito deve restar caracterizado para que a sanção civil seja aplicada. Dessa forma, para que ocorresse a exclusão bastaria o preenchimento de formalidades, que serão melhor detalhadas na próxima seção, sendo certo que o reconhecimento do desamparo material ou moral se impõe.

Ao não se reconhecer o requisito implícito de cumprimento do estabelecido no art. 227 da Constituição Federal para que se possa ter resguardado o direito à herança, acaba-se por privilegiar um ascendente displicente. Com a evolução da jurisprudência em se reconhecer o dano moral afetivo, justamente quando o ascendente viola os deveres expostos no mencionado dispositivo, tem-se a necessidade de se proceder à exclusão do ascendente que desampare o descendente sem deficiência mental ou grave enfermidade.

²²⁸ Ibid., p. 52.

²²⁹ Descritas no art. 1.814, no art. 1.962 e no art. 1.963, todos do Código Civil – vide nota 57.

²³⁰ O crime de adultério estava previsto no art. 240 do Código Penal, sendo revogado pela Lei 11.106/2005.

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1557978/DF*. Relator: Moura Ribeiro. Terceira Turma. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 22 out. 2017.

3.3. Necessidade de preenchimento de formalidades para resguardar a herança

Como já referido não se busca reduzir direitos de indivíduos sem que se tenha previsão legal. Pelo contrário, procura-se tutelar a vontade do *de cujus* em destinar os bens dele para os parentes mais próximos, bem como resguardar o outro ascendente e o cônjuge sobrevivente. Conferindo-se, assim, maior efetividade às normas constitucionais e legais.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald²³² ensinam que “a fonte principal da norma do Direito das Famílias é a norma constitucional, que, em seus arts. 226 e 227, estabelece regras e princípios relativos à família, que é reconhecida como base da sociedade brasileira”. Não devem, tão somente, as normas legais serem interpretadas à luz das constitucionais, por haver o dever de se observar a Constituição Federal antes do Código Civil.

Continuam os mencionados autores²³³ lecionando que:

[...] o nosso Direito das Famílias tem a Constituição da República como diploma legal norteador da matéria, traçando os seus princípios e regras básicas e fundamentais. E, exatamente em razão da primazia e altitude da norma constitucional, é imprescindível destacar que todo o tecido normativo infraconstitucional está vinculado às diretrizes básicas do Direito das Famílias traçadas pelo constituinte. Notadamente nos arts. 226 e 227 do Texto Magno, foram esculpidas as pedras angulares do sistema jurídico das famílias, estabelecendo as suas diretrizes básicas.

Essa base do direito de família, tratada por Farias e Rosenvald, também se encontra ligada ao direito sucessório. Reforça-se a observação deles²³⁴, de que a legislação infraconstitucional está “condicionando a sua validade à adaptabilidade com as normas-princípios e normas-regras emanadas do Texto Constitucional”.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho²³⁵ relembra que, no direito romano, “o falecido teria o dever de afeição, *officium pietatis*”, destacando trecho de Carlos Alberto da Mota Pinto²³⁶, que dizia que esse dever seria “a favor dos que, afetivamente, a ele estariam mais ligados, cabendo-lhe ampará-los economicamente para depois de sua morte, principalmente em se tratando de descendentes ou ascendentes”.

Por uma leitura e uma compatibilização das normas constitucionais, tem-se a exigência do cumprimento dos deveres impostos pela CF/88 para que os direitos possam ser resguardados. Diante disso, o ascendente ou descendente somente poderia ser considerado

²³² FARIAS; ROSENVALD, op. cit., V. 6, p. 34.

²³³ Ibid.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ CARVALHO, op. cit., p. 8.

²³⁶ PINTO apud CARVALHO, op. cit., p. 8.

herdeiro caso tivesse cumprido os deveres constitucionalmente impostos. Um exemplo se encontra no art. 229 da Constituição²³⁷: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Não haveria, portanto, uma violação à taxatividade da indignidade ou da deserdação, reconhecida por autores como Vieira de Carvalho²³⁸. Isso por se propor uma leitura constitucional dos dispositivos legais, logo, para que houvesse a observância dos dispositivos do Código Civil, referentes à indignidade e à deserdação, haveria a necessidade de análise e cumprimento dos deveres constitucionais.

O recebimento da herança não se dá tão somente pela necessidade de transmissão da propriedade, mas como forma de consolidação da família²³⁹. Torrano²⁴⁰ destaca que a “sucessão hereditária se fulcra na afeição do autor da herança pelo seu sucessor. E, nesse sucessor, tal afeição deve gerar apreço, gratidão, estima, ternura àquele e às suas vontades e disposição”.

Pelo descumprimento dos deveres constitucionalmente impostos, o ascendente ou o descendente não possuiria capacidade sucessória que, de acordo com Maria Berenice Dias²⁴¹, seria “a aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cuius*”. Observa Vieira de Carvalho²⁴², que “para que se possa ter capacidade para suceder, é preciso que ela exista por ocasião da abertura da sucessão e seja vocacionada *in concreto*, relativamente ao autor de determinada herança”.

Com base nisso, questionar-se-ia acerca da capacidade para suceder do ascendente que desampara o descendente, o que superaria a observância das causas de indignidade e de deserdação. Isso porque, antes de se observar as formalidades legais se faz necessário o preenchimento dos deveres constitucionais. Logo, se não houver cumprimento dos deveres não chegará, o ascendente, a receber a herança.

Vale mencionar às críticas relacionadas à taxatividade desses dispositivos²⁴³, feitas por Cristiano Chaves, Nelson Rosendal²⁴⁴, Carlos Eduardo Poletto²⁴⁵ e Maria Berenice²⁴⁶.

²³⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

²³⁸ CARVALHO, op. cit., p. 237/786. Cumpre esclarecer que o referido autor, na apresentação deste trabalho, no dia 07/06/2018, na sede da EMERJ defendeu: “a aplicação dos mencionados institutos para outros ramos do Direito, fora do ramo do Direito Sucessório, como o Previdenciário. Não se tratando de se suprir uma lacuna, mas se preencher por analogia uma regra que não existe no Direito Previdenciário.”

²³⁹ TORRANO, op. cit., p. 87.

²⁴⁰ Ibid., p. 88.

²⁴¹ DIAS, op. cit. Sucessões, p. 120.

²⁴² CARVALHO, op. cit., p. 162.

²⁴³ Art. 1.814, art. 1.962 e 1.963, todos do Código Civil. Vide nota 57.

Para os mencionados autores não poderia o legislador limitar ou prever todas as causas de exclusão. Deve-se revelar o seguinte trecho de Dias²⁴⁷:

Cabe mais uma vez destacar a absurda limitação das causas de deserdação à nominata legal. Nitidamente acanhado o elenco, deixando de admitir a possibilidade de outras práticas, tão ou mais severas, levarem à exclusão do herdeiro. (...) Ora, como a deserdação depende de reconhecimento judicial, descabida a tentativa legal de prever todas as posturas que autorizam a deserdação. Ao depois, é exigida a prova cabal da causa que ensejou a exclusão do herdeiro. Melhor seria deixar ao arbítrio do juiz decidir se o motivo alegado pelo testador foi tão reprovável que justiça ser o herdeiro aliado da herança.

O posicionamento de Maria Berenice torna clara a necessidade de se analisar o cumprimento dos deveres constitucionalmente previstos, diante da impossibilidade de o legislador prever todas as causas que possam gerar a exclusão do herdeiro. Observa-se o ensinamento dado pela mencionada autora²⁴⁸ de que: “A perversidade humana vai muito além da imaginação do legislador”.

Sabedor dessa perversidade humana e da morosidade legislativa, o Poder Judiciário, em algumas oportunidades, como já exposto, flexibilizou a taxatividade dos institutos da indignidade e da deserdação. Deve-se recordar a decisão do STJ²⁴⁹, no REsp 334.773-RJ, que considerou uma causa de deserdação como sendo uma “flagrante indignidade”. E, ainda, do Tribunal do Estado de São Paulo²⁵⁰, no tocante à “possibilidade de aplicação do instituto da indignidade em outros campos fora da herança”.

Poletto²⁵¹, ao tratar de peculiaridades do direito sucessório suíço, fala da existência de duas situações de deserdação, sendo a segunda delas mais direcionada ao presente estudo. Essa segunda situação, narrada por Poletto²⁵², trata da sanção ao herdeiro que viole “os

²⁴⁴ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., V. 7, p. 111.

²⁴⁵ POLETTO, p. 365-366.

²⁴⁶ DIAS, op. cit. Sucessões, p. 308/309; 325/326.

²⁴⁷ Ibid. 325/326. Entretanto, não se pode deixar todas as hipóteses ao arbítrio do juiz, haja vista se tratar de uma sanção civil, o que deixaria, por demais, aberta a possibilidade de exclusão. Por tal motivo, deve o magistrado, ao fundamentar a exclusão do herdeiro, observar o disposto nos mencionados art. 227 e art. 229 da Constituição Federal, por serem normas que geram deveres aos ascendentes e aos descendentes.

²⁴⁸ Ibid., 326.

²⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo 135, REsp 334.773-RJ*, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=334773&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 1º abr. 2017.

²⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 9215521-04.2007.8.26.0000*, Rel. Des. Paulo Alcides, 6ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=9215521-04.2007.8.26.0000&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

²⁵¹ POLETTO, op. cit., p. 415.

²⁵² Ibid.

deveres oriundos do direito de família que lhe incumbiam legalmente, abarcando não somente as prestações de cunho pecuniário, como também os deveres de assistência imaterial”.

Torrano trata do ensinamento de Washington de Barros Monteiro²⁵³, que dizia que:

[...] o instituto da indignidade, e também o da deserção, pode-se acrescentar, inspira-se num princípio de ordem pública, porque à consciência social repugna, sem dúvida, que uma pessoa suceda a outra, depois de haver cometido contra ela atos lesivos de certa gravidade.

Essa visão traz os institutos da indignidade e da deserção como normas de ordem pública. Destaca-se o ensinamento de Gustavo Tepedino²⁵⁴:

A relação entre direito civil e ordem pública, noções tradicionalmente tão díspares, que apenas se tangenciavam nos limites de seus campos de atuação, revela a irradiação dos princípios constitucionais nos espaços de liberdade individual. Com efeito, a partir da interferência da Constituição no âmbito antes reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública há de ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República.

Não se pode, portanto, ignorar os fundamentos e os objetivos fundamentais da República nas relações familiares. Por ser, ainda de acordo com Tepedino²⁵⁵, imprescindível a “aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado”.

O art. 226, *caput*, da Constituição Federal²⁵⁶, diz que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, não sendo, esta pesquisa jurídico-científica, uma afronta à vontade do legislador. Isso porque os elaboradores do Código Civil tão somente adaptaram normas que já eram previstas em 1804, como já exposto. Dessa forma, cabe aos aplicadores de direito compatibilizar as normas constitucionais com a realidade da sociedade.

Frisa-se que o art. 227, *caput*, da Constituição²⁵⁷, traz um dever da família de assegurar inúmeros direitos à criança, ao adolescente e ao jovem, dentre eles, os direitos à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade e à convivência familiar. Portanto, o ascendente que deixa de conviver com o filho acaba por lhe tolher um direito constitucionalmente previsto.

A ausência na convivência faz com que o ascendente deixe de cumprir com outros deveres, como os previstos no art. 229 da CF/88²⁵⁸, de assistir, criar e educar os filhos.

²⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 35. ed. atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 63, *apud* TORRANO, op. cit., p. 89/90.

²⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional*. Boletim científico. Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7782/BC_017_Art08.pdf?sequence=2&isAllo wed=y>. Acesso em: 28 out. 2017.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Vide nota 60.

²⁵⁷ Vide nota 60.

²⁵⁸ Vide nota 60.

Não se poderia permitir que o ascendente ausente concorresse com outro presente. Haveria o desprestígio ao princípio da paternidade responsável, por se premiar o irresponsável. A não exclusão desse indivíduo da sucessão faria com que a abstenção fosse lucrativa, afinal, não participou da vida do filho e, ainda assim, conseguiu participar da divisão patrimonial dele, que deveria ser reservada aos mais próximos.

Deve-se destacar que a proteção da norma civil, com relação aos direitos fundamentais, nada mais é do que um regulamento. Dessa forma, quando houver incompatibilidade entre direitos e deveres constitucionalmente previstos poderá o magistrado romper com os dizeres da lei civil, conferindo maior proteção a quem o legislador se omitiu.

Assim, diante do conflito entre a correta aplicação da lei ou a justa solução para o caso em concreto, deve ser analisada a necessidade de preenchimento de requisitos constitucionais, consubstanciados no exercício dos deveres familiares, interpretados pela jurisprudência e pela doutrina.

Tudo isso para se comprovar a viabilidade ou a necessidade de se poder excluir da sucessão o ascendente que desampara o filho sem deficiência ou enfermidade, como forma de proteger o outro que prestava assistência.

Para que se possa conferir uma maior divisão entre os três poderes, faz-se necessária a exposição de uma solução legislativa, já que se constatou a viabilidade, pelo Poder Judiciário, de declarar a exclusão da sucessão do ascendente que desampara o descendente.

3.4. Solução legislativa

Na indignidade há uma presunção de que o *de cuius* não gostaria que o herdeiro ou legatário, que tenha praticado um ato considerado indigno, receba a sua herança. No entanto, tal presunção não existe na deserdação. Leciona Viera de Carvalho²⁵⁹ que “a indignidade deriva tão só da lei e da decisão judicial” enquanto que “a deserdação deriva não só da lei e da decisão judicial, mas, sobretudo, da intenção do testador aposta em testamento”.

Esse ponto legal em comum, entendimento majoritário na doutrina, é o que torna necessária a exposição dessa solução legislativa. Com a alteração poderá haver a aplicação

²⁵⁹ CARVALHO, op. cit., p. 259.

direta da Constituição Federal, uma vez que ela estará descrita no Código Civil, como requer autores como Carvalho, que defendem a taxatividade.

Torrano²⁶⁰ leciona que em ambos os institutos, indignidade e deserdação, possuem como finalidade a “vontade do autor da herança, que, indubitavelmente, não deseja ver aquele que contra si agiu de forma ignóbil recolher os bens por ele havidos durante a vida”. Pode-se, ainda, dizer que a sociedade compartilharia desse sentimento do autor da herança. Isso é, não gostaria de ver uma pessoa, que não cumpriu com os deveres dela, ser beneficiada.

Não se poderia permitir uma alteração legislativa para classificar tal descumprimento como causa de deserdação. Isso porque a morte não possui data específica, o que faz com que ela chegue a qualquer momento. Dessa forma, deve-se usar a presunção de vontade reconhecida na indignidade. Nas palavras de Torrano²⁶¹:

Na indignidade, a vontade do hereditando é presumida. Diz-se presumida dado o fato de que, na hipótese, o *de cujus*, não se manifesta pela exclusão. Mesmo vítima de causa legal de afastamento, mantém-se silente. Entende-se, entretanto, que a privação da herança ou do legado é a sua vontade porque, praticado contra si, ou contra pessoas indicadas no CC, o ato que a enseja, caso não a deseje, ele pode perdoar, expressa ou tacitamente, o seu ofensor.

Essa presunção deve ser usada para a exclusão da sucessão do ascendente que desampara o descendente, possibilitando que os legitimados produzam provas para demonstrar que, se vivo fosse, o *de cujus* não desejaria que esse ascendente fosse seu herdeiro ou legatário.

Essa interpretação não reflete em mistura sem fundamento dos institutos, uma vez que os próprios art. 1.962 e art. 1.693 fazem referência ao art. 1.814²⁶². Destaca-se o ensinamento de Carvalho²⁶³:

Embora todos os motivos que levam à indignidade também possam levar à deserdação, art. 1.961 c/c o art. 1.814, incisos I a III, ambos do CC, essa última pode ainda derivar de outras razões igualmente taxativas elencadas no art. 1.962 e art. 1.963 e incisos, ambos do Código Civil [...].

De certa forma, pode-se entender que o instituto da deserdação é mais abrangente que o da indignidade, com relação às causas. Com relação aos sujeitos a deserdação é mais restrita, conforme Carvalho²⁶⁴: “O indigno pode ser herdeiro legítimo, necessário ou facultativo, herdeiro testamentário ou legatário, art. 1.814, *caput*, CC, enquanto que só os herdeiros necessários são passíveis de deserdação, art. 1.961 do CC c/c art. 1.845 do CC”.

²⁶⁰ TORRANO, op. cit., p. 79.

²⁶¹ Ibid., p. 79/80.

²⁶² Vide nota 57.

²⁶³ CARVALHO, op. cit., p. 259. Vale lembrar que o presente estudo faz críticas a taxatividade exposta pelo autor, sem deixar de reconhecer que o posicionamento dele é o majoritário.

²⁶⁴ Ibid., p. 258.

Os deveres constitucionais dos pais se encontram descritos nos art. 227, *caput* e no art. 229, ambos da Constituição Federal²⁶⁵. O mencionado art. 227 é ainda mais abrangente, por conferir deveres à família e não somente aos pais, como faz o citado art. 229.

Dentre os direitos assegurados à criança, ao adolescente e ao jovem, considerados como deveres aos pais, tem-se a alimentação, a educação, a dignidade, a assistência e a convivência familiar. Podendo-se incluir, dentro da convivência familiar, a afetividade, como já decidido pelo STJ, no REsp 1.159.242/SP²⁶⁶ e no REsp 1.087.561/RS²⁶⁷. E, ainda, o poder familiar, conforme lição de Dias²⁶⁸, Farias e Rosenvald²⁶⁹.

Para se conferir uma maior efetividade ao disposto nesta pesquisa jurídico-científica e, ainda, nos art. 227 e art. 229, ambos da CRFB²⁷⁰, deve a proposta de alteração legislativa incluir o inciso IV no art. 1.814 do Código Civil, que ficará com a seguinte redação:

Projeto de Lei de 2017.

Dá nova redação ao art. 1.814 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

Art. 1º - O art. 1.814 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil, passará a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1.814.

.....

IV - que deixem de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, como dar alimentação, educação, assistência, material ou moral; ou que, sem justo motivo, deixem de dar afeto ou tenham cerceado a convivência familiar.

Art. 2º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A alteração se mostra necessária para sanar uma omissão legislativa, que remonta ao ano de 1804, como demonstrado. Ao firmar a causa de exclusão com base na falha da prestação dos deveres inerentes ao poder familiar se deixará uma abertura para eventuais ações ou omissões, pois, como dito por Maria Berenice Dias²⁷¹, “A perversidade humana vai muito além da imaginação do legislador”.

Deixar de dar alimentação, educação, dignidade e assistência são apenas exemplos de descumprimento dos deveres familiares. Deixar de dar assistência material ou moral permitem interpretações que se coadunam com os preceitos expostos nesta pesquisa jurídico-científica.

²⁶⁵ Vide nota 60.

²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n. 1159242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 29 out. 2016.

²⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo 609, REsp 1.087.561-RS*, Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1087561&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 29 out. 2017.

²⁶⁸ DIAS, op. cit., p. 466.

²⁶⁹ FARIAS; ROSENVALD, op. cit. V.6, p. 250.

²⁷⁰ Vide nota 60.

²⁷¹ DIAS, op. cit. Sucessões, p. 326.

De certo que a afetividade estaria inserida na assistência moral, entretanto, para evitar divergências, foi pertinente incluir o afeto no dispositivo.

A expressão “sem justo motivo” auxilia na proteção à herança, por conferir ao intérprete a possibilidade de incluir causas que ensejem restrições ao afeto ou à convivência familiar. Além disso, viabiliza o exercício do contraditório, conferindo àquele que será excluído da herança uma chance de justificar os atos ou as omissões dele.

Destaca-se que a forma pela qual o inciso foi escrito não restringe aplicação ao ascendente que desampara o descendente. Caberia interpretação inversa, isto é, haveria a exclusão do descendente que desampara o ascendente, haja vista o art. 229, *in fine*, da Constituição Federal²⁷² criar deveres aos filhos. Deixar de dar afeto aos idosos violaria o dever de ajuda e amparo aos pais.

Com os fundamentos já expostos no capítulo 3, verificou-se ser possível que o magistrado exclua o ascendente que desampara o descendente sem deficiência mental ou grave enfermidade. Entretanto, a proposta de alteração legislativa visa aperfeiçoar o ordenamento jurídico brasileiro. Fazendo, portanto, valer a representação de nossos parlamentares no Congresso Nacional.

²⁷² Vide nota 60.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa jurídico-científica tratou da limitação legislativa a respeito das hipóteses de exclusão da sucessão, que impõe um ativismo do Poder Judiciário, como forma de se evitar injustiças. O problema solucionado decorreu da taxatividade das hipóteses de indignidade e de deserdação, sustentada pela maioria da doutrina, em contraposição à correta aplicação da Constituição Federal.

Parte da doutrina e da jurisprudência, majoritários, sustentam que o direito à herança é uma garantia constitucional e que a exclusão, por se tratar de uma sanção civil, deve ser interpretada restritivamente.

Desde o surgimento do direito à herança que se vê a possibilidade de exclusão por motivos que seriam, de certo modo, justificáveis. Não se trata, portanto, de medida extrema sem fundamento, mas com base em violação de ordenamento, que é pautado na evolução da sociedade. Portanto, para que se possa acompanhá-la, faz-se necessária uma leitura sistêmica entre Leis e Constituição.

Pelos estudos apontados se viu a estagnação das causas de exclusão da herança, sendo os Códigos Civis de 1916 e de 2002 pouco inovadores. Não se trata, o presente tema, de matéria nova que desculpassem os nossos legisladores, uma vez que muitos projetos, inclusive de Código Civil, como o que foi aproveitado pela Argentina, trataram da exclusão pelo desamparo, pela falta de afeto, de assistência e de cuidado entre os familiares.

A transmissão da herança, regulada por nosso Código Civil, presume uma afetividade para colaterais de até quarto grau, ou seja, sobrinhos-netos, tios-avós e primos. Entendeu o legislador que haveria um mínimo de afeto entre essas pessoas, para que se assegurasse o direito à herança. Entretanto, não visualizou hipótese de entes mais próximos não terem esse mínimo necessário.

A Constituição Federal de 1988, em um excelente momento, assegurou o direito à herança, fazendo com que ele fosse um direito fundamental, insculpido no art. 5º, XXX. Contudo, ela não trouxe apenas direitos, mas também deveres, tal como os inerentes às relações familiares, descritos no art. 227 e no art. 229.

Pela criação de direitos e de deveres em um mesmo momento, deve-se acreditar que a vontade do constituinte seria de que houvesse uma compatibilização entre eles. Por essa coexistência indiscutível, não se poderia deixar que a regulação elevasse os direitos a um patamar que tornasse o cumprimento de deveres irrelevante.

Dessa forma, o indivíduo, ascendente ou descendente, que descumprisse com os deveres e as obrigações dele, como as descritas na Constituição Federal, não seria detentor de direitos. Parecer-se-ia respeitável a interpretação de que as causas de exclusão da herança não mais estariam taxativamente descritas, posto que a inobservância do disposto na Constituição Federal a autorizaria.

Essa interpretação melhor se coaduna com o atual Estado Democrático de Direito.

A partir da visão constitucional do direito civil, o chamado direito civil constitucional, passou-se a ler o Código Civil e as demais leis à luz da Constituição Federal. Não se trata de inconstitucionalidade de legislação infraconstitucional, mas de compatibilização entre elas. O STJ e os Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro e de São Paulo, em oportunidades mencionadas, relativizaram o posicionamento majoritário tratado nesta pesquisa jurídico-científica. Isso para conferir coerência na leitura sistêmica entre os vários diplomas legais.

E, ainda, com base na aplicação direta da Constituição se visualizaria a exclusão do ascendente que desamparasse o filho ou neto sem deficiência mental ou grave enfermidade. Essa sanção ocorreria quando ele deixasse de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, como dar sustento, educação, assistência, dignidade, afeto e convivência familiar. Isso por estarem descritos nos art. 227 e art. 229 da Constituição Cidadã.

Por tal interpretação se chegou à conclusão de que, acima das causas descritas pelo legislador, estariam as causas elencadas, implicitamente, pelo constituinte. Não houve, contudo, uma exclusão *ipso jure*, ou seja, ainda seria necessária a manifestação do Poder Judiciário, com o respeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Somente se deve excluir alguém da herança quando houver provimento jurisdicional.

Ressaltou-se que a insuficiência legislativa na matéria em foco, quando cotejada com a compatibilidade com a Constituição Federal não necessariamente implicaria em inconstitucionalidade, mas em uma omissão que poderia ser suprida pelo Poder Judiciário, como ocorre em julgamentos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Não há segurança jurídica quando um filho cresce sem a figura do pai, constrói patrimônio e, antes de formar a própria família, falece e deixa patrimônio ao pai ausente e à mãe presente. Esse pai que em nada colaborou para o desenvolvimento do filho receberá a mesma fração que a mãe, quem cumpriu sozinha com os deveres constitucionalmente previstos.

Portanto, não se pode conferir direito absoluto de receber um patrimônio, por meio do direito de herança, àqueles indivíduos que durante toda a vida, ou parte dela, não possuiu o

afeto do *de cuius* ou, pelo menos, buscou tê-lo. Não se trata de retirar ou restringir direitos fundamentais de um indivíduo, mas de respeitar os direitos daqueles que cumpriram com seus deveres.

Viu-se que as causas que ensejam a perda do poder familiar poderiam ser suficientes para afastar o direito ao recebimento de herança do ascendente que desampara o descendente sem deficiência mental ou grave enfermidade. Contudo, deve-se somar a isso uma condenação por dano moral afetivo ou por atos que o ensejem, uma vez que a morte pode vir a qualquer tempo, independentemente de idade ou de estilo de vida.

Além dessas possibilidades se tratou de uma das causas de revogação da doação. Assim, não poderia esse indivíduo que negou alimentos ser visto como um herdeiro legítimo, simplesmente por sua conduta não figurar como uma causa de deserdação ou de indignidade.

Apesar de essas condutas estarem expressamente previstas em legislação infraconstitucional, elas derivam de obrigações/deveres descritos na Constituição Federal. Assim, diante da compatibilização de normas constitucionais se viu a possibilidade de se mitigar direitos quando ocorrer o descumprimento de deveres. Essa interpretação permite sobrepor deveres constitucionais em detrimento do rol das causas de exclusão da herança.

Diante disso, não bastaria que o indivíduo se abstinhasse de cometer um ato de indignidade ou de deserdação. A observância do dever de prestar auxílio, moral e material, descrito no artigo 227, *caput*, e no art. 229, ambos da Constituição Federal se faz relevante.

O cumprimento de um dever constitucional foi interpretado como um requisito implícito para o recebimento da herança. Em outro sentido, afirmou-se que o descumprimento dele afastaria o direito dos ascendentes de suceder.

Propôs-se uma alteração legislativa com o fito de incluir, no art. 1.814, do Código Civil, o inciso IV. Esse inciso traria como hipótese de exclusão aqueles que deixassem de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar ou que, de qualquer forma, deixassem de dar afeto ou que tenham cerceado a convivência familiar.

Reforçou-se que aos magistrados há a incumbência de respeito à Constituição Federal e às leis brasileiras, bem como tornar plena a realização dos valores democráticos.

Por fim, viu-se a viabilidade da exclusão do ascendente que desampara o filho ou neto sem deficiência mental ou grave enfermidade, como forma de conferir coerência entre as normas constitucionais e as infralegais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ANGELINI Neta, Aina Hohenfeld. *Convivência parental e responsabilidade civil: indenização por abandono afetivo*. Paraná: Juruá, 2016.

ARAUJO Júnior, Gediel Claudino de. *Prática no direito de família*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. rev. atual. até a EC 84 de 2 de dezembro de 2014. São Paulo: Verbatim, 2015.

ARGENTINA. *Código Civil Argentino, Lei 26.994/2014*. Disponível em: Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/textact.htm#37>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *A indignidade no direito sucessório brasileiro*. s/ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Conselho de justiça federal. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em 29 out. 2017.

_____. Conselho nacional de justiça. *Código de ética da magistratura*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. Planalto. *Código Civil*, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Código Civil*, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Código de Processo Civil*, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. *Código Penal*, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/lei/del2848.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Decreto n° 2.318*, de 22 de dezembro de 1858. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM2318.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Estatuto da Juventude, Lei 12.852*, de 5 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146*, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. *Emenda Constitucional n° 1*, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Lei 13.418*, de 9 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13418.htm> Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Lei 13.532*, de 7 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13532.htm>. Acesso: 08 dez. 2017.

_____. *Lei Complementar 95*, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp95.htm> Acesso em: 29 out. 2017.

_____. Senado Federal. *Projeto de lei da câmara n° 9*, de 2017. Disponível em: <<http://www.25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127911>> Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 118*, de 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96697>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Projeto de lei do senado nº 168*, de 2006. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/77920>> Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Projeto de lei do senado nº 273*, de 2007. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/81174>> Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n. 1214489/RS*. Relator: Ministro Castro Meira. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1151981&num_registro=201001810665&data=20120614&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *REsp. n. 334773/RJ*. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=212&num_registro=200100888744&data=20020826&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *REsp n. 709726/RS*. Relator: Paulo Medina. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=618719&num_registro=200401753361&data=20060619&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *REsp n. 1087561/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1087561&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 21 out. 2017.

_____. *REsp. n. 1185122/RJ*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1037790&num_registro=201000470288&data=20110302&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *REsp. n. 1159242/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *REsp. n. 1533206/MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1465861&num_registro=201403456537&data=20160201&formato=PDF>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *REsp. n. 1557978/DF*. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1460171&num_registro=201501879004&data=20151117&formato=PDF>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. *HC 124.306 - RJ*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 15 nov. 2017

_____. *Notícias STF, 25 de outubro de 2007*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em 1 abr. 2017.

_____. *RMS 28200 AgR/DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13947681>>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. *União homoafetiva como entidade familiar*. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683>>. Acesso em: 1º abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 4267/00 (Processo n. 0002106-33.2000.8.19.0000)*. Relator: Desembargador Wellington Jones Paiva. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000322F5DB707596D0DF75449C7B5BBA40D307FEC30F490F>>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 92155210420078260000*. Relator: Desembargador Paulo Alcides. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?jsessionid=D11BFA1EA49128FF0B4EB658508C5C1.cposg10?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=9215521-04.2007.8.26.0000&uuidCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

DINIZ, Maria Helena Diniz. *Código Civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11. ed. V.6. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito civil brasileiro, direito das sucessões*. 8. ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. 7. ed. V.6. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Curso de direito civil: sucessões* / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. V. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. *Alienação parental* / Fábio Vieira Figueiredo, Georgios Alexandridis. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, Luciano. *Coleção Sinopses para concursos: famílias e sucessões* / Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo; Coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 2. ed. V. 14. Bahia: JusPODIVM, 2015.

FIUZA, César. *Direito civil* [livro eletrônico]: curso completo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: família* / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. 4. ed. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMIDES, Geandré. *Instituto da indignidade pode ser aplicado nos casos em que o beneficiário da pensão por morte é o próprio homicida doloso do instituidor?* Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,instituto-da-indignidade-pode-ser-aplicado-nos-casos-em-que-o-beneficiario-da-pensao-por-morte-e-o-proprio-hom,50059.html>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

GUERRA, Bruna Pessoa. *A deserção ante a ausência de afetividade na relação parental*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2961, 10 ago. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19722>>. Acesso em: 07 set. 2016.

LEAL, Livia Teixeira. *A importância do reconhecimento da autoalienação parental para a tutela do melhor interesse da criança e do adolescente nos conflitos parentais*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2017/LiviaTeixeiraLeal_Monografia.pdf>. Acesso em: 22 out. 2017.

LEITE, Danielle Moraes. *Teorias consectárias do abuso de direito*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/danielleite.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias, de acordo com a emenda constitucional n. 66/2010 (Divórcio)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. *Síndrome da alienação parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais* / Ana Carolina Carpes Madaleno; Rolf Madaleno. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; et al. *Tratado de direito constitucional* / Coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. 2. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao artigo 5º, inciso XXX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional* (Série EDB). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, direito das sucessões*. 6. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Curso de direito civil, sucessões*. 7. ed. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEGRÃO, Theotonio et al. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Inventários e partilhas: direito das sucessões – teoria e prática* / Euclides Benedito de Oliveira, Sebastião Luiz Amorim. 23. ed. São Paulo: Livraria ; Editora Universitária de Direito, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. Direito de família*. 22. ed. V. 5. [Atualização e revisão: Tânia da Silva Pereira]. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Instituições de direito civil. Direito das sucessões*. 21. ed. V.6. [Atualização e revisão: Carlos Roberto Barbosa Moreira]. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, 1834-1917. *História do direito brasileiro: Direitos de família*. V. 7. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Tarlei Lemos. *Deserção por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21035/deserdacao-por-falta-de-vinculo-afetivo-e-de-boa-fe-familiar>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito civil sistematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade sucessória e deserdação*. s/ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Psicologia jurídica no processo civil brasileiro: a interface da psicologia com o direito nas questões de família e infância*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da et al. *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 9. ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

_____. *Direito Civil: direito das sucessões*. 8. ed. rev., atual. e ampl. V. 6. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____. *Manual de direito civil: volume único*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional*. Boletim científico. Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/7782/BC_017_Art08.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. *Temas de direito civil – Tomo II*. s/ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Temas de direito civil – Tomo III*. s/ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRANO, Luiz Antônio Alves. *Indignidade e deserdação*. s/ed. São Paulo: Servanda Editora, 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Minas Gerais: Fórum, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.