XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-515-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Família. 3. Sucessão. 4. Afeto. 5.Casamento. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luís – Maranhão entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, proporcionou visibilidade à produção científica na área jurídica acerca dos mais diversos temas, tendo por objetivo integrar e divulgar as linhas de pesquisa, os trabalhos desenvolvidos nos programas de especialização, mestrado e doutorado, bem como possibilitar a troca de experiências entre os pesquisadores das inúmeras instituições de ensino superior do nosso país.

Foi com grande satisfação que registramos a nossa participação como coordenadores da mesa do grupo de trabalho do Direito das famílias e Sucessões, o qual trouxe à tona a abordagem de inúmeros temas controvertidos, tais como a multiparentalidade e sua aplicação após o divórcio; a alienacão parental como um problema que transcende o espaço familiar em razão de sua complexidade; a coparentalidade como uma nova modalidade familiar, que é resultado da própria dinamicidade das relações sociais e afetivas hoje consolidadas; a autocuratela; a escolha do regime de bens e sua repercussão no direito sucessório; a ingerência estatal nas relações familiares; a repercussão do abandono afetivo e os danos oriundos deste; a preservação dos direitos da personalidade post-mortem; as consequências oriundas do Estatuto do Deficiente; os métodos alternativos para a solução de conflitos no âmbito familiar que contribuem para que haja um diálogo após a ruptura familiar, dentre outros.

Ante a diversidade de temas, pode-se inferir que a intenção foi estimular a reflexão e a quebra de paradigmas, para que haja a consolidação de uma sociedade mais justa, especialmente a partir do reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM/UniCesumar

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - UniCesumar

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ABANDONO AFETIVO COMO CAUSA DA EXCLUSÃO DO HERDEIRO LEGÍTIMO DA SUCESSÃO POR INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

THE AFFECTIVE ABANDON AS A CAUSE OF THE EXCLUSION OF THE LEGITIMATE HEIR OF THE SUCCESSION BY INDIGNITY AND DISINHERITANCE

Pollyanna Thays Zanetti [1]

Resumo

O presente estudo visa verificar a possibilidade de excluir herdeiros da sucessão legítima por abandonarem afetivamente o autor da herança. Para isso, buscou-se discorrer sobre a evolução histórica e legislativa do Direito das sucessões para demonstrar que os institutos da indignidade e da deserdação encontram-se completamente defasados. Ao preterir a vontade do autor da herança de ver excluído da sucessão aquele que o abandonou face ao direito de herdar, a legislação cível retroage ao retrogrado pensamento romano de supervalorização do "ter" no lugar do "ser", o que não pode ser admitido nos ordenamentos jurídicos modernos.

Palavras-chave: Abandono afetivo, Constitucionalização do direito civil, Deserdação, Indignidade, Sucessão legítima

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to verify the possibility of excluding from the legitimate succession the heirs who left in affective abandonment the author of the inheritance. For this, we sought to discuss the historical and legislative evolution to demonstrate that the institutes of indignity and disinheritance are completely outdated. By neglecting the will of the author of the inheritance to see excluded from the succession those who left him in affective abandonment, the civil law goes back to the Roman retrograde thought of overvaluation of "having" instead of "Being", which can not be accepted in modern legal systems.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Affective abandon, Constitutionalisation of civil law, Disinheritance, Indignity, Legitimate succession

[1] Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito de Família e das Sucessões pela Faculdade Arnaldo Janssen. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 representou um marco na história do Direito Brasileiro, implantando significativas mudanças no ordenamento jurídico pátrio, principalmente no que tange ao Direito de Família. Nesse sentido, os códigos que antes possuíam uma missão de assegurar a manutenção dos poderes adquiridos, hoje exercem, diante da nova realidade, um papel residual[1].

A residualidade dos Códigos face ao novo Ordenamento Constitucional se deu, principalmente, em razão do fenômeno da horizontalização dos direitos fundamentais. Através de tal fenômeno, a relação jurídica existente entre os particulares passou a ser regida, também, pelos princípios e garantias constitucionalmente previstos.

Segundo Daniel Sarmento[2]:

> a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.

Nesse sentido, conforme se demonstrará ao longo do presente trabalho, as restrições impostas ao autor da herança através do instituto da deserdação ferem o princípio da dignidade da pessoa humana e vão na contramão da proteção Constitucional dada à autonomia privada.

A Constitucionalização do Direito Civil trouxe significativas mudanças para os Direitos Reais e para os Direitos Obrigacionais, mas nenhuma mudança foi tão expressiva quanto àquelas introduzidas no Direito de Família.

O Direito das Sucessões tem íntima ligação com o Direito de Família, razão pela qual as atuais mudanças introduzidas no ordenamento jurídico pátrio pela nova Ordem Constitucional, ocasionadas pelas "necessidades sociais" de que já tratava Jean Dabin[3], tiveram reflexos nas disposições sucessórias.

Ocorre que, especificamente no que tange aos institutos da indignidade e da deserdação, há diversas incongruências e inadequações em razão do direito sucessório não ter acompanhado a atual tendência do direito de família.

---

[1] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2004.

[2] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006. p.185.

[3] DABIN, Jean. Philosophie de l'Ordre Juridique Positif, Paris: Sirey, 1929, p. 22. Apud: PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil . Volume VI. 21ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.22.

No Direito brasileiro, a sucessão não está ligada à meritocracia dos herdeiros, sendo resguardado aos chamados herdeiros necessários, por força de lei, uma fração mínima da herança deixada pelo de cujus, independentemente da vontade deste de beneficiá-los.

A família, como primeira forma de agrupamento humano é, ainda hoje, o núcleo de formação do sujeito para a sociedade. No convívio familiar, o indivíduo renuncia à sua liberdade para participar de um núcleo de afeto e mútua assistência.

Ocorre que o rompimento desse comprometimento mútuo por um dos membros da família, pode vir a causar severas consequências àquele que foi abandonado. Destarte, o desamparo imaterial é gravoso a qualquer ser humano, mas principalmente àqueles mais vulneráveis psicologicamente como é o caso das crianças, dos adolescentes, dos idosos e dos incapazes em geral.

Além do fenômeno psicológico, o desamparo, principalmente o afetivo, está ligado a uma questão moral. A sociedade contemporânea vem sendo submergida em uma nova crise de mal-estar, onde impera a busca implacável pelo individualismo, o que vem gerando uma distorção dos conceitos morais e éticos, dificultando as relações interpessoais e familiares.

Com o movimento de despatrimonialização do Direito Civil, o afeto deixa de ser valor jurídico para se tornar princípio-base das novas relações familiares, promovendo a dignidade da pessoa humana, princípio regente do atual ordenamento jurídico.

Na lição de Paulo Lôbo[4]:

> O princípio jurídico da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológico da família. A evolução da família "expressa a passagem do fato natural da consangüidade para o fato cultural da afinidade" (este no sentido afetivo). A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.

Os institutos da indignidade e da deserdação encontram-se completamente defasados dentro do contexto social em que vigora atualmente. Isso porque o Código Civil de 2002 limitou-se basicamente, a repetir as disposições previstas no Código Civil de 1916[5].

O moroso processo legislativo brasileiro traz como consequência uma tardia publicação da norma, fazendo com que quando de sua entrada em vigor, já sejam inadequadas ao contexto social onde vigoram. Foi o que ocorreu com o Código Civil de 2002, principalmente no que tange ao Direito das Sucessões.

---

[4] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 47-48.
[5] POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Indignidade sucessória e deserdação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43-44.

Ao instituir a indignidade e a deserdação como penas civis, o legislador buscou punir aqueles que assumiram conduta reprovável perante o autor da herança, sendo certo que das relações familiares e, consequentemente, das sucessórias, assim como nos contratos, surgem direitos e obrigações.

Deste modo, a quebra de uma obrigação, tem como consequência uma punição, principalmente nas relações familiares, onde imperam a solidariedade e a mútua assistência. Trata-se de regra simples que norteia o direito das obrigações.

Há décadas, os familiaristas vêm buscando o reconhecimento da socioafetividade nas relações familiares. Ao escrever pioneiramente, em 1979, sobre a "Desbiologização da Paternidade", o Professor João Baptista Villela[6] rompe com o conceito da família biologizada e abre discussão sobre a afetividade como fonte formadora de relações familiares.

Nas palavras do autor:

> A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e dentro dele o País sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma infeliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e carecem receber. Explico-me. Por que não acolher, adotar, tomar em legitimação adotiva, ou em outras formas possíveis e inimagináveis de ajuda, tantas crianças carentes, ao invés de manter represado o impulso da paternidade ou pôr mais vidas num mundo povoado e competitivo?[7]

A atual legislação civilista concede a herança àqueles que jamais mantiveram qualquer vínculo afetivo com o autor da herança. Parece-nos inconcebível que, passados trinta e cinco anos desde a publicação do artigo do Professor Vilella, que já apontava para uma evolução social no sentido de valorização do afeto nas relações familiares em detrimento da consanguinidade, o nosso ordenamento jurídico seja ainda, tão relapso nesse sentido.

O impedimento da exclusão da sucessão em razão da taxatividade do rol previsto nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, mostra-se completamente descabido. Ao limitar a disposição da herança, a legislação cível cria um infundado protecionismo, que atenta contra a liberdade patrimonial do autor da herança.

Sendo a família formada por laços de afetividade e de solidariedade, não parece razoável que laços biológicos prevaleçam sobre laços de afeto. Dizer que não há possibilidade

---

[6]VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. Disponível em <http://www.direito.ufmg.br/revista>. Acesso em 10 Jul.2015.

[7]VILLELA, João Baptista. A Desbiologização da Paternidade. Disponível em <http://www.direito.ufmg.br/revista>. Acesso em 10 Jul.2015.

de exclusão da sucessão por abandono afetivo, é negar a existência do Direito Civil Constitucional. Aliás, seria negar a existência do próprio Direito Constitucional como hoje se conhece, uma vez que a negativa de tal possibilidade traria a supervalorização do "ter" no lugar do "ser", retomando a ideia arcaica de família como protetora de patrimônio, tão repelida na atualidade.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Historicamente, o direito sucessório brasileiro teve origem no direito romano-germânico. Na Roma antiga, a sucessão estava diretamente ligada à religião, fundamento da propriedade privada. Ao *Pater,* senhor de sua casa, de sua família e de sua propriedade, cabia o dever de manter o culto doméstico através dos sacrifícios e rituais aos antepassados da família.

Com a morte do *pater*, ao filho mais velho era transmitido o dever de dar continuidade ao culto familiar doméstico e de manter aceso, dentro de casa, o fogo sagrado que representava a proteção dos antepassados à família[8].

Em Roma, receber a herança era ao mesmo tempo um ônus e um bônus ao herdeiro. Isso porque, embora todo o patrimônio da família ficasse sob domínio do herdeiro, que passava a ser senhor de sua casa, ao mesmo era imposto o dever de manter o culto, tarefa claramente dispendiosa.

Com a individualização da propriedade, a sucessão deslocou-se do caráter religioso para o caráter patrimonial. Suceder significava dar continuidade ao patrimônio da família.

Exatamente por esse motivo, em sua Novela 118, Justiniano inovou ao ampliar o direito sucessório, deferindo-o aos descendentes, ascendentes, irmãos germanos e unilaterais, colaterais e ao cônjuge sobrevivo. Nesse caso, como era pequena a possibilidade de o cônjuge sobrevivo herdar, em razão do grande número de herdeiros que lhe preteriam, foi criada, também, a chamada *quota uxória*.

No que tange ao Direito Português, que vigorou no Brasil por um longo período de tempo, cumpre destacar que as ordenações Afonsinas – primeira codificação portuguesa – publicadas em nome de D. Afonso V, estabeleceu que a sucessão se daria na seguinte ordem de

[8] COULANGES, Numa Denis Fustel de. A cidade antiga. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, 2006. [E-Book]

vocação hereditária: descendente até o infinito; ascendentes até o infinito; colaterais até o décimo grau; cônjuge sobrevivente e, por ultimo, o fisco[9].

Posteriormente, as Ordenações Manuelinas e Filipinas, não trouxeram significativas mudanças para o Direito das Sucessões. Embora tenham sido amplamente influenciadas pelo Direito Romano, as Ordenações não seguiram a ordem de vocação hereditária de Justiniano, mantendo a mesma ordem prevista nas Ordenações Afonsinas.

No Brasil, onde vigorou as Ordenações Filipinas até a entrada em vigor do Código Civil de 1916, houve uma significativa mudança no direito sucessório no ano de 1907, quando foi promulgada a Lei Feliciano Pena, que previa a redução da ordem de vocação hereditária para o sexto grau, bem como a ascensão do cônjuge supérstite ao terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, em preferência aos colaterais, que passaram a ocupar a quarta posição. Além disso, a Lei garantiu aos descendentes e ascendentes o direito à legítima.

O Código Civil de 1916 manteve a ordem de vocação hereditária criada pela Lei Feliciano Pena, reduzindo, ao longo de sua vigência, entretanto, o grau dos colaterais sucessíveis para o quarto, o que ainda está previsto no Código Civil de 2002. Por sua vez, a Constituição de 1988 trouxe o direito de herança no capítulo que trata sobre Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XXX).

O Código Civil de 2002, introduziu significativas mudanças no direito sucessório pátrio, como a elevação do cônjuge à classe dos herdeiros necessários, a possibilidade de concorrência entre cônjuge ou companheiro com os descendentes e ascendentes do *de cujus*, bem como o direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente.

3 SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA

Em Roma, o domínio e posse da herança não se transmitia aos herdeiros pela simples ocorrência do evento morte, sendo necessária a aceitação da herança por parte do herdeiro, existindo um espaço entre o evento morte e a aceitação da herança.

A teoria romana caiu em desuso em razão da adoção do princípio da *saisine*, originário do direito Francês que, segundo Caio Mário[10] foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico através de um alvará datado de 9 de novembro de 1754.

---

[9] CARMINATE, Raphael Furtado. Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo. 2011. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

[10] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil . Volume VI. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 38. [E-Book].

Adotando o modelo francês, o direito brasileiro, considera aberta a sucessão no exato momento da morte real ou presumida de alguém, nascendo para os herdeiros o direito de substituir o falecido em todas as suas relações jurídicas[11]. Trata-se da chamada sucessão *causa mortis*.

Nos exatos termos do artigo 1.786 do Código Civil, a sucessão *causa mortis* poderá se dar por força de lei ou por disposição de última vontade, havendo claramente uma coexistência entre sucessão legítima e testamentária no ordenamento jurídico brasileiro.

Importante destacar, entretanto, que aos chamados herdeiros necessários, a lei reserva uma parcela da herança (quota legítima ou legitimária), não podendo o *de cujus* suprimi-la, ficando sua autonomia privada adstrita tão somente à parte restante.

Nas palavras de Poletto[12]:

> Percebe-se que isso corresponde a uma relevante limitação da liberdade de testar, visto estar o testador preso às disposições de ordem pública que não somente garantem como também criam instrumentos de proteção contra as práticas atentatórias ao direito legitimário.

Quantos aos seus efeitos, a sucessão *causa mortis* poderá ser singular ou universal. Na sucessão à titulo universal, o sucessor assume o lugar do autor da herança, investindo-se nos direitos que lhe competiam e que foram transmitidos em face da morte do seu titular. Toda sucessão legítima se dá à título universal, o que nem sempre ocorre com a sucessão testamentária. O sucessor universal é denominado herdeiro e o conjunto de bens deixados pelo *de cujus* denominado herança.

Por sua vez, a sucessão a título singular é aquela onde o beneficiário recebe, pela via do testamento, bem certo e determinado. O sucessor a título singular é denominado legatário, sendo o bem deixado pelo *de cujus* denominado legado.

Na sucessão testamentária é possível a coexistência entre sucessão a título singular e a título universal ao passo que o testador, após individualizar o bem deixado a título singular, deixa a totalidade dos demais bens a certa pessoa. Nesse caso, o herdeiro é denominado herdeiro testamentário.

Nesse sentido, a sucessão poderá se dar por força da lei (quando o *de cujus* falecer *ab intestato*), por vontade do autor da herança (quando o mesmo falece sem deixar herdeiros

---

[11] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CUNHA, Rodrigo Pereira da. (Coord.). Direito das Sucessões. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 6.

[12] POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Indignidade sucessória e deserdação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 154.

necessários e elaborar testamento) ou regulada em parte pela lei e em parte pelo autor da herança (quando o mesmo, embora tenha deixado testamento, possua herdeiros necessários).

No que tange à exclusão sucessória, pode a mesma se dar em razão de ingratidão do herdeiro ou legatário, indignidade e deserdação[13]. A pena por indignidade é aplicada tanto na sucessão legítima quanto na testamentária, por ato atentatório do herdeiro ou legatário contra o autor da herança, expressamente previstos no artigo 1.814 do Código Civil, por outro lado, a deserdação aplica-se tão somente à sucessão legítima.

4 DOS EXCLUÍDOS DA SUCESSÃO: INDIGNIDADE E DESERDAÇÃO

No ordenamento jurídico pátrio, aqueles chamados à suceder, por força de lei ou por declaração de última vontade, poderão ser excluídos da sucessão através de dois institutos: a indignidade e a deserdação.

A expressão indignidade deriva do latim *indignitas* e indica falta de dignidade, demérito. Trata-se de uma pena civil, que priva do direito à herança o herdeiro ou legatário que cometeu atos atentatórios, contra a vida, a honra ou a liberdade do *de cujus*. O rol dos atos capazes de tornar indigno o herdeiro ou legatário está previsto no artigo 1.814 do Código Civil, sendo considerado taxativo para a doutrina majoritária.

A indignidade é uma via de mão dupla, ao passo que visa, ao mesmo tempo, garantir a dignidade do falecido e punir a violação à essa dignidade por parte do herdeiro ou legatário.

Nesse sentido, Poletto[14] esclarece que:

> Aliás, deve-se asseverar que tal sanção também se impõe para resguardar a proteção da ordem pública e social, pois é inquestionável a afronta à consciência coletiva o fato de um criminoso/agressor inescrupuloso ser contemplado com benesses patrimoniais justamente daquele a quem aviltou.

Para Carlos Roberto Gonçalves[15], a sucessão hereditária tem fundamento na afeição real ou presumida que o autor da herança possuía com o herdeiro ou legatário, sendo que a prática de atos reprováveis contra o *de cujus* por parte desses, geraria a justa privação da parte da herança que lhes caberia em razão do óbito do autor da herança.

---

[13] LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao Novo Código Civil do Direito das Sucessões, Vol. XXI, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2003, p. 155.
[14] POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Indignidade sucessória e deserdação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 242.
[15] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro; Direito das Sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 7v. [E-Book]

A indignidade não se processa *ipso iure,* devendo ser declarada por sentença judicial proferida em ação ordinária. São legitimados a propor a ação contra o herdeiro indigno os herdeiros, legatários, donatários, credores e o fisco, pois visam obter vantagens patrimoniais com a exclusão do indigno.

A sentença que declara indigno o herdeiro ou legatário possui natureza declaratória e seus efeitos retroagem à data da abertura da sucessão. O prazo decadencial para a propositura da ação de indignidade é de quatro anos nos termos do artigo 1.815 do Código Civil.

Os efeitos da indignidade possuem caráter personalíssimo. Por esse motivo, na sucessão legítima, declarada a indignidade do herdeiro, seus sucessores são chamados a substituí-lo por direito de representação, como se fosse ele pré-morto ao autor da herança. Na sucessão testamentária, sendo declarado indigno um herdeiro, seu substituto tomar-lhe-á o lugar, quando houver. Não havendo substituto, o seu quinhão será acrescido aos dos demais herdeiros.

Nas palavras Carlos Alberto Gonçalves[16]:

> A disposição tem por fundamento o princípio de que a pena não pode passar da pessoa do delinquente. A exclusão, tendo natureza punitiva, não pode assim prejudicar os descendentes daquele que foi excluído pela sentença de indignidade, e o sucedem, por representação, como se o indigno morto fosse.

Por ser considerado pré-morto ao *de cujus*, o indigno não tem direito ao usufruto e administração dos bens que seus descendentes houverem recebido em razão da declaração de sua indignidade. Possui a lei, nesse caso, o caráter de evitar que o indigno venha a ser beneficiado indiretamente com os mesmos bens que lhe haviam sido privados.

O mesmo propósito possui o artigo 1.816 do Código Civil, ao impedir que o indigno não poderá suceder nos bens que lhe foram tomados em razão de sua conduta indigna.

Conforme dito, o direito brasileiro adotou a doutrina francesa da *saisine*, motivo pelo qual, os bens do falecido são transmitidos aos seus herdeiros no exato momento de sua morte. Por essa razão, com a morte do autor da herança, o indigno receberá sua quota na herança antes da declaração de sua indignidade, sendo considerado legítimo herdeiro até o trânsito em julgado da sentença declaratória de exclusão da sucessão.

Nesse caso, declarada a indignidade, deverá o indigno restituir aos demais herdeiros os frutos e rendimentos percebidos em razão da coisa herdada, desde a abertura da sucessão até

[16] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro; Direito das Sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 7v. [E-Book]

a efetiva restituição do bem, fazendo *jus*, entretanto, às despesas com a manutenção e guarda dos bens herdados.

Poderá ocorrer, ainda, de o herdeiro, antes de ser declarado indigno, praticar atos negociais com terceiros de boa fé. Nesse caso, a sentença declaratória de indignidade terá efeitos *ex nunc* em relação ao terceiro, uma vez que no momento da celebração do ato negocial o indigno que está na posse e administração dos bens é considerado herdeiro aparente, sendo válidas as alienações por ele celebradas.

Em caso de o ato negocial praticado pelo indigno gerar prejuízos aos herdeiros legítimos, poderão estes reclamar perdas e danos em desfavor daquele.

No que tange à reabilitação do indigno, poderá ela se dar de forma expressa, quando o autor da herança, através de testamento ou outo ato autêntico, reabilita quem praticou contra ele ato de indignidade ou tácita quando o testador, conhecendo a prática de ato passível de ocasionar a exclusão do herdeiro da sucessão o contempla em testamento.

O direito de perdoar é privativo do ofendido, sendo que uma vez concedido o perdão ao ofensor, tal ato é irretratável, voltando o indigno a integrar o rol de herdeiros e fazendo *jus* a sua quota parte da herança.

Por sua vez, a deserdação é ato pelo qual o autor da herança, pela via do testamento, com expressa declaração de causa, exclui herdeiro necessário de sua legítima em razão de qualquer dos atos atentatórios apontados taxativamente pelos artigos 1.814, 1.962 e 1.963, todos do Código Civil.

Assim como na indignidade, o herdeiro a quem a deserdação aproveitar deverá propor ação ordinária, no prazo decadencial de quatro anos, para comprovar a veracidade do motivo alegado pelo testador para decretar a deserdação.

Ainda, no que tange aos efeitos da deserdação, provada por ação ordinária a causa da deserdação, o deserdado é considerado como se morto fosse ao tempo da abertura da sucessão. A sentença que declara válida a cláusula de deserdação tem efeito *ex tunc* retroagindo à data da abertura da sucessão.

Tendo em vista o caráter personalíssimo da pena no direito brasileiro, o deserdado poderá ser representado por seus descendentes. Nesse sentido, a lição de Cateb[17]:

> É voz corrente entre os doutrinadores pátrios e, atualmente, uníssona interpretação do STJ, que os efeitos da deserdação são personalíssimos, quer pela semelhança com a

[17] CATEB, Salomão de Araújo. Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 124.

> indignidade, e aplicação analógica do texto legal, quer em decorrência de princípio constitucional, não permitindo que a pena vá além do criminoso.

Convém dizer, ainda, que a mera reconciliação do testador com o deserdado não gera ineficácia da cláusula de deserdação, uma vez que, em razão de a cláusula de deserdação estar presente em testamento, somente a revogação deste é capaz de afastá-la.

5 A TAXATIVIDADE DO ROL LEGAL PARA EXCLUSÃO DA SUCESSÃO E OS PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS QUE REGEM O DIREITO BRASILEIRO

Com a promulgação da Constituição de 1988, o direito sucessório foi elevado a patamar Constitucional, integrando o rol dos direitos e garantias fundamentais de que trata o artigo 5º da Constituição.

Como Princípio basilar dos Direitos Fundamentais e do próprio ordenamento jurídico brasileiro, o Princípio da Dignidade Humana, expressamente previsto no inciso II do artigo 3º da Constituição, coloca o ser humano como centro de toda ordem jurídica pátria.

Nas palavras de Glauco Barreira Magalhães Filho[18]:

> A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importaria uma violação ao valor da pessoa humana.

Em um primeiro momento, defendia a doutrina que os Direitos e Garantias fundamentais possuíam apenas aplicação mediata, ou seja, tratavam-se de mecanismos de defesas dos particulares contra o poder estatal, cabendo às normas infraconstitucionais, regular relações entre particulares.

Nesse sentido, cumpre lecionar que atualmente grande parte da doutrina vem se posicionando no sentido de que os Direitos Fundamentais possuem eficácia imediata e irrestrita, fazendo com que sua aplicação não se dê somente na linha vertical (Estado-Cidadão) mas também na linha horizontal, entre particulares. A esse fenômeno, a doutrina tem chamado de horizontalização dos Direitos Fundamentais.

De acordo com a lição de Poletto[19]:

---

[18] MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 248.

[19] POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Indignidade sucessória e deserdação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

> Como leciona Gilmar Ferreira Mendes, avocando as lições de Wolfgang Rüfner, em substancioso voto, no RE n. 201.819-RJ, quase todos os direitos privados são referenciáveis a um direito fundamental, não sendo mais aceitável o entendimento segundo o qual os direito fundamentais destinar-se-iam apenas à proteção do indivíduo contra o Estado (*Rechte auf negative Handlungen*), atuando eles, nos dizeres de Claus-Wilhelm Canaris, não apenas como proibição de intervenção, mas também como postulado de proteção e de atuação positiva (*Rechte auf positive Handlungen*).

Em tese, no que tange à indignidade e a deserdação, a eficácia dos Direitos Fundamentais seria mediata, uma vez que a matéria está regulada em norma infraconstitucional, entretanto, em algumas situações, somente a aplicação imediata de tais direitos poderia solucionar a questão.

Necessário compreender que o direito pós-moderno é pautado por uma supervalorização do ser humano, rompendo com os conceitos da doutrina romana e do pensamento oitocentista de excessiva proteção ao patrimônio.

Embora a doutrina majoritária afirme serem taxativos o rol da indignidade e da deserdação, é necessário romper com a premissa de plenitude da lei para resguardar a dignidade da pessoa humana face ao direito sucessório, protegendo, assim, não só a dignidade do *de cujus* mas de toda sua família nos casos em que o herdeiro cometer atos que afrontem o senso comum.

Carlos Eduardo Miniozzo Poletto[20] propõe uma razoável solução para a questão:

> Ao não conferir ao testador nem ao magistrado o poder de avaliar e julgar livremente se os atos praticados pelo herdeiro merecem, ou não, a perda do direito legitimário, a enumeração de condutas deve ser encarada pelo aplicador como uma justa medida, ou seja, somente circunstâncias que apresentem semelhante gravidade podem também ser consideradas para dar juridicidade à deserdação.Mas não é só, além de grave, deve tal comportamento estar tipificado na lei, ainda que esteja regulando matéria diversa. (...) A partir do momento em que se admite o diálogo entre os institutos punitivos e as suas hipóteses de incidência, não se está de modo algum agindo de forma temerária, irregular ou casuística, apenas se está buscando proteger a dignidade da pessoa humana por meio de outros dispositivos que igualmente reconhecem a nocividade de diferentes praticas nas relações civis.

Veja que ao admitir que outras condutas tipificadas passem a integrar o rol de indignidade e deserdação, utilizando-se de cláusulas abertas, a serem interpretadas pelo operador do direito com base nos princípios que regem o direito pátrio, a legislação brasileira passará a se adequar às necessidades da sociedade, garantindo a plena eficácia do princípio basilar de todo o ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

[20] POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Indignidade sucessória e deserdação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 372.

6 POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA SUCESSÃO POR ABANDONO AFETIVO

Defendeu-se até aqui que o rol que trata sobre a possibilidade de exclusão da sucessão por indignidade e deserdação não pode ser visto como taxativo, devendo a conduta praticada pelo herdeiro ser interpretada de acordo com os princípios e garantias fundamentais que regem o nosso ordenamento.

Nos séculos passados, a família era tipicamente patriarcal, onde o *pater* era senhor de suas terras, sua família e seus escravos. Nessa época, as famílias eram constituídas por laços patrimoniais, unindo-se, umas às outras através do casamento, visando exclusivamente a preservação do nome e do patrimônio.

Com o passar do tempo, a família sofreu severas transformações. As mulheres conquistaram independência lançando-se no mercado de trabalho, assumindo, em alguns casos, o papel de chefe do lar. Em razão dessa nova estruturação, o próprio conceito de família ganhou novos contornos, sendo a instituição família formada por pessoas que se unem por laços consanguíneos e de afetividade, não havendo mais sua vinculação aos aspectos econômicos.

O artigo 229 da Constituição traz o princípio da solidariedade ao prever 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. Veja que somente através de laços de afeto, se tem solidariedade recíproca.

Para Paulo Lôbo[21]:

> O princípio jurídico da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológico da família. A evolução da família "expressa a passagem da fato natural da consangüidade para o fato cultural da afinidade" (este no sentido afetivo). A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.

Com efeito, o princípio da afetividade e da solidariedade recíproca não podem ser preteridos por interesses patrimoniais, visto que, se assim o fosse, toda a ordem jurídica vigente estaria sendo contrariada.

Posto isso, acredita-se que no caso da indignidade e da deserdação, havendo o abandono afetivo por qualquer dos herdeiros necessários ao autor da herança, deverá o mesmo

[21] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 48-49.

ser excluído da sucessão, por não se mostrar razoável que ele seja beneficiado por seu descaso pelo simples fato de tal hipótese de exclusão não estar prevista no rol previsto no Código Civil.

Sobre direitos e obrigações, Poletto[22] faz a seguinte ponderação:

> É pertinente afirmar, portanto, que o princípio constitucional da dignidade humana manifesta-se, por exemplo, em uma importante cláusula geral prevista no Código Civil nacional: a função social. Tema muito recorrente de estudos doutrinários, a função social, entretanto, é comumente analisada somente na seara contratual, ou em seus contornos relativos à propriedade, incluindo-se, nesse conceito, a figura da empresa. Na verdade, em uma análise mais abrangente, deveríamos falar em "função social do direito privado", englobando não somente o contrato, a propriedade e a empresa, mas também a família e a sucessão hereditária. (...) Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação jurídica complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. (...) Da mesma forma que do contrato, da propriedade e da empresa, das relações familiares e sucessórias originam-se direitos e obrigações, exigindo dos seus participantes não somente um comportamento formalmente legal, mas também substancialmente ético e social.

Veja que no caso do abandono afetivo, nenhuma contraprestação foi cobrada do herdeiro para que receba sua quota parte da herança, uma vez que, sendo taxativo o rol de indignidade e deserdação conforme entendimento majoritário, o abandono puro e simples não afastaria a sucessão.

Por outro lado, ao autor da herança é imposta uma obrigação excessiva, visto que é compelido pela legislação a deixar seu patrimônio para alguém que muitas vezes mal conhece, simplesmente pela existência de um vínculo biológico.

Nesse sentido, os ensinamentos de Nehemias Domingos de Melo[23]:

> O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.

Nos tempos atuais, onde a dinâmica da vida nos impede de estreitar laços, a família é onde o indivíduo se realiza e se ampara. Nesse contexto, o abandono pode causar sérias consequências levando, inclusive a uma morte prematura em razão de transtornos psíquicos que podem acometer o abandonado.

Não são raras situações em que os pais abandonam os seus filhos ainda menores ou em que os filhos abandonam seus pais na velhice. Ainda assim, tem o abandonado o dever de

---

[22] POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Indignidade sucessória e deserdação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 41.
[23] MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 32, mar./abr. 2005

resguardar a legítima de quem o abandonou. Tal situação não se mostra justa e nem razoável, além de ser incapaz de resguardar a dignidade de autor da herança.

Atualmente tramita na Câmara dos Deputados Projeto de Lei (PL nº 3145/2015) que visa acrescentar inciso aos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, de modo a possibilitar a deserdação nas hipóteses de abandono.

Além disso o PL 118/2010, proposto pela Senadora Maria do Carmo Alves, também encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados e visa acrescer às hipóteses de indignidade e deserdação já elencadas no Código Civil, a ausência de afetividade como forma exclusão da sucessão.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho buscou-se demonstrar a incompatibilidade do Direito sucessório brasileiro com o Direito Constitucional e o Direito de família vigentes, necessitando o mesmo de severas e urgentes reformas, uma vez que não atende aos anseios da sociedade em que está inserido.

Nesse compasso, os institutos da indignidade e da deserdação, que hoje, como demonstrado, encontram-se completamente defasados e em desacordo com os princípios e garantias fundamentais que regem o nosso ordenamento jurídico, precisam ser reformulados para que passem a considerar a pessoa humana como figura central da proteção do direito privado. É necessário compreender que é a pessoa, e não o seu patrimônio que merece proteção no atual Direito brasileiro.

Conclui-se dizendo que é justo e razoável conceder ao autor da herança o direito de excluir de sua sucessão aquele que tenha cometido ato atentatório contra ele ou seus familiares, ainda que tais atos não estejam elencados no rol que trata da indignidade e da deserdação. Isso porque, o nosso ordenamento jurídico já não pode admitir cláusulas fechadas e impossíveis de serem interpretadas de acordo com a ordem Constitucional vigente.

Desta forma, afora o rol de indignidade e deserdação, nosso ordenamento jurídico possui diversas condutas que poderiam implicar a exclusão do herdeiro da sucessão legítima, como é o caso da responsabilidade civil por abandono afetivo, por exemplo, devendo tais condutas, serem aceitas afim de excluir o herdeiro da sucessão por mera inobservância do princípio basilar de todo o ordenamento jurídico pátrio: o da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALVES. Maria do Carmo. **Projeto de Lei do Senado nº 118, de 2010**. Altera os Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, a fim de dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Disponível em < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697> Acesso em 15 jul. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao /constituicao.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL, **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 17 ago. 2017.

CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima:** estudo crítico e propositivo. 2011. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011.

CATEB, Salomão de Araújo. **Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, 2006. [E-Book]

DABIN, Jean. Philosophie de l'Ordre Juridique Positif, Paris: Sirey, 1929, p. 22. Apud: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** . Volume VI. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [E-Book]

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 7v. [E-Book]

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CUNHA, Rodrigo Pereira da. (Coord.). **Direito das Sucessões**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 1-14.

JÚNIOR, Vincentino. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3145, de 2015**. Acrescenta inciso aos artigos 1.962 e 1.963 da Lei n° 10.406, de 2002, Código Civil, de modo a possibilitar a deserdação nas hipóteses de abandono Projetos e matérias legislativas. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805**>.** Acesso em: 15 Jul. 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil do Direito das Sucessões**, Vol. XXI, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MELO, Nehemias Domingos de. **Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil**. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 32, mar./abr. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil . Volume VI. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [E-Book]

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família**. 2004. 157 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2004.

POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2006.

VILLELA, João Baptista. **A Desbiologização da Paternidade**. Disponível em <http://www.direito.ufmg.br/revista>. Acesso em 10 Jul.2017.