



ISABELLA ZAMBERLAN PACHECO DA SILVA

**A IMPORTÂNCIA DA INCLUSÃO DO ABANDONO
AFETIVO ENTRE AS HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DA SUCESSÃO**

CURITIBA

2020

**A IMPORTÂNCIA DA INCLUSÃO DO ABANDONO
AFETIVO ENTRE AS HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DA SUCESSÃO**

Projeto de Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel no Curso de
Direito promovido pelo Centro Universitário
Internacional - UNINTER
Orientador: Daniel Corteline Scherer

CURITIBA

2020

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	03
2.	A AFETIVIDADE NO CONCEITO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO DE FAMÍLIA	05
2.1.	BREVE HISTÓRICO A RESPEITO DO CONCEITO DE FAMÍLIA	05
2.2.	O AFETO ENQUANTO PRINCÍPIO GERAL E VALOR JURÍDICO NO DIREITO DE FAMÍLIA	08
2.3.	RELAÇÃO ENTRE DIREITO DE FAMÍLIA E O DIREITO SUCESSÓRIO	10
3.	FORMAS DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO	12
3.1	DA NATUREZA JURÍDICA	12
3.2	DA INDIGNIDADE E DA DESERDAÇÃO	13
4.	DA POSSIBILIDADE DA EXCLUSÃO SUCESSÓRIA POR ABANDONO AFETIVO	15
4.1	DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA NAS CAUSAS DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA	15
4.2	O PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 118/2010	21
5.	CONCLUSÃO	23
6.	REFERÊNCIAS	25

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de estudar a possibilidade de o abandono afetivo, tanto dos ascendentes em relação aos seus descendentes como o inverso, bem como nas situações entre o testador e os seus legatários, ser uma das causas de exclusão na sucessão previstas no Direito Sucessório brasileiro. Tal possibilidade faz-se necessária, pois conforme será exposto, o Direito de Família está atrelado ao Direito Sucessório e, por esta razão, frente à nova realidade e perspectiva do conceito de família - caracterizada hoje pelos laços afetivos e não somente pelo fator biológico -, trazidas pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, não justifica que alguém que haja abandonado afetivamente, de forma deliberada, o autor da herança, tenha direito à mesma somente por sua condição de herdeiro necessário ou legatário. O tema é objeto de discussões legislativas, as quais, na hipótese de se concretizarem futuramente em texto de lei, representarão o efetivo preenchimento da lacuna hoje existente, tendo em vista a realidade fática do abandono afetivo - esta que vem sendo suprida, paulatinamente, pela jurisprudência.

Para os fins deste trabalho, faz-se necessário apresentar, inicialmente, o breve histórico do conceito de família e a discussão da afetividade enquanto valor jurídico e princípio geral do Direito de Família, e alguns conceitos de institutos jurídicos, os quais, conforme se demonstrará ao longo deste trabalho, estão intrinsecamente ligados.

Explanaremos, desta forma, de que maneira esse novo ordenamento constitucional estabeleceu direitos fundamentais e sobre a imposição de estes direitos serem observados por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional (compreensão sistêmica/universal do Direito). Tais direitos devem ser observados tanto nas relações entre Estado e particulares, como nas relações puramente privadas. Neste sentido, destacaremos o princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com o novo conceito de família, em que o afeto tornou-se a característica base das novas relações familiares. Exibiremos, adicionalmente, os deveres constitucionais familiares que devem ser obedecidos pelos herdeiros necessários e/ou legatários, deveres estes de cuidado, atenção, convivência

familiar, educação, e proteção contra negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão.

Em conclusão, justamente pelo fato de o afeto ser reconhecido pelo Direito de Família como a pedra angular do atual conceito de família, defendemos que o Direito Sucessório deve admitir o abandono afetivo como uma das hipóteses de exclusão do herdeiro necessário, para que, assim, sejam feitas as mais adequadas e justas leitura e aplicação do Direito Constitucional.

2. A AFETIVIDADE NO CONCEITO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO DE FAMÍLIA

2.1 BREVE HISTÓRICO A RESPEITO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Na visão de Maria Berenice Dias, a família é uma construção cultural¹, e por esta razão o referido instituto se reinventa de acordo com o momento histórico. Na história jurídica brasileira percebemos que o conceito de família se transformou, em especial, a partir das mudanças de percepção sobre qual seria o elemento essencial que caracteriza, de fato, uma família.

Na vigência do Código Civil de 1916, a configuração familiar era tida exclusivamente a partir da união, mediante o matrimônio, de um homem e de uma mulher, sendo este um modelo patriarcal, em que o homem detinha controle hierárquico sobre seus filhos e a sua mulher, esta que exercia papel secundário na estrutura civil então vigente. Importante destacar, desta forma, que o conceito de família era *institucionalmente* desigual e injusto. Portanto, referido conceito era derivado exclusivamente do instituto do casamento indissolúvel, bem como era a única forma de constituição familiar conhecida e respeitada legal e socialmente. O conceito de família possuía respaldo constitucional através do artigo nº 167 da Carta Magna de 1967, o qual conceituava, *in verbis*:

A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel.

§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

§ 4º - A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência.

Este modelo patriarcal advinha da construção da sociedade que, por sua vez, reverberava no universo jurídico. Naquele tempo, o fator afetivo era relegado a

¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 21.

um distante segundo plano, o que é explicitado pelo fato de que sequer a união estável duradoura era considerada como família pelo Direito, até que se convertesse efetivamente em um casamento regularmente constituído.

Antes mesmo da Constituição Cidadã de 1988, consideráveis alterações foram sendo construídas ao longo do tempo, como podemos verificar pela edição da Lei nº 4.121 de 1962, conhecida como “Estatuto da Mulher Casada”, cuja ementa expressamente contempla que o diploma legal “dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada”, e que determinava, logo em seu artigo 1º, a revogação do inciso II do artigo 6º do Código Civil de 1916 e, por conseguinte, excluía a mulher do rol de relativamente incapazes, a qual passava a gozar de capacidade plena para os atos da vida civil. Apesar de a alteração paradigmática do papel da mulher somente ter ocorrido com a Constituição da República de 1988, o Estatuto da Mulher Casada era um considerável progresso, tendo em vista a situação anterior de quase total subordinação em relação ao marido.

No que tange à configuração da família, os laços consanguíneos eram um fator indispensável para sua caracterização. Ou seja, a filiação, por exemplo, baseava-se unicamente no aspecto biológico, sendo reconhecida somente a partir do casamento legítimo entre os pais. Apesar de os laços consanguíneos serem, à época, um fator indispensável para a caracterização da filiação, não havia igualdade entre os filhos havidos na constância do casamento e aqueles havidos de relações extraconjugais. Esta discrepância era amparada legalmente, uma vez que o Código Civil de 1916 previa em seu artigo nº 358 que “os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”. Os filhos tidos fora do casamento eram considerados ilegítimos e, portanto, excluídos de qualquer direito.

O amparo acima descrito também advinha do fato de o matrimônio ser considerado uma instituição sagrada e indissolúvel, pois o Estado ligava os dogmas e preceitos religiosos ao direito. Desta forma, o fator biológico era o elo exclusivo para o conceito de família, ou seja, não havia qualquer consideração sobre a questão da afetividade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por sua vez, presenciemos profundas alterações na ordem jurídica então vigente, das quais não trataremos em sua totalidade em virtude do caráter breve deste histórico. Para os

fins deste trabalho, cumpre destacar a relevância das implicações dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana na configuração do Direito de Família brasileiro, trazendo a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher, em especial na sociedade conjugal, bem como vedando as discriminações, inclusive quanto aos filhos “legítimos e ilegítimos”. Na lição de Paulo Lôbo²:

O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

O legislador também vislumbrou, para além do instituto do casamento, outras formações familiares, expressamente consagrando a família monoparental e a união estável. Assim, as entidades familiares contemporâneas se unem e se concretizam pelo elo primordial da afetividade, desfazendo-se do modelo patriarcal, hierárquico e autoritário, para modelos familiares mais abertos que correspondem à realidade fática da sociedade.

As famílias reconhecidas pelo legislador possuem conceito livre, amplo e plural, guiado pela afetividade, conforme dispõe o artigo 226, da CFRB/88. Assim, foram reconhecidos como núcleos familiares tanto o casamento quanto a união estável, a união estável homoafetiva, a família monoparental, a família unipessoal e a família anaparental, assegurando-se assim a concretização da dignidade humana. Conforme lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³:

Especialmente por considerarmos [...] que o conceito de família não tem matiz único, temos a convicção de que a ordem constitucional vigente consagrou uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, visando a permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros ninhos ou arranjos familiares socialmente construídos.

Nessa esteira, hoje doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que o elemento essencial para que possamos caracterizar uma família não são os laços consanguíneos, e sim a afetividade que os une. Vale a ressalva de que, superado o breve panorama histórico acima descrito, nosso objetivo não é menosprezar ou diminuir a importância ou a legitimidade dos laços matrimoniais e biológicos no que

² LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 68.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO; Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 41.

concerne à família, mas tão somente reforçar o papel fundamental da afetividade no seio destas relações, uma vez que não há, fundamentalmente, uma família sem afeto, ainda que haja pessoas ligadas pelo sangue ou pelo casamento.

2.2 O AFETO ENQUANTO PRINCÍPIO GERAL E VALOR JURÍDICO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Com a mudança de paradigma acima relatada, a discussão central a respeito do tema da afetividade se trava no sentido de verificar se ela pode ser tratada como princípio no Direito de Família, ou apenas como valor jurídico. Tornou-se comum ver, em um movimento crescente de obras e casos julgados, a admissão da doutrina e jurisprudência contemporâneas no sentido de que o afeto, no âmbito do Direito de Família, alcançou a condição de verdadeiro princípio geral.

Entretanto, não é possível dizer que existe um consenso na doutrina sobre o acolhimento da tese principiológica⁴. Vale ressaltar que, apesar de as duas correntes doutrinárias possuírem manifestações distintas a respeito da afetividade no Direito de Família (e no Direito Sucessório), ambas acolhem a afetividade no trato dos temas familiares e sucessórios.

Por conseguinte, as duas correntes doutrinárias distintas estão a acolher e aceitar a afetividade quando do trato dos temas familiares e sucessórios. Assim, verificamos apenas a distinção a respeito de como classificá-la, se como princípio ou como valor jurídico. Ricardo Calderón ensina⁵:

Atualmente, é reduzido e decrescente o número de autores a sustentar que a afetividade não deve ser tratada pelo Direito. Alguns dos seus defensores são Regina Beatriz Tavares da Silva, Marco Túlio de Carvalho Rocha e Roberto Senise Lisboa. Os argumentos contrários à consideração da afetividade como princípio citam o fato de o afeto ser um sentimento (o que impediria sua apreensão pelo Direito), a constatação de que é constante nas relações familiares justamente a falta de afeto (o que inviabilizaria conferir à afetividade qualquer papel central), a ausência de objetividade do tema que permita seu tratamento nos litígios jurídicos (eis que até mesmo possui outro sentido em outras ciências) e, ainda, a ausência de um conceito jurídico de afeto. Em que pese a profundidade e relevância dos

⁴ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 101.

⁵ Ibid., p. 109.

questionamentos, não parecem, de per si, inviabilizar por completo a construção de uma categoria principiológica da afetividade.

Ainda neste sentido, esclarece Tartuce⁶:

De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares.

Por fim, vale ressaltar que o argumento de falta de objetividade na definição exata do que seria a afetividade não parece prosperar, uma vez que o mesmo se poderia dizer de diversos outros temas e institutos tratados pelo Direito, os quais são também profundamente subjetivos: é o caso, por exemplo, da boa fé, dos bons costumes e do interesse público, cujos conceitos também se mostram deveras subjetivos, sem uma definição concreta na legislação.

Aqui, cabe perfeitamente a contribuição da doutrina e da jurisprudência no processo de clarificação do conceito da afetividade e aplicação ao caso concreto. Assim, Ricardo Calderón conclui⁷:

As críticas lançadas à perspectiva principiológica merecem atenção e reflexão, entretanto, não parecem ser intransponíveis, pois muitas delas apontam não uma incompatibilidade ontológica, mas apenas referem a uma suposta falta de sustentação ou maior esclarecimento nesse sentido.

Não se pode, portanto, levantar um conceito fechado de afeto, especialmente aquele considerado no âmbito do direito. No entanto, na tentativa de clarificar seu conteúdo, Ricardo Calderón assevera⁸:

Eventos que podem evidenciar a afetividade são manifestações especiais de cuidado, entreajuda, afeição explícita, comunhão de vida, convivência mútua, manutenção alheia, coabitação, projeto de vida em conjunto, existência ou planejamento de prole comum, proteção recíproca, acumulação patrimonial compartilhada, dentre outros.

⁶ TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 08/06/2020.

⁷ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 112.

⁸ CALDERÓN, Ricardo. **Breves considerações sobre conceitos jurídicos indeterminados**. Disponível em: <https://direitodiariorio.com.br/conceitos-juridicos-indeterminados/#:~:text=Os%20conceitos%20jur%C3%ADdicos%20indeterminados%20s%C3%A3o,uma%20defini%C3%A7%C3%A3o%20legal%20bem%20delimitada.&text=Exemplos%20cl%C3%A1ssicos%20de%20conceitos%20jur%C3%ADdicos,%E2%80%9D%20e%20E2%80%9Cbons%20costumes%E2%80%9D>. Acesso em: 06/11/2020.

Vale o reforço de que, ainda que tenhamos em mente uma ideia positiva do afeto no sentido das interações interpessoais e, mais especificamente, na família, é de se considerar que o mesmo pode ter carga positiva ou negativa: é o que defende Tartuce⁹, supramencionado, quando afirma que a afetividade pode ter carga positiva ou negativa, na medida em que, mesmo em ambientes carregados de profundo amor e cuidado, situações de conflito e desentendimento são comuns e naturais, não podendo ser, dessa forma, dissociadas da definição jurídica de afeto. Não são essas situações de “afeto com carga negativa”, por assim dizer, aquelas passíveis de ser consideradas para exclusão de herdeiro da sucessão, senão casos graves de abandono ou ausência total de cuidado, por exemplo.

2.3 RELAÇÃO ENTRE DIREITO DE FAMÍLIA E O DIREITO SUCESSÓRIO

O ponto de interação entre o Direito de Família e o Direito Sucessório está nas relações de parentesco que, conforme vimos, nem sempre se baseiam em consanguinidade.

A finalidade do Direito das Sucessões consiste na disposição da situação jurídica dos bens e direitos existentes no tempo da morte aos sucessores do *de cuius*. Nas palavras de Venosa¹⁰:

A primeira ideia, com raízes históricas, é de que a herança (o patrimônio hereditário) se transfere dentro da família. Daí, então, a excelência da ordem de vocação hereditária inserida na lei: a chamada “sucessão legítima”. O legislador determina uma ordem de sucessores, a ser estabelecida, no caso de o falecido não ter deixado testamento, ou quando, mesmo perante a existência de ato de última vontade, este não puder ser cumprido.

Portanto, o Direito Sucessório está intrinsecamente ligado ao Direito de Família no tocante a continuidade patrimonial, visto que, em regra, os bens do *de cuius* serão titularizados por seus familiares no *post mortem*. Nesta perspectiva,

⁹ TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 08/06/2020.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família e sucessões**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 547.

segue o entendimento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹¹ sobre a relação do Direito das Sucessões ao Direito de Família:

O fundamento da transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mais ainda e principalmente no fator de proteção, coesão e perpetuidade da família.

É evidente, por conseguinte, a relação existente entre esses dois ramos do Direito Civil, na medida em que o patrimônio de uma pessoa, via de regra, destina-se a seus familiares com sua morte – exceto na hipótese de testamento em favor de terceiro, que somente é possível desde que disponha apenas da parte disponível dos bens do testador. Aqui, entenda-se o termo “familiares” como designação de todo aquele que, biologicamente/matrimonialmente ou não, seja reconhecido por alguém como membro de seu núcleo familiar, justamente pelos laços afetivos entre eles, como na união estável ou na adoção, por exemplo.

¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: introdução. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

3. FORMAS DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO

Superada a questão atinente ao Direito de Família no tocante ao princípio da afetividade, bem como de sua relação com o Direito Sucessório, passaremos à breve análise das formas de exclusão sucessória na legislação pátria, para então adentrarmos no mérito da possibilidade de exclusão do herdeiro necessário em virtude de abandono afetivo.

Em princípio, importa destacar que a sucessão pode ser afastada em relação aos herdeiros ou legatários através de duas formas específicas: renúncia e exclusão sucessória. A renúncia, como o próprio nome anuncia, diz respeito à manifestação da vontade, do herdeiro ou legatário, de abrir mão, definitivamente, do quinhão que a ele caberia e, conseqüentemente, os seus descendentes não herdam por representação¹², conforme art. 1.810, caput do CC/02. Já a exclusão sucessória se trata de uma espécie de pena civil, aplicada em razão de ilícito praticado pelo candidato à sucessão contra o autor da herança ou legado – neste caso, o excluído seria substituído por seus herdeiros necessários, em razão de a pena não poder ir além da pessoa do apenado (art. 5º, XLV da CF/88), e também por força do direito de representação, nos termos do art. 1.816, caput do CC/02, penas as quais são formadas pela indignidade e pela deserdação.

As penas de indignidade e deserdação possuem características próprias, as quais serão tratadas brevemente neste trabalho.

3.1 DA NATUREZA JURÍDICA

No que se refere à natureza jurídica das duas modalidades de exclusão da sucessão (indignidade e deserdação), pode-se afirmar que a maior parte da doutrina¹³ defende a tese da sanção civil, ao passo que parcela minoritária de juristas advoga se tratar de incapacidade sucessória. Para o jurista Marcelo Fortes

¹² Exceto na hipótese, mais remota, do artigo 1.811, que preceitua: “Ninguém pode suceder, representando herdeiro renunciante. Se, porém, ele for o único legítimo da sua classe, ou se todos os outros da mesma classe renunciarem a herança, poderão os filhos vir à sucessão, por direito próprio, e por cabeça.”

¹³ Neste sentido, GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 25; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 114.

Barbosa Filho, tanto a indignidade quanto a deserdação são “sanções civis que recaem sobre todo aquele que perpetrar atos ofensivos ao autor da herança.”¹⁴

Nesse sentido, Luiz Paulo Vieira de Carvalho¹⁵ conclui que ambos os institutos são penas civis, ao passo que necessitam de confirmação por sentença judicial, destacando que a indignidade decorre de previsão legal, enquanto a deserdação é provocada pelo autor da herança por meio do testamento.

Por fim, esclarece Gustavo Tepedino¹⁶:

Não se confundem indignidade ou deserdação com ilegitimidade sucessória. Ao ilegítimo a suceder não opera a devolução sucessória, porque não é sucessor em tempo algum. Quanto ao indigno e ao deserdado, sucedem, mas podem ser excluídos da sucessão. Assim, tanto o indigno quanto o deserdado podem permanecer sucessores. Ambos praticam atos previstos na lei que lhes dão causa, mas a sua ocorrência não se mostra suficiente para a deflagração da pena. Na indignidade, é preciso que o interessado promova ação própria. Na deserdação, além da manifestação de vontade do testador, o interessado necessita intentar ação própria, da mesma forma que na indignidade.

3.2 DA INDIGNIDADE E DA DESERDAÇÃO

A exclusão do sucessor é a hipótese em que um herdeiro ou legatário teria legitimidade sucessória, entretanto, torna-se, posteriormente, impedido de suceder por ter praticado algum dos atos previstos na lei ofensivos ao autor da herança. As modalidades previstas em lei para exclusão do sucessor, conforme brevemente exposto acima, são a indignidade e a deserdação. Gustavo Tepedino assim diferencia essas modalidades¹⁷:

A indignidade é a privação do direito hereditário, cominada por lei, a quem, herdeiro ou legatário, cometeu certos atos ofensivos à pessoa ou aos interesses do *de cujus*. Deserdação consiste na disposição testamentária que visa a excluir o herdeiro necessário da sucessão, também por ter praticado determinados atos contra a pessoa ou aos interesses do testador. Desse modo, tanto a indignidade, quanto a deserdação possuem natureza de pena privada. A ilegitimidade advém de circunstância de fato. Embora indignidade e deserdação tenham natureza diversa da ilegitimidade, operam como se fosse a própria incapacidade, uma vez que privam o indigno ou deserdado de adquirir a herança.

¹⁴ BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. **A indignidade no Direito Sucessório brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 16.

¹⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 770-771.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 43.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Ibid*, p. 43.

As causas de indignidade, por se tratar de pena privada, são tratadas tão somente pela lei, ou seja, em rol taxativo (art. 1.814 do CC/02), *in verbis*:

São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores 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.

Por fim, em se tratando das causas de deserdação, cabe colacionar a lição de Tepedino¹⁸:

“Além dessas causas, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes, aquelas indicadas no artigo 1.962 do Código Civil: i) ofensa física; ii) injúria grave; iii) relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; iv) desamparo de ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. A primeira causa (CC, art. 1.962, I) consiste na ofensa física a ascendente. Não é necessário que se trate de ofensa grave, pois não há qualquer qualificativo na lei. Somente a legítima defesa é capaz de excetuar a regra, aludindo alguns autores ao castigo físico moderado. Não se requer condenação criminal pela ofensa, basta o fato para tipificar a hipótese legal.”

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 49.

4. DA POSSIBILIDADE DA EXCLUSÃO SUCESSÓRIA POR ABANDONO AFETIVO

4.1 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA NAS CAUSAS DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA

Segundo Ronald Dworkin, o sistema jurídico é constituído de regras e princípios. Nessa esteira, o autor acredita que as regras se diferenciam dos princípios no tocante à forma de solução oferecida para a resolução de conflitos, bem como elenca a dimensão do peso como fator de diferenciação dos princípios e das regras. Como primeira distinção, as regras operariam de modo “*all or nothing*”, ou seja, tudo ou nada, enquanto os princípios não determinam uma conduta específica e, sim, razões para uma decisão¹⁹. No tocante ao peso dos princípios, quando conflitantes, a solução para aplicação se dará através da ponderação mediante o caso concreto. Já nas regras, a resolução se dará por intermédio da invalidação de uma das regras, ou seja, haverá a substituição e declaração de invalidade da regra “vencida”, seguindo, obviamente, os critérios da hierarquia, cronologia ou da especialidade para tal consideração²⁰.

Robert Alexy, a partir das ideias de Dworkin, definiu com mais precisão os institutos das regras e dos princípios²¹:

Princípios são ‘mandamentos de otimização’ caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.

A partir dessas discussões, cabe destacar a importância do jurista em compreender o ordenamento jurídico integralmente (para que de fato possa compreendê-lo de modo sistêmico), na forma dos valores, princípios, regras constitucionais, direitos fundamentais, direitos da personalidade, e os ramos específicos do direito (Direito de Família, Responsabilidade Civil, Direito das Sucessões etc.) para que seja possível a resolução coerente do conflito no caso

¹⁹ DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald. **The philosophy of law**. Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 45.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Londres, Duckworth, 1991, p. 26.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 90-91.

concreto. Verificamos, portanto, que a tarefa do jurista não é singela, frente à complexidade e o dinamismo em que se constitui o direito contemporâneo. Nas palavras de Perlingieri²²:

Uma vez especificado que o direito faz parte da complexa realidade social e que o ordenamento é unitário e, portanto, sistemático, é preciso inserir o fato singular ou o problema particular na mais vasta e global problemática sociojurídica, sem cair no excessivo amor pelas generalizações e pelas chamadas teorias gerais.

Também vale ressaltar, após as devidas considerações, que existem princípios gerais aplicáveis a todos os ramos do direito, norteadores do Estado Democrático de Direito (macro princípios); dentre eles estão a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a vedação do retrocesso social; bem como os princípios especiais de cada seara do Direito. Neste sentido, para os fins deste trabalho, cumpre destacar os princípios especiais do Direito de Família, despontando entre eles os princípios da solidariedade e da afetividade.

Em especial, como “direito-mãe”²³, do qual se extraem direitos específicos não dispostos no texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CRFB/88) está entre um dos valores supremos de nossa constituição, o qual reverbera sobre todo o ordenamento jurídico. Seja nos fundamentos do Estado de direito brasileiro, como no art. 170 da CFBR/88²⁴, como também nos fundamentos das relações tidas como privadas, conforme também dispõe o art. 226, §7º da CFRB/88:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 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. (grifo nosso)

Como escreve Ana Paula Lemes de Souza²⁵:

²² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 143.

²³ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.86.

²⁴ “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”. (grifo nosso)

²⁵ SOUZA, Ana Paula Lemes de. Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo. In: TRINDADE, André Karam; SOARES, Astreia; GALUPPO, Marcelo Campos. **Direito, arte e literatura**: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015. p. 22-41.

A dignidade da pessoa humana se tornou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma espécie de totem, um símbolo sagrado e indefinível, que circula duplamente entre as dimensões mágicas e práticas. Com seu poder simbólico, passou a figurar as demandas das mais diversas, trazendo sentidos cada vez mais distintos e inimagináveis para sua mensagem. Nos tribunais, esse metaprincípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã de grande manta principiológica ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra-chave, ou mantra sagrada, invocada como uma entidade jurídico-protetora dos oprimidos (ou, a depender, também dos poderosos).

Assim, verificamos novamente que a função do jurista vai muito além da mera aplicação das leis existentes, mantendo vínculo estreito com os estudos sociológicos e antropológicos. O jurista possui, sobretudo, o papel de reelaborar os modelos jurídicos já estabelecidos, promovendo um processo de desconstrução e reconstrução do Direito. Nesse sentido é o ensinamento do Professor Paulo Lôbo²⁶:

Todo ordenamento jurídico se acha condicionado historicamente e depende das circunstâncias sociais e econômicas, traduzindo, em grande parte, uma determinada ideologia ou uma concepção do mundo. Daí exigir-se do jurista, também, uma postura crítica, pois sua função não é de um mero possibilista técnico, nem sua tarefa o aplauso incondicional dos mandados do poder político.

Desta maneira, é correta a assertiva de que o jurista, além de notório saber jurídico, deve possuir visão crítica e ser profundo conhecedor do contexto social no qual está inserido o Direito, a fim de proporcionar a elaboração e a aplicação das normas jurídicas da forma mais adequada.

Neste sentido, para os devidos fins deste trabalho, a interpretação sistêmica do Direito pode ser verificada sobre a relação intrínseca e indissolúvel do princípio da solidariedade, no âmbito familiar, ao princípio da dignidade da pessoa humana. A solidariedade, conforme brevemente exposto, é um dos objetivos fundamentais da república, como também um dos macroprincípios de nosso ordenamento jurídico. O legislador elegeu este objetivo fundamental ao prever como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CFRB/88). Assim, verificamos a vontade do constituinte originário em superar o individualismo e, em seu lugar,

²⁶ LÔBO, Paulo. **Do contrato no Estado social**: crise e transformações. Maceió: EDUFAL, 1983, p. 20.

implantar a cooperação, a assistência, o amparo e o cuidado em relação a outrem²⁷.

Temos como exemplos da solidariedade no âmbito familiar, o dever dos pais de assistir seus filhos, conforme dispõe o art. 229 da CRFB/88, assim como o dever de amparo às pessoas idosas, nos termos do art. 230 da CRFB/88. Já no Direito Sucessório, verificamos a aplicação do mencionado princípio no âmbito do direito real de habitação, no qual os filhos devem – em nome da solidariedade familiar, garantir ao sobrevivente a manutenção do lar (art. 1.831 do CC/02).

Desse modo, segue trecho de julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conferindo o direito real de habitação à viúva meeira com base no referido princípio:

É ASSEGURADO AO CÔNJUGE SOBREVIVENTE O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO RELATIVO AO ÚNICO IMÓVEL DESTINADO À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA, DE ACORDO COM O ARTIGO 1.611 § 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 1916, ATUAL ARTIGO 1831. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO SUBSISTE EM FAVOR DO CONSORTE SUPÉRSTITE EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VIÚVA MEEIRA COM 90 ANOS DE IDADE. [...] O direito real de habitação permite ao consorte supérstite a utilização do imóvel que servia de residência do casal com o fim de moradia, limitando os direitos de propriedade dos herdeiros do casal em favor do ascendente sobrevivente, em atenção ao princípio da solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana. No caso dos autos além de ser o único imóvel partilhado a cônjuge sobrevivente conta com 90 (noventa) anos de idade, sendo indigno nessa altura da vida ficar sem moradia por conta de caprichos de herdeiros ao arrepio da lei. Assim, tal direito persiste enquanto o cônjuge sobrevivente viver ou não constituir nova união estável ou casamento, incidindo sobre o imóvel de residência da família, independentemente da existência dos demais herdeiros. (Apelação Cível 1009901-76.2017.8.26.0002, 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Desembargador Coelho Mendes, Julgado em: 31/08/2018)

Já no tocante ao já discutido princípio da afetividade, ressaltamos a necessidade de, em primeiro lugar, distinguir afeto e afetividade, pois decorrem de áreas distintas da ciência. De acordo com o jurista Ricardo Calderón, o afeto é “um sentimento anímico de aspecto subjetivo”²⁸, devendo ser estudado no âmbito da Psicanálise, ou seja, o afeto é inapreensível de forma direta pelo Direito. Entretanto, a afetividade é a “atividade exteriorizada do afeto, configurando um conjunto de atos

²⁷ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>. Acesso em: 08 jun. 2020.

²⁸ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 152.

concretos representativos de um dado sentimento afetivo por outrem”²⁹, sendo esses atos possíveis de serem captados pelo Direito através dos meios usuais de prova. Podemos concluir, portanto, que para o estudo da afetividade, a leitura jurídica deve ser realizada sob o aspecto objetivo, uma vez que este instituto (afetividade) é o resultado, ou atividade concreta exteriorizada, que permite ao jurista averiguar no plano fático. Ou seja, passível se der averiguado no caso concreto. Quando mencionamos o termo “afeto”, neste trabalho, referimo-nos, na realidade, a esta última noção de afetividade, sem se prender ao rigor terminológico.

A respeito da evolução da temática, surge decisão do STJ em revisão à ementa anterior (na decisão anterior, o STJ decidiu que não caberia indenização a favor do filho em face do pai que o abandona moralmente - STJ, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299), ou seja, passando a admitir a reparação civil pelo abandono afetivo. Em sua relatoria, a Min. Nancy Andrighi ressaltou que o dano moral estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos. Aplicando a ideia do cuidado como valor jurídico, a magistrada deduziu pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: “*amar é faculdade, cuidar é dever*” (grifo nosso). A relatoria foi seguida pelos Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino (STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Conforme retratado no item 1.1 deste trabalho, a ideia de afetividade, assim como o conceito de família, sofreu transformações ao longo do tempo, devido, principalmente, às mudanças da perspectiva do que, de fato, constitui uma família. Do final do século XIX à metade do século XX, conforme lição de Ricardo Calderón³⁰, a família brasileira – “clássica” (descrita pelo Código Civil de 1916), podia ser definida como matrimonializada (só existia pelo casamento civil), transpessoal (prevalecia a família sobre os interesses dos seus integrantes), patriarcal e hierarquizada (o homem detinha o poder absoluto e estava acima da

²⁹ TORRANO, Luiz Antônio Alves. **Indignidade e deserdação**. São Paulo: Servanda, 2015, p. 151.

³⁰ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 158.

mulher e dos filhos), subserviente à religião e formal (só o registro estatal validava). A legitimidade era o centro de preocupação e não a afetividade.

Entretanto, a partir do advento da Constituição, a afetividade começa a ser prevista expressamente pelo legislador, como elemento caracterizador da família: exemplo é o art.5º, II da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). Bem como a assim denominada Lei da Adoção (Lei Federal nº 12.010/2009), ao prever critérios balizadores do julgador para definir a guarda do adotando. Outra alteração legislativa que tratou da afetividade expressamente é a chamada Lei da Alienação Parental (Lei Federal nº 12.318/2010), a qual visa a repressão das condutas que prejudiquem a relação dos filhos com os pais³¹.

O princípio da afetividade já causou alterações significativas (profundas) na concepção de família brasileira pelo Direito contemporâneo - verdadeiros avanços sociais no ordenamento jurídico. Como primeira conquista temos o reconhecimento pelo STF da união homoafetiva como entidade familiar (julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132).

No mesmo sentido, temos o julgamento do Recurso Especial 1.159.242/SP pelo STJ, em que foi admitida a reparação por danos em decorrência do abandono afetivo. Por fim, houve o reconhecimento da parentalidade socioafetiva como forma de parentesco, no qual deve levar em conta os laços afetivos para determinar o vínculo filial, conforme expresso nos Recursos Especiais 234.833/MG, 709.608/MS e 1.259.460/SP, todos julgados pelo STJ.

Apesar de a doutrina e a jurisprudência contemporâneas começarem a reconhecer, no âmbito do Direito de Família, a afetividade como princípio norteador do Direito, como por exemplo, ao equiparar a união estável ao casamento e no reconhecimento da união homoafetiva, esse princípio não vem sendo reconhecido na seara do Direito Sucessório.

Como mencionado em capítulo próprio (capítulo 2 – item 2.2 deste trabalho), as causas de deserdação são taxativas (rol *numerus clausus*) e os únicos dispositivos legais (art. 1.962, IV c/c art. 1.963, IV ambos do CC/02) que tratam das

³¹ CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 85.

causas de abandono afetivo como razão de deserdação, se restringem ao caso de desamparo do autor da herança em situação de doença mental ou grave enfermidade.

Conforme dispõe o art. 226, *caput* da CRFB/88, se a família merece o amparo e a proteção do Estado, igualmente merece a afetividade, visto a já demonstrada ligação indissolúvel e intrínseca no direito contemporâneo. Essa proteção jurídica é devida em razão de a afetividade ser a base e o fundamento da família³².

Entretanto, apesar das transformações no conceito de família, o Direito Sucessório brasileiro ainda permite a possibilidade de que alguém que não mantém vínculo afetivo algum com o autor da herança tenha direito a esta em decorrência do fator biológico. Em outras palavras, o ordenamento jurídico não prevê como hipótese de exclusão da sucessão - e por consequência não demonstra preocupação com a temática - o fato de um indivíduo abandonar o autor da herança e, ainda, possibilita que o mesmo seja beneficiado com o patrimônio, justamente daquele a quem desprezou. Isto deve-se ao fato de que a legislação sucessória prevê que metade dos bens da herança (legítima) obrigatoriamente deve ser transmitida aos herdeiros necessários, salvo as cláusulas de exclusão da sucessão, quais sejam, indignidade e deserdação, não estando prevista nesta última o abandono afetivo como um de seus excludentes.

4.2 O PROJETO DE LEI DO SENADO N° 118/2010

Em razão das mencionadas mudanças no âmbito familiar e da obsoleta perspectiva do Direito Sucessório, conforme anteriormente exposto, podemos concluir que no tocante aos institutos da indignidade e da deserdação, existem lacunas no ordenamento jurídico em relação aos institutos que operam a privação hereditária.³³

³² TORRANO, Luiz Antônio Alves. **Indignidade e deserdação**. São Paulo: Servanda, 2015, p. 151.

³³ POLETTI. Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 445.

Neste sentido, Carlos Eduardo Minozzo Poletto, destaca: “Reconhecido o Direito Sucessório como autêntico direito fundamental, sua exclusão ou mesmo limitação não pode simplesmente ser instituída pelo legislador ou interpretada pelo aplicador ao arrepio dos princípios e regras constitucionais”.³⁴

Assim, a Senadora Maria do Carmo Alves, com o objetivo de mudar a legislação no âmbito sucessório para que a mesma fosse condizente com a realidade fática, extinguindo assim as referidas lacunas, propôs modificações no tocante ao instituto da exclusão sucessória através do Projeto de Lei nº 118 de 2010, disponível no sítio eletrônico: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697>, cujo texto já foi aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Congresso Nacional.

Este projeto foi elaborado a partir das sugestões apresentadas pelo Professor Carlos Eduardo Minozzo Poletto em sua dissertação de mestrado em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). O professor em sua dissertação afirma que, embora tenha sido editado um novo Código Civil em 2002, é possível constatar que o tema em análise encontra-se nele tratado de forma absolutamente ultrapassada.³⁵ Uma vez que, apesar da edição do novo Código Civil de 2002, no tocante ao instituto da exclusão da sucessão, objeto deste trabalho, o referido Código não se adequou a realidade da afetividade no âmbito do Direito de Família, e assim, apenas reproduziu as disposições constantes no Código Civil de 1916.

Da mesma forma, Maria Berenice Dias assevera; “talvez seja nos capítulos da indignidade e da deserdação onde se flagra com mais nitidez a despreocupação do legislador em amoldar a lei à realidade da vida”.³⁶

Neste sentido, o Professor Carlos elenca a razão da referida proposição³⁷:

Por isso, ao final, elaboramos uma proposição de *lege ferenda*, no intuito de adequar à lei civil brasileira à contemporânea realidade jurídica e social, procurando fortalecer e proteger a ética e a harmonia das relações parentais, sancionando aqueles que agem de forma ilícita e criminoso contra os membros de sua própria família.

³⁴ POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 30.

³⁵ Ibid., p. 30.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 36.

³⁷ POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 445.

Para cumprir a finalidade deste trabalho, iremos nos ater aos artigos 1.961 e 1.962 do Código Civil, pois o tema objeto deste trabalho é a hipótese de deserdação por abandono afetivo.

A primeira alteração sugerida no projeto de lei é a alteração do nome do Capítulo V – Dos Excluídos da Sucessão para “Dos Impedidos de Suceder por Indignidade” e do Capítulo X – Da Deserdação por “Da Privação da Legítima”. Poletto adverte que³⁸:

(...) deserdar, em sua acepção gramatical pura, significa exclusão ou privação da herança, enquanto nesse momento a lei cuida, em verdade, da privação da legítima hereditária. Juridicamente, o correto seria dizer que a privação da legítima é uma espécie do gênero deserdação.

Desta forma, a modificação tem como objetivo ampliar a aplicação do instituto da indignidade sucessória, procurando afastar da sucessão qualquer indivíduo que tenha praticado ato reprovável contra o autor da herança e que venha a ser favorecido. Assim, não será mais restrito a tão somente os legatários e/ou sucessores do de cujus.

O referido projeto trata da possibilidade de permitir a deserdação parcial, o que inexistia hoje, e que é tendência na doutrina e nas principais legislações europeias³⁹. A redação vigente do art. 1.961 CC dispõe que: “os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão”.

Na proposta do referido Projeto de Lei, tem-se o referido artigo com a seguinte redação: “os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, parcial ou totalmente, em todos os casos em que podem ser impedidos de sucessão por indignidade”.

A redação proposta no referido projeto, prediz expressamente a deserdação do cônjuge sobrevivente, uma vez que utiliza a expressão “herdeiros necessários” invés de descendentes ou ascendentes, como previsto hodiernamente nos arts. 1.961 e 1.962 vigentes do Código Civil.

³⁸ POLETTI. Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserdação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 453.

³⁹ Ibid., p. 453.

E, finalmente, o dispositivo elenca três causas expressas de privação legítima. *In verbis*:

Art. 1.962. O autor da herança também pode, em testamento, com expressa indicação de causa, privar o herdeiro necessário da sua quota legítima quando este:

I- culposamente, em relação ao próprio testador ou à pessoa com este intimamente ligada, tenha se omitido no cumprimento dos deveres e das obrigações do direito de família que lhe incumbiam legalmente;

II- - tenha sido destituído do poder familiar;

III- - não tenha reconhecido voluntariamente a paternidade ou maternidade do filho durante a sua menoridade civil.

Parágrafo único. A cláusula testamentária deve ser pura, não podendo subordinar-se a condição ou termo.

Para o Professor Carlos Eduardo Minozzo⁴⁰, o inciso I destaca que o significado jurídico de “obrigação” e “dever” é diverso e quanto a este aspecto, cita a lição de João de Matos Antunes Varella. Segundo ele, “o dever jurídico é expressão mais ampla do que obrigação, por abranger não somente os deveres oriundos de relações creditórias (tipicamente obrigacionais), mas também os advindos dos direitos reais, dos direitos familiares, dos direitos da personalidade, etc”.

E assim conclui o autor⁴¹:

Desse modo, o artigo, em sua nova redação, em consonância com a correta técnica jurídica, permite a deserção, por exemplo, daquele que inadimplir a obrigação de alimentar (abrangida pela locução ‘se omitindo no cumprimento das obrigações do direito de família que lhe incumbiam legalmente’), e, da mesma forma, permite a privação da legítima daquele que, por exemplo, praticar alienação parental ou abandono moral (abrangida pela locução ‘se omitindo no cumprimento dos deveres do direito de família que lhe incumbiam legalmente’).

Em igual sentido, o inciso II visa a punição do pai ou mãe, o qual tenha perdido o seu respectivo poder familiar. Neste sentido, o professor Carlos ressalta que o propósito do referido dispositivo é reconhecer a deserção daqueles pais que tenham sido destituídos do poder familiar em decorrência da prática de atos contrários à moral e aos bons costumes (art. 1.638, III CC)⁴².

Por fim, o inciso III do supracitado artigo permite a privação do direito à herança caso o pai ou a mãe não reconheçam voluntariamente a paternidade/maternidade, enquanto a criança ainda for menor de idade.

⁴⁰ POLETTI. Carlos Eduardo Minozzo. **Indignidade sucessória e deserção**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 454.

⁴¹ *Ibid.*, p. 454-455.

⁴² *Ibid.*, p. 455.

O Projeto de Lei nº 118/2010 do Senado elenca as três causas específicas para a deserdação, além das hodiernamente previstas, abrangendo todas as formas de inadimplemento familiar, desde a prestação alimentícia até o abandono moral, além de facilitar a exclusão sucessória daqueles pais que perderam o poder familiar ou que não reconheceram a filiação dos filhos voluntariamente.

Vale destacar ainda que o referido projeto dispõe em seu artigo 1.963 a redução do prazo decadencial para o ajuizamento da ação de deserdação para o prazo de dois anos, prazo diverso do previsto hoje de quatro anos. Bem como vale destaque, conforme dispõe no art. 1.965, a possibilidade de perdão pelo testador. Tal hipótese não está prevista em nosso ordenamento jurídico hoje.

Portanto, conclui-se que o Projeto de Lei nº 118 de 2010 tenta solucionar lacunas existentes no Código Civil, no tocante aos Direitos de Família e Sucessões, tendo em vista a realidade fática, dispondo hipóteses expressas e específicas de deserdação, as quais hoje, são objeto de discussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial. O Projeto de Lei ainda está em tramitação no Senado, tendo sido aprovado pelo Relator Senador Demóstenes Torres, com realização de seis emendas, todavia, nenhuma quanto a matéria de deserdação.

5. CONCLUSÃO

Este estudo demonstrou a imprescindibilidade de incluir o abandono afetivo como uma das causas de exclusão sucessória, com o fim de harmonizar o Direito Sucessório ao ordenamento constitucional e aos princípios do Direito de Família. Apesar de o constituinte originário ter realizado avanços na perspectiva da concepção de família, tendo como princípio-base a afetividade, assim como a jurisprudência, que tem buscado se adaptar à realidade fática, o direito sucessório está obsoleto neste ponto, pois ignora a manutenção, ou não, dos laços afetivos e dos deveres constitucionais de cuidado familiar (salvo as exceções tratadas taxativamente, quais sejam: indignidade e deserdação) do herdeiro necessário ou legatário com o autor da herança. O presente trabalho visa criticar o entendimento da doutrina e da jurisprudência que defendem a interpretação restritiva das causas de exclusão da sucessão. Esse pensamento decorre do fato de ambos os institutos serem tratados como sanções civis, as quais devem possuir tratamento análogo ao do Direito Penal, ou seja, entendem a aplicação do princípio da taxatividade.

Entretanto, a Constituição, apesar de assegurar o direito fundamental à herança no seu art. 5º, XXX, também dispõe sobre a observância dos deveres a ela implícitos (previsão do art. 227 ao art. 229). Por esta razão, o direito de herdar não deve ser tido de modo absoluto, pois caso o sucessor pratique ato prejudicial ao autor da herança não fará jus ao desfrute de seus bens.

Por conseguinte, o descumprimento dos deveres familiares (constitucionalmente previstos) por parte do sucessor, por si só, é a razão da exclusão sucessória. Assim, deve-se aplicar extensivamente ao invés de taxativamente as causas de exclusão, pois a inobservância do disposto na CRFB/88 deveria autorizar a exclusão sucessória.

O Projeto de Lei 118/2010 pelo Senado Federal tem como objetivo assegurar a compatibilização do Direito Sucessório quanto às hipóteses de exclusão da sucessão. Nesse projeto, a indignidade e a deserdação têm como finalidade afastar da herança o herdeiro necessário ou legatário que romper definitivamente os laços afetivos com o autor da herança. É justamente a conclusão a que leva o desenvolver do presente artigo, no sentido da possibilidade de exclusão sucessória

do herdeiro necessário e do legatário que abandona afetivamente o autor da herança, como forma de conferir coerência ao ordenamento jurídico. Tal coerência se dará visando a harmonização entre as normas constitucionais e as infralegais e, sobretudo, conferir ao princípio da afetividade seu papel enquanto pedra angular do direito familiar, com o fim de construirmos, de fato, uma sociedade verdadeiramente solidária e fraterna.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. **A indignidade no Direito Sucessório brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CALDERÓN, Ricardo. **Breves considerações sobre conceitos jurídicos indeterminados**. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/conceitos-juridicos-indeterminados/#:~:text=Os%20conceitos%20jur%C3%ADdicos%20indeterminados%20s%C3%A3o,uma%20defini%C3%A7%C3%A3o%20legal%20bem%20delimitada.&text=Exemplos%20cl%C3%A1ssicos%20de%20conceitos%20jur%C3%ADdicos,%E2%80%9D%20e%20%E2%80%9Cbons%20costumes%E2%80%9D>. Acesso em: 06/11/2020.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald. **The philosophy of law**. Oxford, Oxford University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Londres, Duckworth, 1991.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO; Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2020.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2019.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: introdução. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Do contrato no Estado social**: crise e transformações. Maceió: EDUFAL, 1983.

LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>. Acesso em: 08 jun. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Ana Paula Lemes de. Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo. In: TRINDADE, André Karam; SOARES, Astreia; GALUPPO, Marcelo Campos. **Direito, arte e literatura**: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 08/06/2020.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil**: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TORRANO, Luiz Antônio Alves. **Indignidade e deserdação**. São Paulo: Servanda, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: família e sucessões. São Paulo: Atlas, 2020.