



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

FERNANDA ZICA DE SOUSA

**A EXCLUSÃO DA SUCESSÃO PELO ABANDONO AFETIVO DIRETO A PARTIR
DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

BRASÍLIA
2020

FERNANDA ZICA DE SOUSA

**A EXCLUSÃO DA SUCESSÃO PELO ABANDONO AFETIVO DIRETO A PARTIR
DA COLISÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Brasília
2020

AGRADECIMENTOS

A árdua trajetória pela faculdade deve ser percorrida com propósito, sabedoria e persistência, elementos esses intrínsecos ao estudante, mas que enaltecem o seu valor quando sustentados por pessoas queridas do nosso seio social.

Os meus mais profundos e sinceros agradecimentos à minha família, cujo suporte me acompanha desde os primeiros passos na vida e que certamente me respaldará no futuro longínquo.

Aos meus amigos, com quem compartilhei momentos enriquecedores, em especial a Pedro Barriolo, amigo e colega de faculdade, cuja valiosa companhia me proporcionou crescimento pessoal e acadêmico, superando aflições e desafios suscitados pela universidade.

Por fim, porém não menos importante, gostaria de agradecer ao meu orientador, o Prof. Dr. João Costa Neto, cuja paixão pela matéria transparece em suas valiosas aulas, que servem de inspiração para aqueles que as presenciam, e que iluminou minha trajetória na faculdade.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a possibilidade da exclusão do ascendente da sua quota legítima por abandono afetivo direto a partir da ponderação da colisão entre princípios constitucionais. Para a jurisprudência e a doutrina majoritária, as causas de exclusão da sucessão, previstas nos institutos da indignidade e da deserdação, são taxativas e não suportam interpretação extensiva ou por analogia. Entretanto, a partir de uma leitura constitucionalizada dos princípios que regem o Direito de Família e seu reflexo no Direito Sucessório, é possível evidenciar, a partir da análise do caso concreto, a colisão entre os princípios constitucionais da afetividade e da garantia à herança, que, por meio do método da ponderação, permite a exclusão do ascendente faltante com seu papel parental. Deste modo, o presente trabalho está estruturado em quatro capítulos. O primeiro aborda sobre os princípios que guiam o Direito de Família e seus reflexos jurídicos na atual formação da pluralidade familiar. O segundo capítulo versa sobre os aspectos gerais do direito sucessório, os princípios que o regem e ainda aprofunda sobre a explicação das causas de exclusão da herança por indignidade e por deserdação. Em seguida, o terceiro capítulo explica a diferença entre regras e princípios a fim de trazer uma possível solução para a colisão entre os princípios fundamentais da afetividade e da garantia à herança. Por fim, o quarto capítulo analisa o Projeto de Lei nº 867/2011, que propõe alterações substantivas e processuais na indignidade e na deserdação. Para fins de estruturação do trabalho monográfico, utilizou-se o método qualitativo por meio de uma revisão bibliográfica dos institutos apresentados e uma análise crítica interpretativa quanto ao disposto em lei e à posição doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Princípios constitucionais - Colisão - Exclusão da sucessão - Ascendente - Abandono afetivo direto

ABSTRACT

The purpose of this study is to demonstrate the possibility of preventing an ascendant from receiving his or her share of the inheritance due to the child emotional abandonment. Despite it is consolidated in Brazilian Family Law the principle of affectivity as bond to family relationship and its legal rights and responsibilities, the case law and doctrine do not consider the lack of parental care as cause of disinheritance, because it is not expressly foreseen under the articles of disinheritance of the Civil Code. Under these circumstances, there is a evident collision between constitutional principles of affectivity and the right to inheritance. However, from a constitutional interpretation of the principles that guide Brazilian Family and Succession Law and applying the principle of proportionality, it is possible to solve this conflict by depriving the ascendant from his or her share of the inheritance. Thus, this study is a qualitative research structured into four chapters. The first chapter is about the new concept of family and how it is affected by the principles that guide Brazilian Family Law. The second chapter is an overview about Brazilian Succession Law, its principles and an explanation about the causes of disinheritance. The third chapter explains the difference between rules and principles and it brings up a possible solution for the collision between constitutional principles of affectivity and the right to inheritance. Finally, the fourth chapter analyzes the *Projeto de Lei* nº 867/2011, a bill presented before Parliament in order to change the causes of disinheritance.

Keywords: Constitutional principles - Collision - Disinheritance - Ascendant - Child emotional abandonment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível.
AI	Agravo de Instrumento.
Art.	Artigo.
APL	Apelação.
CC/02	Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).
CC/16	Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916).
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
CP	Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940).
CPC	Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).
CSSF	Comissão de Seguridade Social e Família.
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos.
ONU	Organização das Nações Unidas.
PL	Projeto de Lei.
RCL	Reclamação.
REsp	Recurso Especial.
STJ	Superior Tribunal de Justiça.
TJ-BA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.
TJ-DFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.
TJ-MG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.
TJ-PB	Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.
TJ-SC	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.
TJ-SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA E SEUS REFLEXOS NO CONCEITO DE FAMÍLIA	11
2.1 Conceito de família	11
2.2 Proteção jurídica da família	14
2.3 Princípios do Direito de Família	16
2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	16
2.3.2 Princípio da solidariedade familiar.....	19
2.3.3 Princípio da convivência familiar.....	23
2.3.4 Princípio da afetividade.....	26
2.3.5 Princípio da proteção integral da criança	30
2.3.6 Princípio do melhor interesse da criança.....	32
2.3.7 Poder de família.....	33
3 DIREITO DAS SUCESSÕES	36
3.1 Aspectos gerais da sucessão <i>causa mortis</i>	36
3.2 Modalidades de exclusão da herança	44
3.2.1 Indignidade	46
3.2.2 Deserdação	52
4 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	56
4.1 Distinção entre princípios e regras	56
4.2 Colisão entre direitos fundamentais	59
4.3 Colisão entre o princípio da afetividade e o princípio da garantia à herança nos casos de abandono afetivo direto	60
4.4 Do abandono afetivo direto como causa de exclusão da legítima a partir da interpretação do inciso IV do art. 1.963 do Código Civil	66
5 PROJETO DE LEI N° 867/2011	70

6 CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho discorre sobre a possibilidade da exclusão do ascendente da legítima diante da colisão entre os princípios constitucionais da garantia à herança e da afetividade. A partir da observação do caso concreto, é possível averiguar se o direito à herança do ascendente inadimplente com seu papel parental colide com o princípio da afetividade, atualmente considerado elemento de conexão das relações familiares e um dos fundamentos da legítima. Contudo, por meio da ponderação entre os princípios colidentes, uma possível solução para este conflito é a exclusão do ascendente faltante com seu papel familiar.

Para tanto, necessário observar a mudança de paradigma social que refletiu diretamente na formação e no atual conceito de família, que não se baseia apenas por vínculo biológico, considerado atualmente elemento de conexão familiar secundário, mas, principalmente, por laços afetivos e solidários ali formados.

Acompanhando as alterações e as exigências sociais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 revolucionou a interpretação do aparato jurídico ao elevar o homem como centro de objeto de tutela do direito por meio de uma releitura pautada no princípio da dignidade humana. Diante disso, o instituto familiar passou a ter primordial função emancipadora de cada membro de seu seio, principalmente em relação à criança, categoria vulnerável que necessita de especial tutela estatal para o seu pleno desenvolvimento como ser social e político.

Neste diapasão, oportuno trazer os princípios que regem o Direito de Família, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o da afetividade, o da solidariedade familiar, o do melhor interesse da criança, entre outros, para delimitar o papel de cada ente familiar. Importante frisar que o Direito das Sucessões possui íntima conexão com o Direito de Família, sendo que os princípios que regem este instituto refletem diretamente naquele, como no caso da legítima, quota da herança destinada especificamente para os herdeiros necessários. Contudo, a matéria do direito sucessório parece estar obsoleta com relação aos demais ramos do Direito, principalmente com relação ao Direito de Família, não conseguindo acompanhar as emancipações conquistadas por esta esfera. Observa-se este fato quando o ascendente, mais corriqueiramente o genitor, falta com seu papel parental, inadimplindo com seus deveres morais e jurídicos no seio familiar, mas que, ainda assim, faz jus à sua quota da legítima por ser um herdeiro necessário, e pelo fato de que o abandono afetivo não está expressamente previsto como causa de exclusão da sucessão.

Objetiva-se, portanto, debater sobre a possibilidade da exclusão deste ascendente da herança ao observar a colisão entre princípios fundamentais aí existentes, quais sejam, o da garantia à herança e o da afetividade.

2 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA E SEUS REFLEXOS NO CONCEITO DE FAMÍLIA

A família é fundamentalmente um dos institutos mais antigos e basilares da sociedade e, conseqüentemente, sempre foi objeto de tutela do Estado. Sua formação e sua concepção recorrentemente sofreram alterações conforme a transformação e a exigência da sociedade, entretanto o seu elo sempre esteve associado a vínculos sanguíneos, que serviam de elemento de conexão para direitos e deveres intra-familiares e para a sucessão de bens *post mortem*. Contudo, o vínculo biológico nem sempre se apresentava como elemento de conexão suficiente e sólido para garantir os efeitos jurídicos provenientes do parentesco entre os indivíduos, o que demonstrou-se necessária a reinterpretação do elo entre os vínculos familiares.

2.1 Conceito de família

Historicamente, o modelo patriarcal predominou como o modelo familiar ocidental, inclusive em território brasileiro, em que os entes familiares eram reconhecidos pela sociedade e pelo Estado apenas quando o matrimônio selava a união entre um casal, o homem e a mulher, de onde advinham os filhos legítimos. O entendimento de família tinha que passar pelo crivo moral e estatal através do casamento, e os filhos legitimamente reconhecidos seriam apenas aqueles concebidos de tal celebração religiosa. Crianças adotadas, acolhidas ou oriundas fora do casamento, vulgarmente classificadas como bastardas, não tinham o reconhecimento social e eram marginalizadas pelo Estado por não se adequarem ao critério arcaico de filiação, mesmo quando compartilhavam laços sanguíneos com um ou ambos os pais. Neste sentido, Mírian T. Castro Lima esclarece que:

As Constituições de 1946 e de 1967, bem como o Código Civil de 1916, expressamente indicavam que a família tinha origem no matrimônio e era comandada pelo homem. Traduzia-se nesses diplomas a mentalidade conservadora, hierarquizada e patrimonialista do conceito de família, típica da época em que foram elaborados.¹

¹ LIMA, Mírian T. Castro Neves de Souza. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Gênese das Inovações do Direito de Família. *Série de aperfeiçoamento de magistrados 13: 10 Anos de Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos, e Novos Rumos*. Rio de Janeiro: EMERJ, vol. 1, 2013, p. 68. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anoscodigocivil_volIII_66.pdf>. Acesso em: 14 ago 2019.

O então conceito de família permitiu o tratamento jurídico desigual entre aqueles que compartilhavam traços sanguíneos, conforme previa o art. 332² do Código Civil de 1916, assim como a discriminação da prole oriunda fora do casamento, de acordo com os art. 337³ e 358⁴ do mesmo diploma.

Essa convenção social do instituto familiar afetava não somente os direitos de família, mas refletia diretamente nos direitos sucessórios. Apesar deste entendimento parecer rudimentar, ele era há pouco concebido pelo ordenamento jurídico brasileiro, que acreditava que estava protegendo a família, quando, na verdade, apenas queria garantir a cristalização do casamento, entendimento este também compartilhado por Paulo Lôbo, que explica:

As mudanças dos papéis da família foram contributos decisivos para a redefinição da ordem de vocação hereditária, pois esta não pode ser opção arbitrária do legislador, uma vez que promana de raízes profundas nas concepções sociais reinantes em cada tempo. As inclusões, exclusões e preferências decorrem de valores morais, políticos, religiosos, afetivos. Foram essas as razões da exclusão no passado dos filhos extramatrimoniais da ordem de vocação hereditária em relação à herança deixada por seus pais biológicos, que nem mesmo poderiam contemplá-los em testamento. Enquanto perdurou a exclusividade legal da família matrimonial, os parentes extramatrimoniais não existiram para o direito das sucessões.⁵

Nota-se que o conceito de família era singular, limitado e inflexível, pautado apenas em uma associação religiosa cerimonial, que legitimava o *status* de membro familiar, refletindo diretamente nos deveres e direitos provenientes deste meio.

Diante das profundas alterações sociais e da conseqüente mudança de paradigma referente ao planejamento e à estruturação familiar, o entendimento de casamento como núcleo de formação doméstica ficou obsoleto, e o liame entre entes familiares apenas por laços sanguíneos demonstrou-se secundário, de modo que reservava ao sistema jurídico acompanhar tais transformações para proporcionar respostas aos anseios sociais.

Fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 proporcionou uma releitura do conceito de família, em que reconhece a pluralidade de entidades familiares como instituições sólidas e singulares, que merecem especial proteção estatal e que devem proporcionar a emancipação de cada um de seus membros a partir da realização e da

² CC/16 Art. 332. O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção.

³ CC/16 Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou nulo, se contraiu de boa fé.

⁴ CC/16 Art. 358. Os filhos incestuosos ou adulterinos não podem ser reconhecidos.

⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, vol. 6, p. 78.

proteção dos direitos fundamentais inerentes a cada integrante por meio do convívio responsável, afetivo e solidário.

A mudança de paradigma permitiu que o entendimento da família contemporânea ultrapassasse os ditames patriarcalista e biológicos, recepcionando-se a afetividade como elemento de conexão estrutural do instituto familiar, compreensão pacífica na doutrina brasileira e defendida pelo jurista Paulo Lôbo, que nos ensina:

A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte de século XX, entrou em crise, culminando com a sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento do outro, a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida.⁶

Neste diapasão, Pereira (2016, p. 221) igualmente assevera que o princípio da afetividade permite a compreensão e a estruturação da família, ultrapassando os laços jurídicos e consanguíneos, sustentando também a formação e a consolidação da parentalidade sócio-afetiva.

Aliás, concretiza-se o reconhecimento da afetividade como elemento jurídico caracterizador das relações familiares na jurisprudência brasileira, conforme o seguinte julgado:

EMENTA: APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE ADOÇÃO. MENOR SOB A GUARDA E PROTEÇÃO DOS AUTORES DESDE TENRA IDADE. VÍNCULO AFETIVO CONSOLIDADO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PREVALÊNCIA. MANUTENÇÃO DA FAMÍLIA ADOTIVA. APELO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA, ALIADOS À EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO, SOBREPÕE-SE ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA OS PROCEDIMENTOS DA ADOÇÃO, DEVENDO NORTEAR AS DECISÕES JUDICIAIS. ENCONTRANDO-SE A MENOR SOB A GUARDA E PROTEÇÃO DOS ADOTANTES DESDE TENRA IDADE, RECONHECENDO-OS COMO PAIS E DEMONSTRANDO, COM ISSO, O FORTE VÍNCULO DE AFETIVIDADE ESTABELECIDO, DEVE SER MANTIDA A SENTENÇA QUE DEFERIU A ADOÇÃO. PRIVAR A ADOTANDA DO CONVÍVIO DA FAMÍLIA EM QUE SE ENCONTRA INTEGRADA E EMOCIONALMENTE ADAPTADA, OBRIGANDO-A A CONVIVER E NUTRIR LAÇOS COM A MÃE BIOLÓGICA CAUSARIA SOFRIMENTO E OFENDERIA O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.⁷ (grifo nosso)

⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 5, p. 15.

⁷ BAHIA. Tribunal de Justiça (2. Câmara Cível). Apelação 0003455-39.2005.8.05.0274. Relator: Des. Edmilson Jatahy Fonseca Júnior, 30 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/422576996/apelacao-apl-34553920058050274>>. Acesso em: 12 out 2019.

É possível observar, destarte, que as relações familiares, assim como suas consequências jurídicas, pautam-se não somente por vínculo biológico, mas primordialmente pelo vínculo afetivo, pela troca de relação calorosa e solidária no seio familiar. Apesar de estar intimamente vinculado aos ditames do Direito de Família, o Direito das Sucessões ainda apresenta em sua redação um texto bastante obsoleto, fundado apenas na antiga concepção biológica apesar dos esforços doutrinários de atualizar as aplicações jurídicas deste ramo. Um evidente descaso legislativo e um entrave no judiciário no âmbito sucessório é em relação ao direito à herança dos ascendentes, em especial dos genitores, que, mesmo quando abandonam afetivamente e materialmente a criança pela qual eram responsáveis, possuem o direito de herdar seus bens. Nota-se a marginalização da afetividade na matéria sucessória, que, apesar de apresentar tímida menção em sentenças nesta seara, ainda é desconsiderada como primordial vínculo familiar.

2.2 Proteção jurídica da família

A família é o primeiro e principal meio transformador da pessoa, por onde esta possui seu primeiro contato humano, tanto por sentimentos displicentes, como a tristeza e a raiva, quanto por sentimentos calorosos, como carinho, cuidado e atenção. O tratamento entre os membros familiares, principalmente em relação às crianças⁸, vai refletir diretamente no seu comportamento perante a sociedade, o que torna imprescindível um convívio próspero e sólido entre seus membros para a preparação da futura pessoa independente e individual e sua interação no ambiente social. Cabe, desta forma, aos indivíduos pertencentes a esta entidade a deferência mútua; à sociedade, respeitar e proteger a pluralidade familiar, assim como a interação entre seus membros; e ao Estado, tutelar os direitos fundamentais tanto individuais quanto os da própria instituição.

A condição extraordinária e singular de cada ente familiar neste ambiente é compreendida como direito fundamental da pessoa humana, por refletir a dignidade humana como membro da família, portador de direitos e deveres inerentes deste instituto⁹.

⁸ De acordo com o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança aquela com até doze anos de idade incompletos, e adolescente entre doze e dezoito anos. Para fins didáticos, o presente trabalho usará as nomenclaturas “criança”, “infante” e “menor” para identificar tanto as crianças quanto os adolescentes.

⁹ Neste sentido, a família tornou-se um espaço de emancipação de seus membros, onde efetivamente há o desenvolvimento pessoal e a plena concretização existencial do indivíduo. A respeito da importância da família na formação da pessoa humana, Rodrigo da Cunha Pereira aponta que: “Sem dúvida, a família é o lugar

O espaço familiar como meio transformador do ser humano é amplamente difundido em âmbito internacional, sendo expressamente reconhecido na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH)¹⁰ como núcleo natural e fundamental da sociedade, o qual tem direito à proteção da sociedade e do Estado¹¹. Destarte, tal instrumento reconhece em seu Preâmbulo que a cada membro familiar é devida a manutenção da dignidade da pessoa humana por incumbir-lhe direitos inalienáveis que visam a liberdade, a paz e a justiça.

Além do notório empenho internacional, a preocupação da tutela das famílias refletiu diretamente no ordenamento jurídico brasileiro, recebendo especial proteção da Constituição Federal de 1988, conforme prevê seu art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Caracterizada como estrutura básica da sociedade, a família permite a formação social do indivíduo para que ele se identifique no meio coletivo e possa traçar relações saudáveis dentro da cultura em que se está inserido, além de proporcionar sua formação política para que possa exercer a sua cidadania e ter plena capacidade para a realização de seus direitos e deveres. Sendo a família parte estruturante do Estado, Madaleno (2019, p.35) expõe que:

a convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política.

Justificada está a especial proteção estatal da família em busca da manutenção sólida e próspera do ambiente doméstico a fim de resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana e de providenciar o ideal desenvolvimento de cada membro para a formação do presente e futuro cidadão. Assim, “a família é tanto uma estrutura **pública** como uma relação **privada**, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social” (DIAS, 2016, p. 35, grifos da autora).

privilegiado da realização da pessoa, pois é o *locus* onde se inicia um desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde se vivem as primeiras lições de cidadania e onde se reportará mais tarde para os laços sociais”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 219.

¹⁰ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi promulgada em 10 de dezembro de 1948 como instrumento de norma comum internacional de caráter universal, a ser alcançada por todos os povos e nações, em que estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. Ainda segundo esta organização, os direitos humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. A definição da ONU e os conceitos da DUDH e dos Direitos Humanos foram consultados no site oficial das Nações Unidas, nos respectivos sítios eletrônicos: <<https://nacoesunidas.org/conheca/>>; <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>; e <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 05 set. 2019.

¹¹ Artigo XVI - 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Elemento basilar do ordenamento jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana irradia seu conteúdo para os demais princípios e regras a fim de garantir que a pessoa viva com o mínimo existencial, e que seus direitos fundamentais sejam exercidos e respeitados. No âmbito familiar, é possível localizar no teto constitucional ou mesmo em normas esparsas alguns princípios que fundamentam a sua formação e proteção, como o princípio da convivência familiar, o da solidariedade, o da proteção integral da criança, o do melhor interesse da criança e o da parentalidade responsável. Além desses princípios expressamente observados no ordenamento pátrio, há aqueles que desdobram-se destas normas principiológicas e a elas estão entrelaçados, como o princípio da afetividade.

2.3 Princípios do Direito de Família

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é o guia norteador primário da coexistência humana e do tratamento que cada pessoa deve receber entre si, seja nas relações privadas, seja nas estatais. Seu conteúdo embasa os direitos fundamentais mínimos que todo indivíduo deve exercer para a sua realização pessoal, pautada numa vida digna. Segundo Madaleno (2019, p. 48), os direitos fundamentais representam a situação jurídica essencial para a realização da pessoa humana.

Após a Segunda Guerra Mundial¹², a dignidade da pessoa humana tornou-se um dos principais fundamentos éticos, morais e jurídicos, servindo como ferramenta para a centralização do homem no direito e, conseqüentemente, para o advento e a concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Paulatinamente este princípio foi incorporado em diversos instrumentos internacionais, como a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, além de ter sido amplamente recepcionado como centro axiológico em diversas constituições domésticas, inclusive a brasileira.

¹² O tema da dignidade da pessoa humana emancipou para o patamar jurídico nacional e internacional após o reconhecimento das extremas violações cometidas durante o período da Segunda Guerra Mundial de 1945. Segundo Luiz Roberto Barroso, é após esse período que a dignidade começa a ser abordada e introduzida pelo Direito como um conceito jurídico, uma expressão normativa de caráter deontológico, deixando de ser apenas um valor moral, emancipando-se para princípio jurídico passível de ser demandado perante o Poder Judiciário. BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010, p. 10. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

Sendo o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, expressamente previsto no inciso III do art.1º da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade humana difunde-se implicitamente nos demais princípios e normas constitucionais, possibilitando a sua aplicação como relevante instrumento de interpretação jurídica para a autodeterminação do indivíduo. A respeito da recepção da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, Barroso (2010, p. 11) nos esclarece que a dignidade humana, como valor fundamental, elevou-se a um princípio jurídico devido ao seu caráter de mandamento normativo, além do fato de estar expressamente previsto na Constituição Federal. Diante dessas duas características, a dignidade humana serve como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Destarte, o princípio da dignidade humana irradia o seu brilho por todo o horizonte jurídico, sendo a semente que germina o aparato jurídico e estende suas raízes, de onde emanam princípios fundamentais, dos quais folheiam direitos constitucionais e infraconstitucionais.

Por ser considerada por muitos um termo de alta abstração, a recorrente discussão sobre a definição da dignidade da pessoa humana permeia nos debates jurídicos internos. Neste sentido, Daniel Sarmiento, em sua obra “Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia”¹³, cita o posicionamento de alguns doutrinadores quanto à matéria, conforme exposto:

Ingo Wolfgang Salert teceu considerações importantes sobre a matéria¹⁴, aludindo à dimensão ontológica da dignidade, ligada ao valor intrínseco da pessoa, e à dimensão intersubjetiva, que se conecta às relações sociais em que o indivíduo se insere, que devem se nortear pelo reconhecimento recíproco de direitos e deveres. Ressaltou, por outro lado, que o princípio da dignidade humana envolve tanto limites quanto tarefas do Estado e para a sociedade, cumulando, portanto, as funções defensiva e prestacional.

[...]

Maria Celina Bodin de Moraes também empreendeu o esforço de definição do conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁵. Ela partiu do que chamou de “substrato matéria da dignidade”, que corresponde a uma compreensão da pessoa na comunidade. Trata-se, nas suas palavras, do “sujeito moral”, “que reconhece a existência de outros sujeitos iguais (...) merecedores do mesmo respeito à integridade psico-física”, “dotado de autodeterminação”, que integra um grupo social no qual não pode “ser marginalizado”. A partir desse substrato, desdobrou a dignidade humana em quatro princípios: igualdade (não apenas formal, mas também material), integridade psicofísica, liberdade e solidariedade.

¹³ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____(org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, p. 15-43 Apud SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 90.

¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar: 2010, p. 85 Apud SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 90-91.

Compreende-se, desta forma, que a dignidade humana está vinculada a duas dimensões: a subjetiva, inerente à própria condição de pessoa humana, e a social, na qual almejam-se o respeito mútuo e a promoção de direitos e deveres recíprocos. Com relação a esta segunda dimensão, o meio social deve se comprometer em manter um quadro de dignidade para os indivíduos que o integram, baseado numa perspectiva solidária entre seus integrantes, principalmente em meio familiar, espaço inicial da existência e experiência humana

A jurisprudência brasileira consolida o entendimento de que a família é meio estruturante da dignidade da pessoa humana, principalmente em relação aos infantes, como ambiente de valorização e emancipação de cada ente, conforme observa-se nos seguintes julgados:

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR - NECESSIDADE DE CONVÍVIO COM O GENITOR. A visitação não constitui apenas um direito assegurado aos genitores, mas um direito da criança de manter íntegra a relação familiar, objetivando-se minimizar o impacto psicológico negativo decorrente da perda da convivência diária com seus parentes. De acordo com o Princípio Constitucional do Melhor Interesse da Criança, que surgiu com a primazia da dignidade humana, perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, deve-se preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de fragilidade, a criança e o adolescente, por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade.¹⁶

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL - HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO - INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO - - REALIZAÇÃO DE ESTUDO PSICOSSOCIAL - REQUISITO IMPRESCINDÍVEL - ART. 197-C DO ECA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. - Consoante o Princípio Constitucional do Melhor Interesse da Criança, que surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, deve-se preservar ao máximo aqueles que se encontram em situação de fragilidade, a criança e o adolescente, por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade - Não somente as condições financeiras e econômicas do interessado em exercer a adoção devem ser levadas em consideração, visto que as necessidades do menor ultrapassam os limites materiais, adentrando no campo da afetividade, do amparo psíquico, social e sentimental - É imprescindível o preenchimento de todos os requisitos necessários à inscrição no cadastro de pretendentes à adoção, inclusive a realização do estudo psicossocial com o casal adotante, tendo em vista o princípio do melhor interesse do

¹⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (4. Câmara Cível). Agravo de Instrumento 10111180009636001/MG, Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes, 21 de março de 2019. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/690236975/agravo-de-instrumento-cv-ai-10111180009636001-mg/inteiro-teor-690237045?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 out 2019.

menor, que tem o direito de ser acolhido por uma família psico e socialmente estruturada.¹⁷

Assim, a unidade familiar ultrapassa o rudimentar entendimento de simples formação institucional, fundada em relações consanguíneas com função reprodutiva e econômica, para elevar-se como instrumento de formação e desenvolvimento da identidade do próprio indivíduo, por meio do amparo e de sentimentos afetuosos, e de onde emanam deveres, que futuramente refletirão em seu papel social. A respeito da dignidade na aceção do meio familiar, autorizado o entendimento de Silmara Amarilla, que assevera:

A dignidade oriunda da concepção de parentalidade pressupõe dois pressupostos: o primeiro é endógeno, referente à tutela dos mais vulneráveis diante da garantia de condições necessárias para o desenvolvimento físico, moral, emocional e psíquico dos menores (art. 227 da CF) ou no amparo aos idosos (art. 230 da CF); o segundo pressuposto é exógeno, em que o Estado e a sociedade têm o dever de reconhecer o valor inato dos seres humanos no seio familiar, garantindo a solidariedade e a necessidade daqueles que se mostrem mais vulneráveis para proporcionar-lhes vida digna e plena. Compromisso familiar, social e estatal.¹⁸

2.3.2 Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade é uma qualidade pertencente ao campo moral, enaltecendo a entidade da pessoa humana que, por vontade própria, ampara terceiros sem a cobrança de qualquer tipo de contraprestação, movida unicamente pelo sentimento altruísta.

O seu inspirador valor ético tornou-se um dos fundamentos da formação do Estado Democrático de Direito, que prega em sua instituição uma sociedade livre, justa e solidária, previsão expressa no inciso I do art. 3º da CF/88¹⁹. Desta forma, o princípio da solidariedade visa a emancipação do indivíduo por meio da superação do individualismo jurídico, a partir da cooperação, da assistência mútua e da promoção e observação de direitos e deveres. Para Paulo Lôbo:

O *pathos* da sociedade de hoje, comprovado em geral por uma análise mais detida das tendências dominantes da legislação e da aplicação do direito, é o da solidariedade;

¹⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (4. Câmara Cível). Apelação Cível 10056180024665001/MG, Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes, 22 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749000497/apelacao-civel-ac-10056180024665001-mg/inteiro-teor-749000597>>. Acesso em: 12 out 2019.

¹⁸ AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 81-82.

¹⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade. Para o desenvolvimento da personalidade individual é imprescindível o adimplemento dos deveres interrogáveis de solidariedade, que aplicam condicionamentos e comportamentos interindividuais realizados num contexto social.²⁰

Além de seu importante reconhecimento em meio social, a solidariedade também consolidou-se no âmbito familiar, pois, conforme anteriormente exposto, a entidade familiar é um instituto no qual as relações entre seus membros pressupõem direitos e deveres jurídicos mútuos, hermeneuticamente ou expressamente previstos tanto na Carta Magna quanto em legislações infraconstitucionais. O ordenamento jurídico brasileiro extensamente aponta a solidariedade familiar como base fundamental para a solidificação do instituto familiar por meio de dispositivos que delimitam o papel de cada um de seus integrantes para a construção e manutenção de uma ambiente saudável e harmônico, como prevêm os incisos III e IV do art. 1.566²¹, os art. 1.567²² e 1.568²³, entre outros do Código Civil. Não obstante, reconhece o legislador a condição de vulnerabilidade de determinados entes, como as crianças e os idosos, que recebem especial tutela constitucional, conforme os artigos 229 e 230 da Carta Magna, que dispõem: “Art. 229 Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”; “Art. 230 A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

A fim de satisfazer os artigos supracitados, o princípio da solidariedade justifica o amparo financeiro entre os membros familiares para a garantia de uma vida minimamente digna, consoante os seguintes julgados:

APELAÇÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO DE REDUÇÃO. CRITÉRIOS DE POSSIBILIDADE E NECESSIDADE ATENDIDOS. SENTENÇA MANTIDA. A fixação de alimentos é inerente a relato de parentesco e, devendo atender ao o trinômio

²⁰ LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - FAMÍLIA E SOLIDARIEDADE, 2007. *Anais eletrônicos*. Belo Horizonte: Cento de Convenções Minascentro, 2007, p. 1. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 15 ago 2019.

²¹ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

²² Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

²³ Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

possibilidade-necessidade e proporcionalidade, porquanto os alimentos fundam-se em princípio da solidariedade familiar e humana. Há, portanto, a necessidade no provimento alimentar, até mesmo porque o valor auferido pelo alimentante comporta o pagamento do percentual fixado, além de que é obrigação do pai contribuir para as despesas de seus filhos, a fim de permitir que a criança mantenha uma condição social digna. Art. 557, caput, do CPC.²⁴

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE REVISÃO CONVERTIDA EM EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. PRETENSÃO PATERNA DEDUZIDA EM RAZÃO DO FILHO TER ATINGIDO A MAIORIDADE E EXERCER ATIVIDADE ECONÔMICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. APELAÇÃO. INSURGÊNCIA DO ALIMENTADO. VERBA ALIMENTAR FIXADA ANTERIORMENTE EM COMPOSIÇÃO ENTRE AS PARTES E COM RAZOABILIDADE EM ATENÇÃO AO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE (CC, ART. 1.694, §1º) AO TEMPO EM QUE O PAI ERA SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **OBRIGAÇÃO ALIMENTAR QUE, SE NÃO MAIS DECORRE DO EXERCÍCIO DO PODER DE FAMÍLIA, INSPIRA-SE NO DEVER DE SOLIDARIEDADE E ASSISTÊNCIA MÚTUA DOS PARENTES, INCLUSIVE PARA ATENDIMENTOS DAS NECESSIDADES DO ALIMENTADO QUANTO À EDUCAÇÃO (CC. ART. 1.694, CAPUT). DISPENSA QUE NÃO OCORRE AUTOMATICAMENTE COM A MAIORIDADE.** INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 358 DO SUPERIOR TRIBUNAL DA JUSTIÇA. INCORRÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO *QUANTUM SATIS* DE QUE O CENÁRIO RESTOU ALTERADO EM DESFAVOR DO GENITOR. PROVA DOCUMENTAL INDICATIVOS CONTRÁRIOS NO SENTIDO DE QUE O ALIMENTANTE TRANSFERIU-SE PARA RESERVA DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA PROMOVIDO AO POSTO DE TERCEIRO SARGENTO. ELEVAÇÃO DO PADRÃO DE VIDA SOCIAL INTUITIVO. ÔNUS DA PROVA QUANTO À MUDANÇA SIGNIFICATIVA DO PANORAMA DELINEADO AO TEMPO DA ESTIPULAÇÃO DOS ALIMENTOS QUE CABIA AO GENITOR (CPC/2015, ART. 373, I). NECESSIDADE DO ALIMENTANDO. PROVAS DOCUMENTAL E ORAL. FILHO QUE, EMBORA COM VINTE E QUATRO ANOS, FREQUENTA CURSO DE ENSINO SUPERIOR. DEMONSTRAÇÃO DE PADECIMENTO DE DOENÇA DENOMINADA “CERATOCONE” QUE COMPROMETE SUA ACUIDADE VISUAL. DESEMBOLSOS SIGNIFICATIVOS COM O TRATAMENTO, INCLUSIVE COM INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. TRANSPLANTE DE CÔRNEA RECOMENDADO PELO MÉDICO ASSISTENTE. DIFICULDADES INERENTES NO MERCADO DE TRABALHO. REALIDADE FÁTICA QUE NÃO COMPORTA A EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS DECRETADA NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. PRECEDENTES VERBA ALIMENTAR QUE DEVE SER RESTABELECIDO. SENTENÇA REFORMADA, A FIM DE RESTABELECER A VERBA ALIMENTAR EM FAVOR DO FILHO (CC, ART. 1.694, CAPUT). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. **Esta Corte de Justiça, na esteira de julgados do Superior Tribunal de Justiça, vem proclamando que a “maioridade civil, em que pese fato cessar o poder de família, não extingue, de modo automático, o direito à percepção de alimentos, que subjaz na relação de parentesco e na necessidade do alimentando, especialmente estando matriculado em curso superior (STJ, RHC 28566/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. em 21/09/2010). (Apelação Cível n. 2009.010841-3, de Videira, rel. Des. Luiz Fernando Boller da Quarta Câmara de Direito Civil, j. 8.12.2011), e, principalmente, quando o alimentando enfrenta sérios problemas de saúde, momento da vida em que deve contar com a**

²⁴ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça (3. Câmara Cível). Apelação 00396009820118190014. Relatora: Des. Helda Lima Meireles, 17 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380142011/apelacao-apl-396009820118190014-rio-de-janeiro-campos-dos-goytacazes-3-vara-de-familia/inteiro-teor-380142019>>. Acesso em: 12 out 2019.

solidariedade e a assistência de seu genitor em decorrência do vínculo familiar.²⁵
(grifos nossos)

Entretanto, diferentemente de outros ramos do direito, o meio familiar necessita de relações que ultrapassem o mero auxílio material, instigando o tratamento ético e o dever moral entre parentes através da assistência emocional, afetiva, educacional e protetora, o que funcionaliza a família como meio de valorização da vida de cada integrante para o seu próspero desenvolvimento. Assim, no seio familiar, “o cuidado, sob o ponto de vista do direito, recebe força subjacente do princípio da solidariedade, como expressão particularizada desta” (LÔBO, 2014, p. 58).

Desta forma, a solidariedade familiar pressupõe, além do auxílio financeiro, o amparo imaterial entre os seus entes que, em comunhão de vida, são responsáveis uns pelos outros. Este conteúdo solidário engloba duas perspectivas distintas, porém correlatas: a primeira, que permeia o elemento do cuidado; e a segunda, quanto ao reconhecimento do outro como sujeito de direito.

O cuidado decorrente do princípio da solidariedade supera o mero entendimento de sustento patrimonial e alcança o patamar de suporte emocional, moral e educacional entre os membros familiares, principalmente com relação às crianças, para que estes possam atingir o seu pleno e saudável desenvolvimento a fim de superar a sua condição de vulnerabilidade. Além do cuidado, a solidariedade pressupõe o respeito e a cooperação mútua nos relacionamentos ali traçados²⁶, de modo que decorre deste convívio o afeto entre seus membros (TARTUCE, 2014, p. 1230-1231).

O segundo reflexo da solidariedade, que inclusive é uma das premissas constitucionais do Estado Democrático de Direito, pressupõe o reconhecimento do outro como sujeito de direitos para a construção de sua dignidade, ultrapassando o sentimento individualista enraizado na atual sociedade.

Desta forma, a solidariedade, como categoria moral, adquiriu qualidade normativa frente aos deveres de cada indivíduo com os demais, em prol da realização existencial da pessoa humana, principalmente no ambiente familiar.

²⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (4. Câmara Cível). Apelação Cível 0005526-13.2013.8.24.0045/Palhoça. Relator: Des. Luiz Felipe Schuch, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/765408819/apelacao-civel-ac-55261320138240045-palhoca-0005526-1320138240045/inteiro-teor-765408872?ref=serp>>. Acesso em: 16 out 2019.

²⁶ Nesses ditames, AMARILLA (2014, p. 85) aponta que a previsão constitucional da solidariedade familiar possui fundamento no processo de repersonalização das relações familiares, afastando o individualismo e exaltando o papel social desta instituição por meio do cuidado recíproco entre seus entes, principalmente na parentalidade, que se reflete, dentro outras formas, pela cooperação, colaboração e assistência não somente material, mas também emocional e moral.

2.3.3 Princípio da convivência familiar

O convívio familiar, pautado na solidariedade e na afetividade, é fundamental para que o indivíduo se identifique como ser acolhido e respeitado, de forma a promover a existência digna da pessoa humana por meio do exercício irrestrito de direitos fundamentais. Desta forma, o respeito mútuo, o suporte emocional e material e o equilíbrio de valores e de anseios de cada membro proporcionam a formação da personalidade da pessoa, que permitirá sua convivência sadia em meio coletivo.

Diante de sua função socializadora e emancipadora, o princípio da convivência familiar é revestido de garantia constitucional ao ser enunciado no art. 227²⁷ da Carta Magna, como dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária.

Além do fundamento constitucional, evidencia-se tal princípio em instrumentos internacionais nos quais o Brasil é Estado-Membro, nos termos do artigo 9.3²⁸ da Convenção dos Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/90), e em legislações domésticas esparsas, como o art. 4º, *caput*²⁹ e o art.19, *caput*³⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

O princípio da convivência familiar possui duas dimensões de atuação, sendo interna, quando transparece as relações intersubjetivas dentro do ambiente familiar; e externa, referente à atuação de terceiros a essa relação.

A respeito da dimensão externa, uma de suas características é de cunho prestacional, em que cabe ao Estado proporcionar políticas públicas que auxiliem a manutenção e a preservação do meio familiar em termos econômicos, políticos e sociais, de forma a proporcionar a cada ente individualmente e coletivamente o seu pleno exercício de direitos. A segunda característica refere-se ao dever do Estado e da sociedade em respeitar o ambiente

²⁷ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²⁸ Artigo 9.3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

²⁹ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

³⁰ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

familiar de modo a não interferir injustificadamente, além de prestar vigia quanto à tutela dos direitos de seus membros, de sorte a denunciar violações ali ocorridas por outros agentes externos ou pelos seus próprios integrantes. Neste ponto, cabe unicamente ao Estado tomar as medidas necessárias para o retorno do *status quo* harmônico do meio familiar.

Já a dimensão interna corresponde às relações intersubjetivas entre os integrantes daquele meio, cuja interação deve ultrapassar a mera coexistência de corpos para atingir uma convivência cooperativa, colaborativa e emancipadora de seus membros. Desta interação, a criança, como ser em sua essência vulnerável e em processo de desenvolvimento, deve se valer das relações familiares para o acompanhamento das atividades que lhe são inequívocas e para estruturar positivamente a sua formação social e política. Observa-se, portanto, que o princípio da convivência familiar está intimamente enlaçado com outros princípios que necessariamente o legitimam, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, o melhor interesse da criança e a parentalidade responsável.

Assim, é evidente que a convivência familiar promovida e tutelada pela Constituição não prega estritamente a mera relação parental biológica vazia, mas eleva o ambiente familiar como meio de cuidado e afeto dos indivíduos que ali convivem, a fim de promover a dignidade da pessoa humana. Este é o entendimento da jurisprudência brasileira, como se observa:

EMENTA PARA CITAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONSTITUCIONAL PRELIMINARES. RECLAMAÇÃO. FUNGIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVIVÊNCIA FAMILIAR. AMPLITUDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ESTUDO COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. 1. O RECURSO CABÍVEL CONTRA A DECISÃO PROFERIDA EM “PASTA ESPECIAL” É O AGRAVO DE INSTRUMENTO, POIS, AOS PROCEDIMENTOS AFETOS À JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE ADOTA-SE O SISTEMA RECURSAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, CONFORME ART. 198 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ENTRETANTO, APLICA-SE, *IN CASU*, O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE, A ENSEJAR A CONVERSÃO DA RECLAMAÇÃO NO RECURSO CABÍVEL À ESPÉCIE. 2. **DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR CONSISTE NO DIREITO A VIVER E A CRESCER EM AMBIENTE FAMILIAR DIGNO, LIVRE DE PERIGOS DECORRENTES DO ABANDONO, DOS MAUS-TRATOS, E REPLETO DE CARINHO E AFETIVIDADE.** 3. O CONSTITUINTE, AO DISPOR QUE CONSTITUI DEVER DA FAMÍLIA, DA SOCIEDADE E DO ESTADO ASSEGURAR À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR, NÃO O RESTRINGE À FAMÍLIA BIOLÓGICA, POIS NEM SEMPRE SERÁ ESTA A PROPORCIONAR O SEIO FAMILIAR SAUDÁVEL QUE A CRIANÇA NECESSITA. 4. DESNECESSÁRIA A COMPLEMENTAÇÃO DO ESTUDO SOCIAL, SE NENHUM MEMBRO DA FAMÍLIA BIOLÓGICA DA ADOTANDA SE MANIFESTOU NO SENTIDO DE REAVER A SUA GUARDA, OU MESMO DE EXERCER O DIREITO DE VISITAS, SOBRETUDO, POR JÁ ESTAR A MENOR SENDO BEM CUIDADA POR FAMÍLIA SUBSTITUTA POR UM ANO. 5. A INSISTÊNCIA EM ANALISAR A POSSIBILIDADE DE A ADOTANDA FICAR SOB A GUARDA DE SUA FAMÍLIA BIOLÓGICA EXTENSA, QUE NÃO

APRESENTOU INTRESSE ATÉ A PRESENTE DATA, MOSTRA-SE PERIGOSA E NOCIVA AOS DIREITOS DA PRÓPRIA CRIANÇA, POR INVIABILIZAR CONVIVÊNCIA FAMILIAR DIGNA E AFETIVA, JÁ LHE PROPORCIONADA PELOS REQUERENTES À ADOÇÃO. 6. RECURSO NÃO PROVIDO. MANTIDA INCÓLUME A R. DECISÃO.³¹ (grifos nossos).

Não obstante, é pacificado na jurisprudência brasileira o reconhecimento da afetividade como elemento fundador das relações familiares e intrínseco ao convívio no qual a criança está inserida, de modo que o que caracteriza a entidade familiar é a correlação de interesses e do cuidado entre seus membros, ultrapassando o mero vínculo consanguíneo. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba manteve a sentença que decidiu que a guarda de um menor deve permanecer com sua madrasta, ex-cônjuge de seu pai biológico, cujo relacionamento durou nove anos. Segundo o voto do relator Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, apesar de não haver razão ou necessidade para destituir o genitor do poder familiar, o menor manifestou interesse em ficar com sua mãe afetiva, o que fundamentou a decisão do relator nos seguintes termos:

Registre-se, muito embora [REDACTED] não tenha sido gerado por [REDACTED], inexistindo, portanto, um cordão umbilical do seu ventre com a criança, a própria vida se encarregou de lhe dar aquele cordão, surgindo o vínculo no dia a dia, **afetiva e efetivamente**, fortalecido na transmissão de convivência, segurança, carinho, acompanhamento, responsabilidade, renúncia e, acima de tudo, **verdadeiro amor maternal!**

Se a mãe afetiva - e não há outro nome a se dar a pessoa com tamanha devoção de cuidar - pode proporcionar um melhor desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social ao adolescente, a nenhum julgador é dado negar essa condição tão-somente por lhe faltar o vínculo da geração.

O laço entre um e outro - e dúvidas quanto a isso não há - transcende tanto ao sanguíneo que **a mãe afetiva, neste caso, torna-se efetiva.**³² (grifos do autor)

Destarte, o abandono afetivo direto por um ou ambos os genitores compromete a convivência familiar sadia à qual a criança possui direito (a dizer, de nível moral e constitucional) e que necessita para o seu pleno desenvolvimento. Ademais, o instituto familiar restaria descaracterizado, pois, do âmbito moral, os pais ou ascendentes deixam de proporcionar um ambiente solidário, afetuoso e colaborativo para a criança; do âmbito jurídico, além dessas prerrogativas, o faltoso deixa de cumprir os deveres inerentes de seu papel parental.

³¹ DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça (1. Turma Cível). Reclamação 0009067-08-2009.807.0000/DF. Relator: Des. Flávio Rostirola, 13 de outubro de 2009. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 15 out 2019.

³² PARAÍBA. Tribunal de Justiça (4. Câmara Cível). Apelação Cível 200.2010.003876-5/001. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho, 28 de junho de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ac-2002010003876-001-gf1-madrasta1.pdf>>. Acesso em: 16 out 2019.

2.3.4 Princípio da afetividade

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a pluralidade familiar emergiu como novo paradigma, afastando o arcaico conceito de família fundada apenas no matrimônio entre o homem e uma mulher, advindo desta comunhão a prole legítima. Do novo entendimento mais humanizado de família, ultrapassou-se o vínculo biológico como elemento de conexão familiar (que passou a ter papel coadjuvante) e solidificou-se a afetividade como liame primário e caracterizador das relações familiares.

Apesar não estar expressamente positivado na Carta Magna, o caráter constitucional do princípio da afetividade advém da interpretação sistêmica dos demais princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade familiar, tornando-se elemento que legitima os vínculos familiares. Neste viés, oportuno o registro de Rodrigo da Cunha Pereira, de cuja lição extrai-se o seguinte fragmento:

A afetividade é um princípio constitucional da categoria dos princípios não expressos. Ele está implícito e construído nas normas constitucionais, pois aí estão seus fundamentos essenciais e basilares: o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade (art. 3º, I), da igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (art. 227, §6º), a adoção como escolha afetiva (art. 227, §§5º e 6º), a proteção à família monoparental, tanto fundada em laços de sangue ou por adoção (art. 226, §4º), a convivência familiar é assegurada à criança e ao adolescente, independente da origem biológica (art. 227).³³

Neste mesmo sentido, Paulo Lôbo explica:

O princípio 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 biológica da família.³⁴

O judiciário brasileiro tem acompanhado as alterações e as demandas das relações sociais a partir de uma releitura sistematizada da Constituição, em que prevalece como condão das relações familiares a natureza afetiva ali existente. Este é o entendimento do STJ, que, após o julgamento dos Recursos Especiais 234.833/MG, 709.608/MS e 1.259.460/SP, reconheceu a parentalidade socioafetiva a partir da identidade afetiva entre pais e filhos pelos laços de

³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 220.

³⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 5, p. 65.

afetividade, que determinam o vínculo parental. Prevalece o entendimento de que o estado de filiação é gênero, tendo como espécies a filiação biológica e a não-biológica, sendo que o que realmente fundamenta o estado de filiação é a natureza socioafetiva proveniente da convivência familiar.

A afetividade possui duas implicações que fundamentam o seu reconhecimento no Direito de Família: i) a formação da instituto familiar, em que a afetividade é o elo de união entre seus integrantes; e ii) o vínculo jurídico, do qual emanam direitos e deveres entre os membros familiares, exigindo-se comportamentos jurídico e moral. Essa duplicidade funcional da afetividade pode ser esclarecida pelos apontamentos de Ricardo Lucas Calderón, que nos ensina:

O princípio da afetividade possui uma dupla face cuja compreensão auxilia na exata percepção do seu sentido. A primeira delas é a face de dever jurídico, voltada para as pessoas que possuam algum vínculo de parentalidade ou de conjugalidade (aqui incluídas não só as relações matrimoniais, mas todas as uniões estáveis de alguma forma reconhecidas pelo sistema). Essa face do princípio vincula tais pessoas a condutas recíprocas representativas da afetividade inerente a tal relação. A segunda faceta do princípio é a face geradora de vínculo familiar, voltada para as pessoas que ainda não possuam um vínculo reconhecido pelo sistema (seja de parentalidade, seja de conjugalidade), pela qual a incidência do princípio da afetividade consubstanciará um vínculo familiar entre os envolvidos. Nessa particularidade resta abarcada a noção da posse de estado, ou seja, a presença de um dado conjunto fático fará incidir o princípio da afetividade de modo a configurar, a partir de então, um vínculo familiar decorrente daquela relação.

Obviamente que as duas faces do princípio não se confundem, mas também não se excluem, de modo que a partir de um reconhecimento de vínculo familiar decorrente da incidência da face geradora de vínculos do princípio automaticamente incidirá sua outra face, a de dever jurídico.

Apesar de se relacionarem, constituem duas facetas distintas, com características e consequências próprias que devem ser observadas.³⁵

Julgado paradigmático que identifica os direitos e deveres jurídicos que emanam dos vínculos afetivos pode ser observado no Processo nº 0016352-75-2012.8.24.0064³⁶ da Comarca de São José, Santa Catarina, em que a juíza Adriana Mendes Bertoncini proferiu decisão condenando o padrasto a pagar pensão alimentícia à filha de sua ex-companheira, com quem manteve união estável por 10 anos. Segundo a juíza, o elo afetivo existente entre a menor e o requerido reflete a solidariedade familiar ali construída, o que justifica que ele continue a contribuir financeiramente com as necessidades básicas da infante.

³⁵ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 10-11.

³⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (1. Vara de Família da Comarca de São José). Apelação Cível 0016352-75-2012.8.24.0064. Relatora: Juíza Adriana Mendes Bertoncini, 11 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 18 out 2019.

Importante salientar que o princípio da afetividade não se confunde com a coerção de amar, mas com a importância do cuidado e do amparo pela convivência na família. O afeto é um sentimento de aspecto subjetivo, cuja matéria escapa ao Direito, porém a afetividade é um conjunto de atos exteriorizados representativos do cuidado solidário pelo outro, atos esses averiguáveis no plano fático. Incorre ao Direito não uma análise subjetiva do estado anímico do indivíduo, mas sim a averiguação objetiva dos fatos concretos pelo cumprimento de deveres inerentes a cada membro familiar que, vinculados pelo princípio da afetividade (havendo ou não laços consanguíneos), devem exteriorizar atos de cuidado e suporte educacional, psíquico, moral e emocional.

A respeito do entendimento objetivo da afetividade, retomemos aos dizeres de Ricardo Lucas Calderón:

O discurso que sustenta a valoração jurídica da afetividade não implica averiguar sentimentos, pois o direito deverá ater-se a fatos que possam indicar a presença, ou não, de uma manifestação afetiva, de modo que não procurará investigar a presença subjetiva do afeto anímico, mas, sim, se preocupará com fatos que elege como relevantes. A subjetividade da expressão e a existência de conceitos diversos sobre o mesmo termo não são óbices ao seu recorte jurídico, eis que isso foi constante em diversos outros institutos reconhecidos pelo direito com certa tranquilidade. Nesse sentido, parece possível sustentar que o direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a esse relevante aspecto dos relacionamentos.³⁷

E ainda:

Outra particularidade do princípio da afetividade que merece destaque é que ele possui duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. A dimensão objetiva envolve a presença de fatos tidos como representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva. A dimensão subjetiva trata do afeto anímico em si, do sentimento de afeto propriamente dito. Essa dimensão subjetiva do princípio certamente escapa ao direito, de modo que é sempre presumida, sendo que constatada a dimensão objetiva da afetividade restará, desde logo, presumida a presença da sua dimensão subjetiva. Dito de outro modo, é possível designá-lo como princípio da afetividade jurídica objetiva, o que ressalta o aspecto fático que é objeto da apreensão jurídica.³⁸

Destarte, cobiça o Direito não a imposição da obrigação de amar, mas o cumprimento da responsabilidade do dever de cuidar, cuja inobservância pode dismantelar a entidade familiar, além de trazer traumas de ordem moral e emocional devido ao sentimento de rejeição

³⁷ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 9.

³⁸ *Ibidem*, p. 11.

e indiferença, especialmente com relação à criança, que não possui discernimento nem amadurecimento emocional para superar tal situação. Compreende-se, portanto, que a ausência de amor não afasta a obrigação dos pais de conviverem com seus filhos, a fim de acompanhá-los e de lhes garantir direitos e assistência moral que lhes são inequívocos.

Neste sentido, o mínimo de zelo dispensado pelos ascendentes à sua prole é caracterizado como abandono afetivo e pode constituir elemento de dano moral, devido à violação da proteção integral à criança e aos danos morais e psíquicos, por vezes irreparáveis, pelos quais o menor sofre. Este é o entendimento do STJ ao julgar o Recurso Especial nº 1.159.242/SP³⁹, que reconheceu o cuidado como elemento objetivo e como valor jurídico, que transcende as obrigações financeiras do genitor frente à sua prole, cuja inadimplência constitui ilícito civil. Em seu voto⁴⁰, a Ministra Nancy Andrigli afirma:

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*. [...]

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.

Prossegue a ministra afirmando que:

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal. [...] Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.159.242/SP. Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Possibilidade. Relatora: Min. Nancy Andrigli, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15890657&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov 2019.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.159.242/SP. Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Possibilidade. Relatora: Min. Nancy Andrigli, 24 de abril de 2012. Voto da Ministra Nancy Andrigli. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14828610&num_registro=200901937019&data=20120510&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov 2019.

cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexos causal.

Apesar do reconhecimento pelo Direito de Família da afetividade como característica principal e basilar para as relações entre seus membros, o Direito das Sucessões demonstra-se enrijecido ao não adotar tal premissa. Apesar do esforço do judiciário em emancipar o conteúdo do direito sucessório ao refletir em suas aplicações as garantias conquistadas pelo Direito de Família, a atual legislação obsoleta ainda enquadra as relações sucessórias apenas por vínculo biológico, o que desmantela e contradiz todo o aparato jurídico construído, principalmente ao permitir que o genitor que não possui vínculo afetivo com o autor da herança tenha direito à sua quota da legítima, mesmo que tenha descumprido com seu papel parental e familiar, violando diversos princípios constitucionais previamente abordados, além de configurar ilícito civil, conforme anteriormente observado.

2.3.5 Princípio da proteção integral da criança

A estrutura familiar passou por profundas mudanças, deixando de apresentar uma função econômica, para fundar-se em um instituto de promoção da dignidade humana de seus membros. Esta transformação pautou-se na emancipação de cada ente familiar, sendo que as mulheres - que historicamente foram marginalizadas socialmente e juridicamente - mitigaram sua posição submissa e passaram a exercer os mesmos direitos e deveres que os homens, sem distinção de gênero; e as crianças, que outrora eram consideradas apenas propriedades e objetos de direito, conquistaram sua posição de sujeitos de direito com proteção especial da ordem jurídica.

A criança é evidentemente um ser em constante e crucial processo de formação física, mental e moral, sendo necessários para o seu ideal desenvolvimento: i) o sustento material, para a formação física e educacional; e ii) o amparo afetivo, para a sua formação psíquica, emocional e moral. Diante de sua intrínseca característica de ser em desenvolvimento, a criança não possui maturidade e nem necessário discernimento para tomar decisões referentes à sua vida pessoal e civil. Considerando todos esses fatores que lhes são inerentes, evidencia-se a

vulnerabilidade social e jurídica do infante, que necessita de proteção especial e integral no âmbito jurídico⁴¹. Em apreço a tal entendimento, Rodrigo da Cunha Pereira nos explica que:

Em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, o objetivo era promover sua realização enquanto tal. Por isso, deve-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade. A criança e o adolescente encontram-se nessa posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Assim, devem ter posição privilegiada na família, de modo que o Direito foi compelido a criar formas viabilizadoras desse intento.⁴²

Ainda em relação às crianças, prossegue o doutrinador afirmando que “se são sujeitos em desenvolvimento, merecem proteção integral e especial e têm absoluta prioridade sobre os outros sujeitos de direito”⁴³.

Pautando-se na tutela jurídica essencial aos menores, o princípio da proteção integral da criança versa que é devido à criança a proteção especial e integral pela família, pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, que deve instituir leis e políticas sociais para a promoção do infante como sujeito de direito e titular de identidade própria e social. Tal princípio é reconhecido em âmbito internacional, uma vez que está previsto na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959⁴⁴, cujo Princípio II declara que:

A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 tutela e promove a aplicação deste princípio extensivamente em seu corpo normativa, principalmente quando indica que a proteção do melhor interesse da criança deve ser resguardado tanto pelo meio externo à criança, abrangendo sociedade e Estado, quanto pela sua convivência social *stricto sensu* no núcleo familiar.

⁴¹ Neste sentido, Rolf Madaleno alerta que: “A vulnerabilidade é um traço universal de alguns grupos de pessoas existentes na sociedade e destinatários da especial proteção, justificando-se o tratamento diferenciado em razão das suas condições políticas, sociais e culturais”. MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 55.

⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 152.

⁴³ *Ibidem*, p. 149.

⁴⁴ Adotada pela Assembléia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1959, e ratificada pelo Brasil.

2.3.6 Princípio do melhor interesse da criança

Em razão do seu estado de vulnerabilidade, às crianças é devido o tratamento especial do Direito, que impõe prerrogativas ao Estado, à sociedade e à família, para que os interesses dos menores sejam atingidos. Contudo, não se tratam apenas dos anseios das crianças, pois tutela-se o seu melhor interesse, ou seja, situação que melhor atenda as suas necessidades, sobrepondo-se de forma absoluta aos anseios de terceiros, inclusive dos próprios genitores. Esta prerrogativa especial desdobra-se dos princípios da dignidade e da igualdade, pois, devido à sua peculiaridade como pessoa humana, torna-se necessária a garantia de subsídios mínimos para a efetivação de seu pleno e integral desenvolvimento e de uma vida digna. Para a efetivação dessa plenitude, é necessário um tratamento diferenciado para o infante, pois, novamente, por se caracterizar como indivíduo em condições particulares, o seu tratamento especial dignifica a sua existência e o iguala em condições formais e materiais aos demais tutelados pelo direito.

Do espírito do princípio da proteção integral da criança, desdobra-se o princípio do melhor interesse da criança, reconhecido primeiramente em âmbito internacional a partir da recepção da Convenção Internacional dos Direitos das Crianças de 1989⁴⁵, adotada por diversos países que reconhecem a peculiaridade do papel da criança em âmbito social e familiar. Especificamente o inciso 1 do art. 3 deste diploma prevê o princípio do melhor interesse da criança, *in verbis*:

Art. 3.1 Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

O teor dos princípios e dos direitos encontrados naquele diploma internacional permeou no ordenamento jurídico brasileiro a partir da nascente constitucional, escorrendo pelas legislações esparsas, como o Código Civil, e especificando-se em diploma próprio, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Apesar deste princípio estar diluído no ordenamento jurídico pátrio, sua menção direta pode ser observada no art. 227 da CF/88 e nos art. 3º, *caput* e 4º, *caput* do ECA, nos seguintes termos:

Constituição Federal Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado **assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a

⁴⁵ O Brasil ratificou a referida Convenção em 24 de setembro de 1990 e a promulgou por meio do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso)

ECA Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, **sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei**, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (grifo nosso)

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, **com absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (grifo nosso)

O princípio do melhor interesse da criança possui como elemento caracterizador a vulnerabilidade, característica intrínseca da criança, que autoriza o seu tratamento jurídico desigual a fim de equilibrar a desigualdade a eles inerentes, e de atingir igualdade jurídica formal e, principalmente, material (MACHADO, 2016, p. 157).

Por fim, do princípio do melhor interesse da criança extraem-se deveres da família, da sociedade e do Estado para o desenvolvimento integral e pleno do menor. Cabe a estes últimos, como terceiros fora da relação familiar, o papel secundário de cuidado da criança, restando-lhes, em suma, duas prerrogativas: o respeito do ambiente familiar no qual o menor se encontra e, concomitantemente, a vigia deste instituto, pois cabe à sociedade e ao Estado tutelar os direitos das crianças que eventualmente forem violados, e cabe unicamente ao Estado a devida atitude legal e sancionatória para resguardar a integridade do menor. A família, como ambiente central e primordial da formação da criança, possui papel primário para o seu desenvolvimento, devendo assegurar-lhe determinados direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, previstos em abundância na legislação doméstica e em tratados internacionais, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar.

A fim de que os menores possam efetivamente exercer seus direitos, o Estado outorgou aos genitores o poder familiar, autoridade a eles incumbida para que possam responder em nome do infante, de modo a garantir o seu melhor interesse.

2.3.7 Poder de família

O *status* de vulnerabilidade da criança é entendimento recente, sendo que, anteriormente, o seu papel na instituição familiar era marginalizado e coisificado. No Direito Romano, a criança era objeto familiar, sofrendo abusos domésticos e podendo ser negociada em barganhas que beneficiassem a família. O menor estava submetido às ordens dos parentes

mais velhos e era objeto de posse direta do pai, que, à época, possuía o poder irrestrito sobre a família, especialmente sobre a criança, a ponto de poder tomar-lhe a vida.

A esfera do pátrio poder centralizava a vontade do pai como prioritária no seio familiar, pois ele, como provedor, deveria encabeçar a instituição e ter seus anseios realizados pelos demais membros, que lhe obedeciam e lhe serviam. O interesse da criança era secundário, por vezes ignorado, sendo apenas um mero objeto de cuidado familiar, com pouco respaldo jurídico.

No Código Civil de 1916, o modelo familiar era reconhecido por seu formato inflexível e tradicional, onde o homem era o chefe⁴⁶ da família e titular da autoridade familiar em relação aos filhos. A autoridade parental era mera prerrogativa do pai como meio de coerção e educação da prole, cabendo-lhe as decisões concernentes à vida da criança, sem necessariamente e nem obrigatoriamente se atentar às melhores circunstâncias para o menor.

No cenário atual, a democratização do instituto familiar permitiu que o pátrio poder, em que a vontade do chefe de família era soberana, cedesse lugar para o poder de família, que igualizou o papel decisório dos genitores, de modo que estes devem visar o melhor interesse do infante em relação ao direito de cuidado que lhes foi outorgado. A criança, que outrora se encontrava na periferia das relações familiares e da proteção jurídica, agora se encontra centralizada como o principal sujeito de direito a ser tutelado. A este respeito, AMARILLA (2014, p. 86-87) esboça que:

A inserção de crianças e adolescentes como sujeitos sociais, titulares de direitos e credores de cuidado, transcendendo a noção de pertencimento (ser propriedade de) e adjacência do mundo adulto, repercutiu no reposicionamento desses indivíduos em formação (e seus particulares interesses) no centro e no cerne de qualquer discussão jurídica no âmbito da parentalidade, assegurando - antes e acima dos interesses de seus genitores - os interesses da criança e sua plena realização afetiva.

⁴⁶ O Código Civil de 1916 retratava claramente uma sociedade tradicionalista e paternalista, o que se evidenciava principalmente no âmbito familiar, no qual havia uma distorção do exercício dos deveres familiares entre o homem e a mulher. O homem, intitulado como o “chefe de família”, era a autoridade maior, que detinha o poder de tomada de decisão, enquanto a mulher detinha apenas uma função secundária de poder na ausência de seu marido, conforme os art. 233 e 240 do CC/16: “Art. 233 O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família. II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial. III. direito de fixar e mudar o domicílio da família. IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal. V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277”, “Art. 240 A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”.

O poder de família é uma autoridade de ordem natural em razão da relação intrínseca de parentalidade entre pai e filho e da inerente dependência dos infantes, que necessitam de proteção e cuidado de forma inequívoca. A natureza do poder de família é originalmente da esfera moral, mas foi elevada a um dever jurídico no qual, diante de direitos e deveres recíprocos, os pais devem resguardar os direitos fundamentais da criança, como a criação, a educação, o lazer e a proteção.

A vista disso, o Estado impôs aos genitores, em igualdade de condição, o *múnus* público do conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa do filho e seus bens, conforme disposto no art. 1.630⁴⁷ do CC/02 e nos art. 21⁴⁸ e 22, *caput* e parágrafo único⁴⁹ do ECA. Desta forma, os pais são protetores naturais e defensores legais dos filhos, titulares e depositários dessa específica autoridade delegada pela sociedade e pelo Estado (LÔBO, 2014, p. 269).

A família possui deveres mínimos que devem ser observados, de acordo com o art. 227, *caput*⁵⁰ da CF/88. Porém, se atentou o legislador em pormenorizar e especificar o tratamento especial devido à criança, sendo disposto no art. 229⁵¹ do mesmo diploma o dever dos pais, por meio do poder de família, de assistir a sua prole, por meio de sustento e assistência moral, instrucional e educacional, limitando suas vontades pessoais a fim de perseguir o melhor interesse da criança. Extraem-se, assim, direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, elencados no art. 4º, *caput*⁵² do ECA, como o direito à vida, à educação, à saúde, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar.

Do instituto do poder de família é possível extrair três princípios norteadores que fundamentam o papel dos genitores: o princípio da paternidade responsável, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente e o princípio do melhor interesse da criança. Todos esses princípios estipulam que os pais têm o dever de cuidar da criança, visando sempre o seu

⁴⁷ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

⁴⁸ Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

⁴⁹ Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

⁵⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁵¹ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁵² Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

melhor interesse. Desta forma, compreende-se que a assistência prestada à criança não deve ser exclusivamente material, mas principalmente afetiva, para o seu pleno desenvolvimento psicológico e emocional. Lôbo (2014, p. 281) compartilha este entendimento ao versar sobre o dever de assistência moral como dever jurídico concernente ao princípio da paternidade responsável.

Neste prisma, destaca Madaleno (2019, p. 59):

Por isso que ao menor abalo à sua integridade física, psicológica ou financeira, a ameaça precisa ser pronta e prioritariamente neutralizada, e essa proteção depende da atividade dos adultos e de seus responsáveis diretos, pais, tutores e representantes, para que os menores cresçam sem temores, sem percalços e conquistem no devido tempo seus próprios mecanismos de defesa e de sobrevivência, e desse modo possam gerar paulatinamente a sua independência, em conformidade com os seus níveis de autodeterminação, que vão mudando de acordo com o avançar da sua idade, e assim desenvolver sua personalidade, adquirir confiança, autoestima e se colocar a salvo das sequelas causadas pela insensibilidade dos adultos.

Conforme exposto, a criança é a categoria mais vulnerável do âmbito familiar, por se encontrar em fase de desenvolvimento e formação psicológica-físico-emocional, cujo discernimento incompleto não suporta tomar importantes decisões no âmbito pessoal e civil. A ausência dos pais no período de desenvolvimento da criança viola diversos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, o da afetividade, o da solidariedade familiar, o da proteção integral da criança e o do melhor interessada criança, por não cumprir suas prerrogativas legais e morais.

Desta forma, o genitor que abandona a prole descumpra a sua obrigação de cuidar e, conseqüentemente, o seu papel jurídico parental, o que abala os deveres constitucionais que lhe foram outorgados, recaindo-lhe a indignidade como espelho da inobservância de seu papel familiar.

3 DIREITO DAS SUCESSÕES

3.1 Aspectos gerais da sucessão *causa mortis*

O evento morte é o fim da existência natural da pessoa e, conseqüentemente, de sua personalidade, caracterizando fato *stricto sensu* pela cessão de determinadas relações jurídicas com a sociedade e com o Estado. Contudo, também representa o início de um novo ciclo jurídico, disciplinado pelo Direito das Sucessões.

O termo “sucessão”, em seu sentido amplo, refere-se à aquisição *inter vivos* da titularidade de outrem por substituição, no todo ou em parte, de bens e direitos. Em *stricto sensu*, refere-se à transferência, total ou parcial, da herança *mortis causa* do titular do montante hereditário para seus herdeiros.

No ordenamento jurídico brasileiro, o óbito encerra o conjunto de direitos e bens anteriormente pertencentes ao *de cuius*, adquirindo este montante novos titulares ao ser transmitido para os sucessores. Não há, portanto, a extinção de direitos⁵³, mas apenas a substituição de titularidade em decorrência do fato jurídico morte.

Denomina-se herança - espólio ou monte - a universalidade de direitos, obrigações e o patrimônio deixada pelo *de cuius*, que, em virtude do princípio da *saisine*, será transferida automaticamente e por força de lei para os herdeiros a partir da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.784⁵⁴ do CC/02.

O Código Civil brasileiro prevê duas modalidades para a transferência da herança por *mortis causa*: a sucessão legítima e a testamentária. A primeira opera por força de normas cogentes, transferindo os bens a título universal para os herdeiros legítimos, reconhecidos em lei. Já a sucessão testamentária representa ato de última vontade do hereditando, que, por livre arbítrio, pode dispor, em parte ou total, de seus bens a determinadas pessoas escolhidas por ele por meio do testamento.

3.1.1 Sucessão legítima

A sucessão legítima ou legal é uma das modalidades de sucessão *mortis causa* que opera por força de lei, a partir da convocação obrigatória de determinados beneficiários em observância a uma ordem de chamamento, denominada vocação hereditária, nos seguintes termos do art. 1.829 do CC/02:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime de comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

⁵³ Neste sentido, o doutrinador Paulo Nader destaca que: “O contrário, se a morte causasse o fim dos direitos, as coisas se tornariam *res nullius*, os créditos e as dívidas se extinguiriam, provocando insatisfação e desestabilizando os credores. [...] A sucessão *mortis causa*, dicensamente, é fato de segurança jurídica”. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 6, p. 16.

⁵⁴ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

A vocação hereditária tem presunção da vontade de suceder do hereditando pela ordem natural de afeições familiares, sendo que, desta forma, o chamamento dos herdeiros legítimos, assim denominados, respeita uma hierarquia em que os sucessíveis da classe mais próxima preferem os das classes seguintes, obedecendo a seguinte ordem de preferência: os descendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente; os ascendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro; o cônjuge ou o companheiro; e, por fim, os parentes colaterais de até 4º grau. Caso haja herdeiros de uma mesma classe, os parentes mais próximos da linhagem excluem os mais remotos, e, havendo herdeiros da mesma classe e do mesmo grau, estes sucedem de forma igualitária, sendo cada um titular de parte ideal, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Assim, os herdeiros legítimos sucedem à título universal os bens ativos e passivos deixados pelo *auctor hereditatis*, sub-rogando-se nas suas relações jurídicas, além de receber a totalidade do patrimônio quando a sucessão for *ab intestato* - na ausência de testamento -, respondendo às obrigações dentro do limite da herança⁵⁵.

Dentre os herdeiros legítimos, há uma tutela especial do direito à herança aos herdeiros necessários, aqueles que, aos olhos da lei, possuem maior afinidade e vínculo familiar com o *de cuius*, a fim de serem contemplados de forma inequívoca com parcela do patrimônio deixado pelo hereditando, sendo esses herdeiros os descendentes (filhos, netos, bisnetos e seguintes, nesta ordem de preferência), os ascendentes (pais, avós, bisavós e assim por diante) e o cônjuge ou companheiro.

Assim, apenas aos herdeiros necessários é garantida por lei uma quota equivalente à metade do total do monte, denominada legítima. Os herdeiros necessários não podem ser afastados da sucessão, nem mesmo por testamento do autor da herança, ressalvadas as hipóteses de renúncia, indignidade e deserção, modalidades previstas em lei e que posteriormente serão analisadas neste trabalho.

Um dos objetivos do Direito das Sucessões é direcionar o patrimônio deixado pelo *de cuius* para a continuidade das relações jurídicas pendentes, observando a segurança jurídica dos

⁵⁵ Em razão do princípio da responsabilidade *intra vire hereditatis*, os herdeiros respondem pelas dívidas do *de cuius* somente dentro do limite da herança, não atingindo patrimônio próprio (Art. 1.997 do CC/02). Art.1.997. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.

negócios anteriormente celebrados, o devido resguardo de seus credores e a circulação econômica desses bens.

Ao elencar os herdeiros necessários como sucessores privilegiados, parece ser a intenção do legislador resguardá-los patrimonialmente⁵⁶, pois parte-se do pressuposto que, além de compartilharem convivência ou dependência econômica, estes entes familiares melhor representam o *de cuius* na sucessão de seus bens, devida à proximidade na convivência no seio doméstico, solidificando os laços afetivos por meio da solidariedade familiar. Para Nader (2016, p. 91), a função da herança ultrapassa o mero aspecto econômico, baseando-se numa razão de ordem ética, por meio da afeição real ou presumida do *de cuius* por seu herdeiro ou legatário.

A legítima foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro numa sociedade patrimonialista, onde direitos e deveres intra-familiares eram fundados em laços matrimoniais e consanguíneos. Com o advento da Constituição de 1988, houve uma releitura do conceito de família, fundada na afetividade, que caracteriza este instituto e que realmente configura o significado de convivência e solidariedade familiar. Contudo, o Direito Sucessório é um ramo tradicionalista, com poucas alterações em seu texto, e de certa forma marginalizado⁵⁷ tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência em relação às demais matérias jurídicas, de modo que sua aplicação pouco acompanhou as emancipações conquistadas pelo Direito Civil⁵⁸,

⁵⁶ Segundo Paulo Lôbo, a sucessão legítima possui a função de movimentação patrimonial com função social a fim de manter a solidariedade familiar que já era compartilhada, conforme exposto: “Talvez por ser o direito das sucessões ‘um ramo relativamente abandonado da ciência jurídica’ (Ascensão, 2000, p. 22), tem sido relegado a uma função meramente patrimonial, parecendo estranho qualquer ideia de promoção e desenvolvimento da pessoa humana, ou da funcionalização de seus institutos principais, como seu deus com a propriedade e com o contrato. Por outro lado, nota-se intenso giro na concepção da sucessão hereditária de meio exclusivo de transmissão da propriedade para acrescentar-lhe o papel de garantia da solidariedade familiar”. LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, vol. 6, p.45.

⁵⁷ Quanto à marginalização do Direito das Sucessões, Daniel Bucar e Daniele Teixeira explicam que apesar dos demais institutos do direito civil terem passado por uma releitura conforme a ordem axiológica constitucional, o direito sucessório não deteve da mesma atenção doutrinária, de modo que o seu afastamento associa-se a “uma dificuldade técnica intensificada por duas particularidades: i) o direito sucessório não comporta digressões retóricas e nem concessões a noções imprecisas; ii) recaem sobre o direito sucessório todos os problemas dos demais ramos do direito civil”. BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele. *Direito das Sucessões e patrimônio mínimo*. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eraults (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: Estudos em Homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 337.

⁵⁸ De acordo com Daniele Chaves Teixeira “o direito sucessório está extremamente enrijecido, muito aquém das necessidades das famílias contemporâneas e das funções patrimoniais, que devem ser atendidas à luz dos princípios constitucionais, mas que dispõem de poucas alternativas para exercer a própria autonomia”, e ainda “O vigente Código Civil brasileiro pouco avançou, na parte do livro do direito das sucessões, pois ainda reflete institutos que não se coadunam com a sociedade contemporânea, com todas as complexidades sociais, porque, em geral, o sistema atual das sucessões ‘não atende aos anseios finais dos indivíduos, detenham eles vastos patrimônios ou não’. O Código Civil de 2002, no que concerne ao direito sucessório, baseia-se numa família que não corresponde ao perfil das famílias da atual sociedade brasileira. Pode-se afirmar que, no novo diploma, poucas mudanças foram registradas quanto ao direito das sucessões, diferentemente do que ocorreu em outras áreas do direito civil. Constata-se, dessa maneira, que o direito sucessório, dentro do direito civil, é esquecido

principalmente em relação à legítima. Apesar desses entraves, parte da doutrina defende que, no atual contexto jurídico-familiar, a legítima representa, de fato, o vínculo familiar fundado na afetividade, na solidariedade e no convívio doméstico.

Neste diapasão, Bucar e Teixeira (2019, p. 435) defendem que, a partir da atual releitura axiológica constitucional, a legítima se baseia nas relações concretas do autor da herança no seio familiar, de modo que os deveres ali existentes estejam fundados no princípio da solidariedade familiar, conforme observa-se no seguinte trecho:

No entendimento de Pontes de Miranda, o fundamento da legítima está na existência do vínculo familiar e da cláusula testamentária, de vínculo estatal. Assim, entende-se, para a doutrina majoritária, que o princípio da intangibilidade da legítima constitui uma premissa do direito sucessório. Entretanto, na atualidade, a solidariedade familiar é mais ampla do que a necessidade de proteção à família como instituto. A legítima deve ser intangível em razão da função que deve exercer, que é a da solidariedade familiar.

Cabe ressaltar que a legítima tem, em sua função, a solidariedade familiar, por esta ser hoje mais ampla do que preservar a proteção familiar por si só. É de se lembrar que a família institucional, portadora de um interesse superior e superindividual, não mais se sustenta, e, sim, a família como formação social, protegida constitucionalmente em função da realização do desenvolvimento das pessoas que a integram.

Apesar de a legítima não estar tutelada expressamente na Constituição, pois somente o direito de herança está consagrado em seu art. 5º, inc. XXX, entende-se que os princípios que são os pilares para a legítima estão inseridos na Lei Maior. São eles: os princípios constitucionais de proteção à família (art. 226); da solidariedade (3º, I); de garantia da propriedade privada (5º, XXII), e de livre iniciativa (1º, IV).

Nesta toada, insta Eroulths Cortiano Junior:

A ordem jurídica concilia a autonomia testamentária com ser reverso, que é a limitação dessa autonomia em prol da família. E o faz pela vinculação do morto aos seus familiares ou porque esta seria a vontade presumida do morto intestado. Os familiares próximos são os melhores continuados e os mais merecedores da herança. O solidarismo familiar requer que a ordem jurídica reserve uma parte da herança aos parentes mais próximos. *Sucessão e solidariedade familiar se conectam.*⁵⁹ (grifo do autor)

Desta forma, parece que a legítima se assenta no princípio da solidariedade familiar, de modo a confiar os bens, a imagem e a honra do *de cuius* àqueles que melhor o representam.

pela doutrina, e que os legisladores do Código Civil de 2002 perderam uma ótima oportunidade para esclarecer e atualizar institutos do direito sucessório, tornando-o mais coerente com o perfil da sociedade contemporânea”. TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia privada e flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 463-465.

⁵⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Conexões: sucessão e direitos fundamentais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 483-484.

Trata-se, assim, da valorização do instituto familiar como entidade de emancipação de seus entes.

Na ausência de herdeiros necessários, o *de cuius* pode dispor livremente da totalidade de seu patrimônio por meio de testamento. Na falta dessas duas categorias sucessórias ou na parcialidade do testamento, os bens serão transferidos aos herdeiros facultativos, parentes colaterais que, apesar de descenderem do mesmo tronco ancestral, não possuem procedência direta, enquadrando-se os irmãos, tios, sobrinhos, primos, sobrinho-neto e tio-avô. Diferentemente dos herdeiros necessários, a linha colateral é limitada até os parentes de 4º grau, podendo ser afastados de suceder perante ato de última vontade do autor da herança pelo testamento, seja indicando expressamente a sua exclusão da herança, seja dispondo da totalidade dos bens para terceiros testamentários (art. 1.850⁶⁰ do CC/02). Na ausência de sucessores, o patrimônio será jacente e, após declarada a vacância, a sucessão prossegue para o Município, o Distrito Federal ou a União, conforme art. 1.844⁶¹ do CC/02.

Salienta-se que a aquisição da herança é um direito, e não um dever jurídico, ficando facultado aos herdeiros e testamentários, pelo princípio da autodeterminação e da liberdade, o aceite ou a renúncia de seu quinhão. Ratifica-se a transferência definitiva do espólio por meio da aceitação direta ou indireta do herdeiro, dentro de prazo estabelecido por lei ou em juízo.

A aceitação direta é realizada pelo próprio herdeiro, podendo ser expressa, tácita ou presumida⁶². O aceite é integral, indivisível e irrevogável, ou seja, não admite a adição *pro parte*, em que o herdeiro apenas sucede uma quota do que lhe é devido. Uma vez anuída a transferência da herança, o herdeiro não pode renunciar-lá por arrependimento, a menos que se evidencie vício na declaração.

Já a renúncia é a recusa voluntária e direta do herdeiro ou testamentário de suceder a sua quota da herança, aniquilando quaisquer direitos ou deveres sucessórios. Por ser um negócio jurídico que declina perpetuamente os direitos inerentes ao indivíduo, a manifestação da renúncia deve ser obrigatoriamente expressa por meio de instrumento público ou termo judicial, nos termos do art. 1.806⁶³ do CC/02, dentro de prazo determinado em lei ou em juízo. Assim

⁶⁰ Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

⁶¹ Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

⁶² A aceitação expressa ocorre através de declaração de aceite por meio de instrumento público ou particular, ou comunicada oralmente em juízo. A aceitação tácita configura-se por atos do herdeiro que evidenciam a sua confirmação, como quando responde ativamente ou passivamente pelas obrigações anteriormente contraídas pelo *de cuius*. Já a presumida é a omissão de manifestação do herdeiro, presumindo-se o seu aceite. O aceite indireto é a confirmação realizada por terceiros em nome do herdeiro.

⁶³ Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial.

como a aceitação, a renúncia também possui caráter de indivisibilidade e irrevocabilidade, pois abrange a totalidade do quinhão. Ademais, o herdeiro, por sentimento de arrependimento posterior, não pode manifestar vontade de adição da herança quando esta já foi declinada, da mesma forma que não se recepçiona a renúncia após a declaração de aceitação.

Com a renúncia, considera-se que o renunciante nunca foi convocado a herdar, retroagindo a sua quota da herança à abertura da sucessão e acrescentando o seu quinhão correspondente para os demais herdeiros.

Por fim, importante destacar que a renúncia não equivale, em termos sucessórios, à morte do renunciante, pois, em caso de herdeiro pré-morto, este é convocado a herdar, porém, diante de sua ausência, seus herdeiros sucederão a sua quota equivalente por representação. No caso da renúncia, a transferência dos bens retroage à abertura da sucessão, como se o renunciante nunca tivesse sido convocado, impedindo seus herdeiros de representá-lo, conforme art. 1.811⁶⁴ CC/02.

3.1.2 Sucessão testamentária

A sucessão testamentária é uma modalidade da sucessão *mortis causas*, facultando ao sucedido a transmissão do montante hereditário para terceiros por ele indicados, através do testamento. Também denominada sucessão voluntária, tal modalidade de autonomia privada é personalíssima, gratuita, solene e revogável, representando *in factos* ato de última vontade do hereditando, que aponta para suceder aquele com quem partilhava relações solidárias e afetuosas, a ponto de lhe confiar e premiar seus próprios bens. O testamento só adquire efeitos jurídicos após a morte do testador, sendo inconcebível a sucessão testamentária *inter vivos*, conforme o art. 426⁶⁵ do diploma civilista.

Para testar, é imprescindível que o testador, no momento do ato, tenha capacidade civil para dispor de seus bens, possuindo discernimento e estando em pleno gozo de suas faculdades mentais, pois, do contrário, estaria impedido de realizá-lo, nos termos do art. 1.860⁶⁶ do CC/02.

Embora a capacidade civil seja requisito para o ato de testar, ressalta-se que o código civilista permite, excepcionalmente, que os maiores de 16 (dezesseis) anos possam fazê-lo,

⁶⁴ Art. 1.811. 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.

⁶⁵ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

⁶⁶ Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

pois, aos olhos do legislador, o indivíduo nesta idade já atingiu maturidade, deliberação e vontade factual para dispor de seus bens. Com relação à capacidade e à validade do testamento, Diniz (2019, p. 22) explica que a capacidade no ato de testar determina a validade do testamento. Desta forma, havendo incapacidade superveniente à realização do testamento, tal documento não será considerado inválido, da mesma forma que a capacidade superveniente não valida testamento realizado à época por incapaz.

Por ser um negócio jurídico unilateral e personalíssimo, só o autor da herança pode participar do ato de testar, proibindo o *códex*, em seu art. 1.863⁶⁷, o testamento conjuntivo, também denominado de mão comum ou simultâneo, em que duas ou mais pessoas praticam o ato conjuntamente em um único instrumento.

Os princípios da autonomia da vontade e da liberdade de testar permeiam o instrumento do testamento e permitem que o autor da herança possa dispor de seu patrimônio para quaisquer pessoas físicas ou jurídicas por ele indicadas, dentro dos limites da lei (art. 1.801⁶⁸ do CC/02).

A liberdade de testar é parcial, pois a lei veda a disposição da legítima, de modo que o limite da participação do testamentário na herança equivale apenas à porção disponível, ou seja, à metade do patrimônio que não corresponda à legítima, esta resguardada por lei aos herdeiros necessários. Contudo, na ausência destes sucessores, o *auctor successionis* goza de plena liberdade e autonomia para dispor da totalidade de seus bens.

Requisito primordial para a realização e a validade do ato de testar é o cumprimento de formalidades, que são procedimentos que asseguram a autenticidade da prática a fim de resguardar a última vontade do *de cujus*, evitando, assim, interpretações equivocadas ou manobras jurídicas que suscitem a sua invalidez. Por conseguinte, o Código Civil veda modelos

⁶⁷ Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.

⁶⁸ Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II - as testemunhas do testamento; III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

de testamento não previstos em lei, prevendo estritamente as formas testamentárias ordinárias⁶⁹ e as especiais⁷⁰.

Por fim, importante diferenciar o testamento de codicilo, ambos instrumentos do Direito das Sucessões, porém com essências diferentes. Enquanto o testamento é um instrumento solene, que visa identificar os legatários e a totalidade ou uma parte do espólio, o codicilo é um negócio jurídico formal, que serve apenas para a orientação de disposição de bens de pequena valia, limitando a bens de uso pessoal do *de cujus*, além de móveis e jóias de baixa quantia. Ademais, a realização do codicilo é simples, exigindo-se apenas que seu conteúdo seja escrito à punho pelo autor da herança, seguido de sua assinatura, afastando a necessidade de testemunhas.

Além de expor conteúdo patrimonial, o testamento pode dispor sobre declarações de conteúdo extrapatrimonial como, dentre outros assuntos, o reconhecimento voluntário de filho (art. 1.609 do CC/02), a nomeação de tutor para seus filhos (art. 1.634 do CC/02), assim como sobre outras questões sucessórias, entre elas a exclusão de herdeiro da herança por indignidade ou deserdação (art. 1.964 do CC/02) e a reabilitação de indigno (art. 1.818 do CC/02).

3.2 Modalidades de exclusão da herança

O direito à herança é uma garantia constitucional, que visa assegurar aos herdeiros o direito de suceder os bens deixados pelo *de cujus*, conforme art. 5º, inciso XXX⁷¹ da CF/88.

A natureza da sucessão é baseada em lastros familiares, lapidados por meio do convívio e do respeito entre seus membros. A herança desperta um sentimento de confiança e de

⁶⁹ Os testamentos comuns ou ordinários abrigam os seguintes testamentos: o público, o cerrado e o particular. O primeiro consiste em instrumento lavrado em cartório de notas, em que a disposição de última vontade é declarada perante testemunhas, e o tabelião a transcreve em livro próprio, cabendo a este a observação da capacidade testamentária ativa e das demais formalidades do testamento. O testamento cerrado consiste na apresentação do testamento em cartório com a presença de testemunhas, cabendo ao tabelião apenas constatar as regularidades e lavrar o auto de aprovação, seguindo do lacre e da costura do instrumento. Por fim, o testamento particular consiste na inteira elaboração manual pelo disponente e de sua assinatura na presença de três testemunhas, que devem confirmar em juízo a autenticidade do testamento, dispensada a intervenção do tabelião. Apesar de apresentarem diferentes solenidades, não há hierarquia entre as formas testamentárias, sendo que a superveniência de uma revoga a antiga quando tratando de mesmo conteúdo, conforme art. 1.862 do CC/02.

⁷⁰ Os testamentos especiais têm caráter emergencial, realizados por determinadas pessoas apenas em circunstâncias excepcionais, quando dada a impossibilidade de realização dos atos ordinários. Os testamentos especiais são: o marítimo, o aeronáutico e o militar, nos termos do art. 1.886 do CC/02, e pormenorizados nos art. 1.888, 1.889 e 1.893 do mesmo diploma, visando atender à situação peculiar no qual o testador se encontra, como viagens marítimas e aéreas ou missão militar.

⁷¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXX - é garantido o direito de herança.

solidariedade daquele que a lapidou para aqueles que, ao seu ver, são dignos de apropriá-la, principalmente quando apontados em testamento, o que demonstra o maior ato de confiança e de afeto do *de cuius*. Deste modo, a sucessão hereditária não é apenas um método de garantia de segurança jurídica e econômica do patrimônio deixado pelo falecido, mas representa a suposta conjuntura de convivência familiar e a sua perpetuação.

Contudo, o ideal de família solidária e afetuosa tangência a realidade, onde evidenciam-se atos que a desmantelam e que fogem do principal objetivo deste instituto, que é proporcionar a dignidade da pessoa humana e a sua emancipação. A instabilidade moral gerada no âmbito familiar reflete diretamente no meio sucessório, que, em sua essência, é a ramificação das relações ali praticadas. Assim como a sucessão hereditária é reflexo da afeição real entre os entes do seio familiar, o legislador também ponderou sobre a exclusão daqueles que abalam moralmente e juridicamente essa estrutura, a ponto de, em respeito à honra e à dignidade do *de cuius*, declinar-lhes direitos, obrigações e bens que representam ficticiamente o hereditando, pois “seria profundamente injusto se o autor de agressões físicas ou morais contra o *auctor hereditatis*, ou a membros próximos de sua família, pudesse se aproveitar de sua herança, seja na condição de herdeiro legítimo ou testamentário” (NADER, 2016, p. 91).

Outrossim, o Código Civil prevê taxativamente hipóteses de exclusão de herdeiros e testamentários da herança por meio da indignidade ou da deserdação. Primordial observar que estes institutos não se confundem com a renúncia. Enquanto esta representa ato de vontade unilateral do herdeiro, que voluntariamente renuncia à sua quota hereditária, a indignidade e a deserdação são punições civis por atos praticados pelo herdeiro, que afrontam a vida, a honra e a dignidade do *auctor successionis* ou de seus entes familiares.

Diante do rigor da pena dada à imoral atitude do indigno, a doutrina diverge quanto à sua natureza. Enquanto a minoria doutrinária acredita que a exclusão da herança é uma incapacidade sucessória para a aquisição de direito por impedimento legal, a doutrina majoritária defende que a exclusão da herança por indignidade ou por deserdação representa uma sanção civil de determinados atos antijurídicos praticados pelo herdeiro.

Posicionando-se de acordo com a corrente predominante, Paulo Nader ensina:

Na incapacidade não existe a possibilidade de reabilitação. Quem participa como testemunha em ato de última vontade torna-se incapaz de figurar como beneficiário no mesmo testamento. E a incapacidade é irreversível. Com a morte do titular do patrimônio, a herança não se transmite ao incapaz, diferentemente do que se verifica na indignidade em que, por força da *saisine*, o indigno chega a herdar, vindo a perder o seu direito com a sentença judicial.⁷²

⁷² NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 6, p. 95.

Ainda segundo este doutrinador, “enquanto a incapacidade para suceder se revela *ipso iure*, independentemente da vontade de qualquer interessado, a indignidade se opera *officio iudicis*, exclusivamente por sentença judicial.”⁷³

A doutrina brasileira pacificou o entendimento de que a indignidade e a deserção não constituem incapacidades sucessórias, mas sanções civis diante dos atos juridicamente reprováveis do herdeiro, que justificadamente é afastado da sucessão.

Ultrapassada a discussão, segue-se à apresentação de cada modalidade de exclusão da herança.

3.2.1 Indignidade

A indignidade é uma modalidade civil punitiva do herdeiro ou legatário, que consiste na privação do direito de herdar daquele que cometeu falta grave contra a vida, a honra ou a liberdade do hereditando ou de determinados membros de seu seio familiar, tornando-se o herdeiro indigno perante o sucessível. “Justamente pelas ofensas praticadas, de pungente significação moral, afasta-se o herdeiro não de sua qualidade de sucessor, mas de ser contemplado no recebimento do quinhão que lhe era reservado” (RIZZARDO, 2018, p. 90). Acertado é o fundamento ético que afasta a vantagem injusta de aferição dos bens daquele que repudiou e ofendeu moralmente e juridicamente o autor da herança.

Diante de sua grave natureza sancionatória, o art. 1.814 do CC/02 enquadra limitadamente e estritamente determinadas condutas que caracterizam a indignidade, nos seguintes termos:

Art. 1.814. 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.

A doutrina pacificamente concorda que as hipóteses de indignidade acima elencadas são exaustivas, sendo inconcebível a interpretação extensiva ou por analogia de outros atos não

⁷³ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 6, p. 95.

previstos em lei, mesmo que estes sejam mais graves que aqueles. Vários são os autores que abraçam essa vertente, consoantes os seguintes ensinamentos:

Como se trata de uma pena civil, a exclusão por indignidade só pode ocorrer nos casos expressamente mencionados em lei, não comportando interpretação extensiva ou aplicação analógica ante o princípio *nulla poena sine lege* (DINIZ, 2019, p. 68).

Vêm estabelecidos alguns atos contra o falecido, considerados graves pelo legislador. Embora outros possam existir, e talvez com maior gravidade, não podem fazer a mesma cominação. Unicamente os previstos na lei possuem o caráter de afastar o herdeiro da sucessão (RIZZARDO, 2018, p. 91).

As hipóteses legais constituem *numerus clausus*, ou seja, encerram-se em tipicidade fechada, não podendo outras condutas, por mais graves que sejam, fundamentar a exclusão do herdeiro. Assim é porque em nosso direito as restrições de direito são apenas as que a lei explicita, sendo vedada a interpretação extensiva (LÔBO, 2019, p. 192).

Embora não se espere a perfeição da Lei Civil, pois, como toda obra humana, é suscetível a erros ou omissões, aparentemente constatam-se sérias lacunas no elenco das causas de indignidade, as quais não podem ser preenchidas por analogia ou critérios hermenêuticos (NADER, 2016, p. 106).

Esta também é a compreensão do Superior Tribunal de Justiça, conforme aduz o Ministro Massami Uyeda:

Assim, a indignidade tem consigo o condão de impedir que o sujeito que atente contra os princípios basilares de justiça e da moral venha receber determinado acervo patrimonial.

Não se desconhece, entretanto, o viés punitivo da medida que, nos termos do artigo 1816, *caput*, do Código Civil, trata o indigno como se pré-morto fosse, *in verbis*: “São pessoais os efeitos da exclusão. Os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele fosse morto antes da abertura da sucessão”.

Entretanto, tratando-se de medida que, repita-se, equivale a uma penalidade ao sucessor ofensor, a exclusão da sucessão por indignidade só é admitida nas hipóteses previstas de forma taxativa, as quais estão estabelecidas no artigo 1814 da lei civil: “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.”

Não se pode, portanto, admitir que o sobredito rol seja meramente exemplificativo para que se não deixe ao talante da subjetividade pura da verificação da exclusão da sucessão.⁷⁴

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1.102.360/RJ 2009/0033216-4. Recurso Especial. Ação de exclusão de herança. Sentença. Arguição de nulidade. Decisão judicial proferida enquanto suspenso o trâmite processual. Circunstância não verificada na espécie. Julgamento antecipado da lide. Indeferimento de produção de prova testemunhal. Possibilidade. Cerceamento de direito de defesa não caracterizado. Indignidade. Discussões Familiares. Exclusão do herdeiro. Inadmissibilidade. Honorários

E, seguindo o STJ, a jurisprudência dos tribunais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO SUCESSÓRIO - EXCLUSÃO DE HERDEIRO POR INDIGNIDADE - HIPÓTESES TAXATIVAMENTE PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO CIVIL - INCORRÊNCIA - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - DESCABIMENTO - RECURSO DESPROVIDO. 1. A exclusão do herdeiro depende de decisão judicial proferida em ação própria, visto que configura uma sanção civil de ordem ética, impondo ao sucessor que praticou ato injusto contra o autor da herança a perda dos direitos hereditários. 2. A legislação civil estabelece duas modalidades de exclusão do herdeiro que ofende o sucessor, quais sejam, por indignidade ou por deserdação, sendo esta última admitida apenas na sucessão testamentária. 3. A indignidade consiste em um sanção que impede o herdeiro ou legatário de auferir bens e direitos do autor da herança contra quem praticou alguma ofensa, caracterizado por ato criminoso contra sua vida, sua honra ou sua liberdade de testar, sendo que as causas de exclusão do herdeiro ou legatário não admitem interpretação extensiva, devendo se restringir às hipóteses elencadas no artigo 1.814 do Código Civil.⁷⁵

Parece pacificado tanto na doutrina quanto na jurisprudência que os dispositivos que tratam sobre a indignidade são *numerus clausus*. Desta forma, este incisos merecem análise aprofundada, conforme será abordado a seguir:

a) homicídio doloso ou sua tentativa;

O inciso I do art. 1.814 do CC/02 inicia a exaustiva lista dos casos de indignidade ao tipificar o crime mais gravoso a ser cometido, qual seja, o de homicídio doloso ou a sua tentativa contra o hereditando ou seus parentes, nos seguintes termos:

Art. 1.814. 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;

advocatícios. Condenação em quantia certa. Correção monetária. Termo inicial. Data da decisão judicial que os fixou. Recurso Especial improvido. Relator: Min Massami Uyeda, 09 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19140951/recurso-especial-resp-1102360-rj-2009-0033216-4/inteiro-teor-19140952?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 out 2019.

⁷⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (6. Câmara Cível). Apelação Cível 10386170020229001/MG, Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes, 01 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768044859/apelacao-civel-ac-10386170020229001-mg/inteiro-teor-768045300>>. Acesso em: 16 out 2019.

O delito, tipificado no art. 14, inciso II do Código Penal, deve ser intencional, sendo o *animus necandi*⁷⁶ suficiente para enquadrar a conduta, independentemente da intenção de auferir os bens do espólio ou por outros motivos alheios à questão sucessória. Além do autor da herança, o legislador ainda abrangeu os parentes mais próximos do *de cuius*, que nas palavras de Paulo Lôbo:

A reprovação moral e social também se evidencia quando são vitimados familiares deste, porque a família é o *locus* especial de realização existencial e afetiva de cada pessoa. A ofensa a qualquer dos familiares repercute na pessoa. Às relações civis não se aplica a individualização da ofensa, típica do direito penal, pois são regidas pelo princípio da solidariedade.⁷⁷

Logrou o legislador ao especificar a modalidade dolosa, pois a sua evidente preocupação é a punição daquele que propositadamente anseia a morte do hereditando ou de seus familiares, afastando-se, desta forma, o crime culposo (LÔBO, 2019, p. 192), aquele praticado por imprudência, imperícia ou negligência.

A fim de evitar manobras substantivas, o legislador ampliou o leque de punibilidade ao enquadrar o indigno como co-autor ou partícipe do crime, sendo o primeiro aquele que atua no planejamento ou na concretização direta do crime, e o segundo quando possui apenas o papel de auxiliar na sua prática, sem direta execução do núcleo do tipo.

Por fim, a ação cível de indignidade pode basear-se na condenação no âmbito penal, porém, durante o seu decurso, o juízo cível pode suspender o feito até o trânsito em julgado do trâmite criminal (art. 935⁷⁸ do CC/02) ou pode averiguar propriamente a autoria do crime.

b) calúnia em juízo contra o autor da herança;

Posterior à hipótese de ação contra a vida do *de cuius*, o *Codex* repudia atos contra a honra subjetiva do autor da herança ao apontar como causa de indignidade a acusação caluniosa

⁷⁶ Para a configuração do tipo, o *animus necandi* é essencial para caracterizar o ato. Desta forma, a indignidade é declinada quando o autor do crime comete *erro in persona* ou *aberratio ictus*. A primeira decorre de erro essencial, ou seja, quando o infrator atinge o hereditando acreditando ser outra pessoa. A segunda hipótese ocorre quando, ao tentar atingir seu desafeto, o autor do crime erra o alvo e atinge o seu sucessível. Outro pressuposto que afasta a indignidade é a legítima defesa, em que a agressão grave, injusta, atual e iminente do *de cuius* ou de seus familiares justificou a reação de defesa do autor do crime. Além disso, o exercício regular do direito e o estado de necessidade também descaracterizam a indignidade, sendo neste último necessária a comprovação da situação de perigo, em que se demonstrava inequívoco o sacrifício do outro a fim de evitar o de si próprio.

⁷⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, vol. 6, p. 193.

⁷⁸ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

em juízo pelo herdeiro contra o autor da herança ou a prática de crime contra a sua honra, conforme exposto:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

[...]

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;

A acusação caluniosa corresponde à denúncia caluniosa na esfera criminal, prevista no art. 339 do Código Penal, do qual se extrai:

Art. 339 - Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito policial ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.

Ainda na esfera da tutela da personalidade subjetiva do hereditando, o legislador apontou, na segunda parte do inciso II do art. 1.814, a prática de crime contra a honra do autor da herança, de seu cônjuge ou de seu companheiro como causa de indignidade, sendo passíveis os seguintes crimes: calúnia (art. 138⁷⁹ do CP), difamação (art. 139⁸⁰ do CP) e a injúria (art. 140⁸¹ do CP). O primeiro consiste em apontar falsamente à vítima autoria de crime. Concretiza-se a injúria quando o autor da conduta atinge a dignidade de sua vítima ao proferir-lhe expressões ofensivas e socialmente negativas à sua honra subjetiva. Já a difamação consiste na imputação à vítima de prática de atos que não configuram crime, contudo ferem a sua reputação devido à reprovação ético-social. A prática da conduta contra a honra do autor da herança é configurada em vida ou após a sua morte, pois, conforme Nader (2016, p. 105), “A doutrina considera também a memória do *de cuius* como alvo também da proteção e quando desrespeitada a conduta do agente a indignidade resta caracterizada”.

⁷⁹ Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º - É punível a calúnia contra os mortos. § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecoorrível; II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas n° I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecoorrível.

⁸⁰ Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

⁸¹ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

c) Oposição de obstáculos à livre disposição por testamento.

O terceiro e último inciso das causas de indignidade consiste na imposição de obstáculos à livre disposição por testamento, comprometendo a rigidez testamentária e os princípios de autodeterminação e de liberdade de testar, nos seguintes termos:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

[...]

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.

Pune-se, neste dispositivo, quaisquer ações ou manobras que alterem os efeitos jurídicos desejados pelo testador por meio de atos que influenciem, desviem ou esvaziem o conteúdo do testamento, como a falsificação, a adulteração ou a inutilização.

O impedimento da liberdade de testar é condenável, seja o herdeiro autor, co-autor ou partícipe da ilicitude, pois o seu grau de participação não afasta a intenção de fraudar ou inutilizar o testamento, transgredindo a última vontade do *de cuius*.

Após apresentar as causas de indignidade, importante observar que a exclusão da herança por tal modalidade não depende unicamente de testamento, cabendo aos interessados na sucessão, como os coherdeiros ou o próprio Ministério Público, a propositura de ação após a abertura da sucessão, apontando estritamente os dispositivos acima arrolados, assim como apresentando provas inequívocas que comprovem seu pleito. O trâmite processual demonstra-se inequívoco para garantir ao acusado o direito de defesa (tutelado pelos princípios constitucionais de ampla defesa e do contraditório), de modo que a demanda judicial deve ocorrer enquanto vivo o suposto indigno. Porém, caso este venha a falecer no decorrer do processo, seu herdeiros tomarão parte em substituição processual. O prazo decadencial para a propositura da demanda é de quatro anos a partir da morte do autor da herança (art. 1.815 parágrafo único do CC/02), e se houver sentença criminal condenatória com trânsito em julgado, cabe apenas a execução em juízo cível.

Diante de seu caráter punitivo privativo, a exclusão do herdeiro ou legatário não é automática pela simples declaração do *autor succesiones*, sendo a indignidade reconhecida apenas com a sentença declaratória.

A consequência da indignidade é o declínio do direito à herança para o herdeiro excluído, cujos efeitos de ordem pessoal retroagem à abertura da sucessão, considerando o

indigno pré-morto em relação ao hereditando. Em face dessa caracterização jurídica, a lei permite que os descendentes em linha reta do *indignus* o sucedam por representação, conforme art. 1.816 do CC/02, ou por direito próprio, caso o ofendido não deixe outro filho além do indigno. Caso o ofensor seja titular de poder de família dos descendentes que o representaram, o indigno é impedido de administrar ou usufruir desse patrimônio, assim como lhe é vedado herdar esses bens em caso de falecimento dos que o representaram na sucessão.

Apesar de suas condenáveis atitudes, o herdeiro indigno ainda pode suceder caso haja a sua reabilitação por meio do perdão expresso do hereditando, por ato autêntico ou testamento (art. 1.818 do CC/02). Por mais que o hereditando exteriorize socialmente atitudes de perdão, como o próprio convívio com o herdeiro aparente ou ao prestar-lhe auxílio econômico, a reabilitação do indigno só é possível por meio do testamento. O perdão ali indicado abarca apenas os atos cometidos antes de sua redação, de forma que o ilícito superveniente não é alcançado.

3.2.2 Deserdação

A deserdação é uma penalização civilista sucessória que, assim como a indignidade, priva o herdeiro de suceder sua quota da herança. A deserdação, além de abarcar os dispositivos da indignidade, nos ditames do art. 1.814 do CC/02, também prevê outras faltas de foro íntimo, conforme os art. 1.962 e 1.963 do CC/02.

Primeiramente, a deserdação expande o leque de hipóteses de exclusão da herança, pois além de abarcar os dispositivos da indignidade nos ditames do art. 1.814 do CC/02, também prevê outras faltas de foro íntimo, conforme os art. 1.962 e 1.963 do diploma civilista:

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

- I - ofensa física;
- II - injúria grave;
- III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
- VI – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes por seus descendentes:

- I - ofensa física;
- II - injúria grave;
- III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou do neto, ou com marido ou companheiro da filha ou da neta;
- VI – desamparo do filho ou neto em deficiência mental ou grave enfermidade.

Assim como as previsões que rotulam o indigno, as causas de deserdação são *numerus clausus*, sendo inconcebível interpretação extensiva ou analógica. Este é o entendimento pacificado na doutrina, conforme averiguado:

No sentido amplo do termo, indignidade compreende todas as causas de exclusão legal e de deserdação voluntária. Se a causa referida pelo *de cuius* em testamento não se enquadrar em uma das legalmente previstas, não poderá ser considerada, ainda que possa ser tida como mais grave ou ofensiva que estas. Assim é porque a deserdação tem caráter de excepcionalidade, não podendo haver interpretação extensiva (LÔBO, 2019, p. 200).

Ademais, a causa deve enquadrar-se naquelas hipóteses previstas no Código Civil. Embora impute o testador um fato grave contra herdeiro, se não se incluir na relação discriminada pela lei, não se consuma a deserdação (RIZZARDO, 2018, p. 549).

A lei (CC, arts. 1.814, 1.962 e 1.963) retira do arbítrio do testador a decisão tanto aos casos de deserdação, devido à gravidade desse ato, não admitindo interpretação extensiva e muito menos o emprego de analogia (DINIZ, 2019, p. 232).

A jurisprudência pátria segue este mesmo entendimento, consoante julgado:

EMENTA: Apelação cível. Ação de deserção. A deserção consiste na privação da legítima por vontade do autor da herança, mediante disposição testamentária, por algumas das causas taxativamente relacionadas nos artigos 1962 e 1963 do Código Civil. O artigo 1963 do Código Civil estabelece como uma das causas que autorizam a deserção dos ascendentes pelos descendentes o “desamparo do filho ou neto com a deficiência mental ou grave enfermidade” (IV). **A deserdação tem caráter excepcional e apenas prevalece quando devidamente comprovada a hipótese legal que a ensejou, conforme rol taxativo previsto em lei (artigos 1962 e 1963 do CC), o qual não admite interpretação extensiva.** A autora não logrou trazer aos autos elementos suficientes para demonstrar que a falecida tenha sido acometida de doença grave e que os herdeiros deserdados tenham efetivamente a deixado em situação de abandono e desamparo. **Ainda que pudesse existir falta de afetividade entre a falecida, filhos e netos, e isto de fato lhe tenha causado sofrimento e tristeza, não é uma das hipóteses previstas para a causa de deserdação, e não se permite interpretação extensiva.** Apelo desprovido.⁸² (grifos nossos)

A sanção por indignidade alcança tanto os herdeiros legítimos como os legatários, mas apenas se enquadram na deserdação os herdeiros necessários, mais especificamente os descendentes e os ascendentes, pois os art. 1.962 e 1.963 do CC/02 claramente indicam apenas estes como suscetíveis de deserdação, afastando o cônjuge ou companheiro da penalização por oblição da legislação.

⁸² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (8. Câmara de Direito Privado) Apelação Cível 0000954-91.2010.8.26.0100/SP, Relator: Des. Silvério da Silva, 30 de maio de 2019. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/716164946/apelacao-civel-ac-9549120108260100-sp-0000954-9120108260100/inteiro-teor-716164966?ref=serp>>. Acesso em: 16 out 2019.

A deserdação é ato unilateral, personalíssimo e solene, onde o autor da herança aponta o herdeiro desafeto por meio de testamento (art. 1.964⁸³ do CC/02), indicando, de forma clara e inequívoca, os motivos e as causas legalmente previstas que justificam a sua exclusão da herança, cabendo aos demais coherdeiros a propositura da ação, baseada no instrumento testamentário, e o ônus da apresentação de provas inquestionáveis no prazo decadencial de quatro anos a partir da abertura do testamento, nos termos do art. 1.965⁸⁴ do CC/02.

Para o efetivo reconhecimento do deserdado, imprescindível é a sentença declaratória que o qualifique como tal, pois, apesar da declaração *de cujus* por testamento ser requisito inequívoco para este instituto, tal ferramenta não possui força imediata e nem é suficiente para reconhecê-lo, sendo necessária a propositura de ação de deserdação para a comprovação e a apreciação dos fatos ali apresentados. Se as provas apresentadas forem insuficientes para a condenação do herdeiro aparente, as proposituras que afetam a sua quota legítima serão afastadas, podendo o suposto indigno herdar sua porção hereditária. Caso haja sentença declaratória a favor do disposto no testamento, o deserdado pode ser representado por seus descendentes por meio do direito de representação, pois a punição é pessoal, não alcançando seus sucessores.

Desta forma, as causas de deserdação transbordam os dispositivos da indignidade ao prever as hipóteses previstas nos art. 1.962 e 1.963 do CC/02, casos especiais que abrangem os descendentes e os ascendentes, dentro das quatro hipóteses a seguir expostas:

a) ofensa física;

Os primeiros incisos dos art. 1.962 e 1.963 do CC/02 evidenciam a hostilidade física contra a pessoa do testador como causa de deserdação do descendente e do ascendente, respectivamente. Como a lei não esclareceu o nível de gravidade da agressão, Lôbo (2019, p. 203) defende que a agressão pode compreender qualquer lesão, contudo, cabe ao julgador averiguar se a lesão sofrida merece a rejeição social dentro dos parâmetros culturais onde vive o testador.

Para a presente hipótese, a legítima defesa própria é excludente de ilicitude, o que afasta a caracterização de indigno.

⁸³ Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

⁸⁴ Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador. Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento.

b) injúria grave;

A segunda hipótese de deserdação nos artigos supracitados é a injúria, delito penal que consiste na atribuição de características moralmente e socialmente pejorativas à vítima, de modo a ofender a sua honra subjetiva e a sua dignidade. Tal fato típico pode ser direto, quando praticado diretamente contra o ator da herança, ou indireto, quando atingir o cônjuge ou o companheiro.

A atitude evidencia o despreço que o herdeiro possui com o autor da herança e o amargor dentro da estrutura familiar. Neste sentido, Paulo Nader discorre que:

Conduta desta natureza é incompatível com os elos de solidariedade e fraternidade comuns na relação entre parentes em linha reta. Se o descendente age desta forma contra aquele a quem deve respeito, provoca não apenas o rompimento na esfera da afetividade, mas igualmente anula os fundamentos do direito à sucessão.⁸⁵

c) relações ilícitas com madrasta ou com padrasto;

Os incisos III dos art. 1.962 e 1.963 condenam os descendentes e ascendentes, respectivamente, que contraíram relações carnais ilícitas com seu padrasto ou madrasta, ou com seu enteado ou enteada. Necessária para a configuração da conduta a cópula carnal, a relação no âmbito da sexualidade, configurando ato incestuoso devido à relação de parentesco por afinidade em linha reta.

d) desamparo em deficiência mental ou grave enfermidade.

Os incisos IV, últimas previsões de ambos os artigos da deserdação, punem o descendente ou ascendente, respectivamente, que abandonam o seu progenitor ou filho quando estes se encontram maculados por grave enfermidade ou alienação mental. Objetivou o legislador a possibilidade de afastar o descendente ou ascendente que não cumpre com seu papel moral e, principalmente, familiar de amparo àquele que se encontra debilitado mentalmente, necessitando de assistência para ultrapassar as barreiras levadas pela doença. Espera-se a reciprocidade de tratamento afetivo entre parentes, principalmente tratando-se de dois membros

⁸⁵ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 6, p. 450.

que comportam o convívio afetivo inequívoco no núcleo familiar. Reputa-se, assim, a ausência de afetividade e solidariedade familiar, princípios basilares deste instituto social, cuja privação fere a dignidade da pessoa humana daquele que se encontra debilitado. Para configurar o desamparo, o herdeiro deve estar ciente da enfermidade do hereditando, contudo não lhe presta auxílio moral ou financeiro. Neste sentido, com relação ao inciso IV do art. 1.962, cuja análise se estende ao inciso IV do art. 1.963, Nader (2016, p.452) defende que:

O descaso com o ascendente, em situação tão crítica, revela inexistência de afeição, respeito e solidariedade. Seria contraditória se a Lei Civil não autorizasse a deserdação. A norma se ajusta tanto ao sistema quanto aos princípios de justiça substancial.

Por fim, as causas de indignidade e de deserdação evidenciam a desmantelamento do instituto familiar por meio de ações moralmente e juridicamente condenáveis praticadas pelo herdeiro. Contudo, os institutos são bastantes limitados, apresentando causas gravosas, porém mínimas, diante da extensão de outros fatores que justificariam a exclusão do herdeiro da sucessão.

4 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O ordenamento jurídico é uma unidade harmônica de normas que coexistem pacificamente e que possuem coerência entre si. Contudo, em determinados casos concretos, a aplicação simultânea dessas normas pode gerar soluções jurídicas contraditórias, resultando em colisão entre seus mandamentos. A fim de equacionar tal conflito, necessária é a distinção entre regras e princípios, para que o intérprete do direito possa escolher o método de aplicação mais adequado para a solução do conflito e para fundamentar a técnica jurídica utilizada.

4.1 Distinção entre princípios e regras

A diferença entre princípios e regras é um debate de longa data, com teorias extensas e plurais⁸⁶, mas que conciliam quanto à importância desta distinção, fundamental para a estrutura

⁸⁶ Há diversas teorias sobre a distinção entre regras e princípios, podendo-se elencar a seguir, à título exemplificativo, as mais frequentes nos debates jurídicos: i) pela forma de surgimento; ii) o caráter definitivo das regras e o axiológico dos princípios; iii) regras como razão de decisão e princípios como razão de argumentos; e iv) grau de generalidade, em que as regras apresentam baixo grau de generalidade e os princípios, alto grau de generalidade.

de uma teoria normativa-material do próprio sistema jurídico, que reflete na interpretação constitucional, e para a solução dos problemas decorrentes desta seara.

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas que correlacionam entre si. Essas normas jurídicas são gêneros, que se expressam em espécies ou classes, classificadas como princípios e regras. Apesar de ambos serem razões para juízos concretos de dever-ser⁸⁷, essas duas modalidades distinguem-se quanto à sua aplicação⁸⁸, o que reflete no método de resolução de conflito entre normas quando estas são aplicáveis simultaneamente no mesmo caso concreto, mas com soluções contraditórias.

Segundo Dworkin (2002, p. 39), as regras operam na dimensão da validade, em que são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (all-or-nothing fashion), cujas consequências jurídicas são impostas automaticamente quando o problema é dado. Ou seja, diante dos fatos apresentados, quando a regra é válida, o seu mandamento deve ser aplicado exatamente como expresso; se a regra for inválida, “neste caso em nada contribui para a decisão”.

Seguindo o mesmo entendimento quanto à dimensão de validade das regras, Alexy (2006, p. 91) afirma que essas espécies de norma devem ser cumpridas de forma direta, ou seja, são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, sendo que seu enunciado deve ser aplicado conforme expresso positivamente.

Destarte, as regras podem ser caracterizadas como razões definitivas⁸⁹, cujo mandamento normativo é imperativo, e cuja determinação é ou não cumprida, sendo inviável a sua aplicação em diferentes graus. Nesta linha, as regras “são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou uma permissão” (BARROSO, 2015, p. 241).

⁸⁷ Neste sentido, Alexy explica que: “Tanto as regras quanto os princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87

⁸⁸ Em literatura pátria, Luís Roberto Barroso entende que a diferença entre princípios e regras reside em três elementos: o conteúdo, a estrutura normativa e, principalmente, o modo de aplicação, no qual reside a principal distinção entre regras e princípios. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 240-242.

⁸⁹ Com relação ao caráter definitivo das regras, Alexy argumenta que caracterizá-las apenas como definitivas, conforme a teoria apresentada por Dworkin, é um modelo muito simples. Para ele, diante da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra na decisão de um caso, a regra perde seu caráter definitivo, passando a adquirir um caráter *prima facie*, porém com caráter estrito e diferente daquele exercido pelos princípios. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 104.

Diante de seu caráter subsuntivo, inviável é a existência simultânea de regras contraditórias entre si no mesmo ordenamento jurídico, fenômeno denominado antinomia⁹⁰. Para Alexy, na identificação dessa anomalia jurídica, a solução é a criação de uma cláusula de exceção que permita o convívio mútuo no mesmo sistema. Dada a impossibilidade de instituir tal cláusula, uma das regras deve ser declarada inválida⁹¹ e, portanto, deve ser eliminada do sistema. Observa-se que o conflito ocorre na dimensão de validade das normas, pois inviável seria se duas regras contrárias entre si fossem válidas sem nenhuma ressalva no mesmo ordenamento jurídico (ALEXY, 2006, p. 92).

Já os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 2006, p. 90). Os princípios são, por conseguinte, mandatos de otimização que operam na dimensão do peso, sendo possível o balanceamento de valores e sua aplicação em graus variados.

Como observa Barroso (2015, p. 243):

Ao contrário das regras, portanto, os princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a *dimensão de peso* que assumem na situação específica. Caberá ao intérprete proceder a *ponderação* dos princípios aos fatos relevantes e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que os princípios são *mandados de otimização*: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. (grifos do autor)

Diferentemente das regras, quando há colisão entre princípios, uma norma principiológica não invalida a outra⁹², mas elas coexistem de forma restritiva, ou seja, a restrição de um princípio será tanto maior quanto mais destacada for a importância relativa do princípio contraditório. “Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um

⁹⁰ Segundo Bobbio, são necessárias duas condições para que ocorra a antinomia: i) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento; e ii) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material). Respeitadas essas condições e existindo duas normas em uma determinada situação, Bobbio define antinomia quando uma norma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Júnior; Tradução: Maria Celeste C. J. Santos; Revisão técnica: Cláudio de Cicco. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 86-87.

⁹¹ Bobbio afirma que o ordenamento jurídico é um sistema cuja presença de antinomia é um defeito que deve ser eliminado pelo intérprete do direito. A solução para este conflito deve seguir três regras fundamentais: i) o critério hierárquico, chamado de *lex superior*, em que prevalece a norma hierarquicamente superior; ii) o critério cronológico, dito *lex posterior*, no qual prevalece a norma posterior; e iii) o critério de especialidade, também conhecido como *lex specialis derogat generali*, em que uma norma especial prevalece sobre a geral. *Ibidem*, p. 91-96.

⁹² Neste sentido, oportuna a observação de Dworkin, que declara: “Parece estranho falar de um princípio como sendo válido, talvez porque validade seja um conceito do tipo tudo ou nada, apropriado para regras, mas incompatível com a dimensão de peso, própria de um princípio”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 65-66.

princípio tem precedência em face do outro” (ALEXY, 2006, p. 96, grifo do autor). A partir do sopesamento e da ponderação entre os princípios, o aplicador do direito poderá adotar claramente e racionalmente a solução mais adequada para o conflito.

4.2 Colisão entre direitos fundamentais

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, em especial os direitos individuais consagrados no art. 5º deste diploma, são princípios constitucionais, cujo caráter valorativo e atribuição normativa alcançam o centro do sistema jurídico. Apesar de emanarem mandamentos que devem ser aplicados e respeitados, e cuja interpretação não se esgota no plano abstrato, os princípios não são absolutos, possuindo certa limitação quando aplicados no caso concreto⁹³. Neste sentido, Moraes (2016, p. 93) nos ensina que:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Tendo em vista a pluralidade de princípios constitucionais e a sua especificação quando aplicados no caso concreto, é possível ocorrer limitações de seus mandamentos quando esses princípios colidem entre si, resultando em soluções contraditórias.

Neste diapasão, Karl Larenz esclarece que:

Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são “abertos”, “móveis”, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada.⁹⁴

Para Steinmetz (2000, p. 55-57), os conflitos dos direitos fundamentais podem se manifestar por meio de três hipóteses: pela concorrência de direitos fundamentais, pela colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e pela colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Na hipótese de concorrência de direitos fundamentais, não há uma contradição de

⁹³ Sobre o aparente grau de generalidade dos princípios, sua aplicabilidade e sua decorrente limitação no caso concreto, Alexy esclarece que: “Normalmente, princípios são relativamente gerais, porque ainda não estão em relação com as possibilidades dos mundos fático e normativo. A partir o momento em que passam a se relacionar com o limites dos mundos fático e normativo, chega-se, então, a um sistema diferenciado de regras”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108.

⁹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575.

pretensões jurídicas elevadas por dois ou mais titulares, mas há apenas um titular e pelo menos dois direitos fundamentais que concorrem para a subsunção da conduta ou comportamento do titular. A colisão de direitos fundamentais *lato sensu* ocorre quando direitos individuais fundamentais colidem com bens jurídicos coletivos constitucionais. Já na colisão de direitos fundamentais *stricto sensu*, cuja nomenclatura será abordada neste trabalho apenas como “colisão de direitos fundamentais”, ocorre quando o exercício de um direito fundamental por um titular afeta negativamente o direito fundamental de outrem.

Esses conflitos normativos decorrem da proteção constitucional dos princípios, que abstratamente possuem a mesma carga valorativa e a mesma posição hierárquica⁹⁵, mas cujas razões entram em contrassenso quando aplicadas no caso concreto.

Como os direitos fundamentais possuem igual valor axiológico⁹⁶ e, decorrente disso, não há hierarquia entre eles, inviável seria a preferência absoluta de um sobre o outro, sendo que essas colisões devem ser equacionadas de acordo com a análise do caso concreto, em que um princípio venha a ter uma precedência relativa sobre o outro perante determinadas circunstâncias.

Diante da complexidade de determinados casos, a solução para as colisões de direitos fundamentais por meio da redução unilateral ou bilateral dos princípios, fundada no princípio da concorrência prática, por vezes, não se demonstra satisfatória, devendo-se recorrer à ponderação como método de resolução mais adequado para equacionar o conflito.

4.3 Colisão entre o princípio da afetividade e o princípio da garantia à herança nos casos de abandono afetivo direto

⁹⁵ Quanto à qualidade dos princípios como normas jurídicas, Barroso afirma que os direitos fundamentais possuem o mesmo *status* jurídico (devido ao princípio da unidade da Constituição) e ocupam o mesmo patamar axiológico, sendo que, desta forma, não há hierarquia jurídica entre essas normas constitucionais. BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 235, 2014, p. 4. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em: 5 nov 2019.

⁹⁶ Há um raso debate doutrinário quanto à consideração da superioridade hierárquica de alguns princípios que apresentam valores axiológicos “mais elevados” e absolutos, como o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja aplicação apresenta alto grau de certeza quanto à sua precedência. Neste ditame, Luiz Roberto Barroso esclarece que: “Em primeiro lugar, e acima de tudo, porque inexistente *hierarquia* entre normas constitucionais. Embora se possa cogitar de certa hierarquia axiológica, tendo em vista determinados valores que seriam, em tese, mais elevados - como a dignidade da pessoa humana ou o direito à vida - a Constituição contém previsões de privação de liberdade (art. 5º, XLVI, a) e até de pena de morte (art. 5º, XLVII, a)”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 338, grifo do autor.

O ordenamento jurídico é um conjunto unitário de normas que devem coexistir de maneira harmônica e coesa, implicando na coerência institucional que o sistema jurídico deve apresentar, dentro dos valores morais enaltecidos e defendidos pelo Direito.

A aproximação da moral com o Direito pode ser observada a partir de mandamentos principiológicos, cuja carga axiológica exige que seu cumprimento seja exercido na maior medida possível, dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas. Apesar da máxima de que os enunciados dos princípios sempre devem ser preservados, há casos em que os direitos fundamentais podem colidir entre si, cabendo ao intérprete do direito averiguar, a partir da ponderação, a prevalência de um princípio sobre o outro, de modo que condiga com a moral e a justiça almejadas pelo Direito.

Diante da diversidade de direitos fundamentais previstos na Carta Magna e da flexibilização de sua aplicação, é possível verificar diversos casos de colisão entre direitos fundamentais a depender do caso concreto, evidenciando-se alguns casos judicializados com mais frequência que outros, como nas hipóteses de colisão entre o direitos à honra, à intimidade, à imagem e à vida privada *versus* a liberdade de expressão e informação.

Pouco evidencia-se, entretanto, o debate sobre a colisão entre os princípios da afetividade e da garantia à herança no ambiente sucessório. São recorrentes as ações de deserdação em que o *auctor hereditatis*, como última vontade, anseia excluir de sua herança o ascendente que devia lhe prestar papel parental, mas não o fez, abandonando-o em sua infância. Nesses casos, o princípio da afetividade, entrelaçado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da proteção integral da criança e do melhor interesse da criança, parece estar abalado quando o ascendente, por meio do princípio da garantia à herança, garante a sua parte ou totalidade da herança, mesmo não possuindo nenhum laço afetivo com o *de cuius*.

Não obstante, para a jurisprudência⁹⁷ e a doutrina majoritária, não há o que contestar quanto à legitimidade do ascendente inadimplente com seus exercícios parentais de suceder a

⁹⁷ A jurisprudência pátria entende que o abandono afetivo e/ou material, apesar de moralmente condenável, não configura causa de exclusão da herança, por não estar previsto nos art. 1.814, 1.962 e 1.963 do CC/02, conforme julgado: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXCLUSÃO DE HERDEIRO POR INDIGNIDADE - SUPOSTO ABANDONO MATERIAL OU AFETIVO - HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA PELO ROL TAXATIVO PREVISTO NO ART. 1.814 DO CÓDIGO CIVIL - DESERDAÇÃO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA DE ÚLTIMA VONTADE AVIADA PELO AUTOR DA HERANÇA, COM INDICAÇÃO DE CAUSA EXPRESSA - IMPROCEDÊNCIA. - A exclusão de herdeiro da sucessão deve decorrer da deserdação ou da indignidade, que são penas aplicadas aos sucessores, em razão da prática de certos fatos típicos taxativamente previstos em lei contra o autor da herança - A deserdação constitui uma cláusula testamentária, através da qual o testador afasta de sua sucessão herdeiros necessários, mediante a expressa descrição da causa autorizada pela lei. Encontra-se disciplinada no art. 1.961 e seguintes do Código

herança de seu filho abandonado, pois o abandono afetivo não está expressamente contemplado nos róis taxativos dos art. 1.814, 1.962 e 1.963 do CC/02, o que, aparentemente, caracteriza-se como caso rotineiro perante o judiciário. De acordo com Steinmetz (2000, p. 58-60), os casos rotineiros são situações cuja interpretação da disposição normativa é simples, de modo que a sua aplicação é direta, sem margens para discussões, e a decisão, automática.

Partindo deste conceito, as causas de exclusão da herança parecem estar enquadradas como casos rotineiros, pois, para a doutrina majoritária, sua interpretação deve ser restritiva e sua aplicação, direta. Contudo, é evidente que, no caso de abandono afetivo, seu tratamento deve ser considerado no plano dos *hard cases*, pois notória é a solução insuportável quando o instituto é aplicado de forma subjuntiva, e incontestável é a colisão entre princípios constitucionalmente protegidos, o que, dentro dos parâmetros definidos por Steinmetz⁹⁸, já caracteriza como casos difíceis.

O debate merece importância, pois visa-se buscar a coerência da aplicação das normas dentro do sistema jurídico e nos ditames da moralidade e da justiça, inerentes ao exercício do Direito.

A partir de uma leitura sistêmica da Constituição como uma unidade da qual emanam normas valorativas que devem manter a sua coerência quando aplicadas no caso concreto, o caso acima exposto evidencia a colisão entre os princípios constitucionais da garantia à herança e da afetividade, fundada na dignidade da pessoa humana, na proteção integral da criança e na solidariedade familiar.

Civil - O instituto da indignidade está relacionado à sucessão legítima (herdeiros e legatários), sendo que a lei estabelece os fatos típicos que autorizam a sua declaração de forma taxativa, não permitindo interpretação extensiva. Essas causas estão elencadas no art. 1814, do Código Civil - Na hipótese dos autos, não há como acolher a tese de deserdação sustentada pela parte autora, porquanto inexistente disposição testamentária de última vontade aviada pelo autor da herança, com indicação de causa expressa, tal como previsto no art. 1.964 c/c 1.965 do Código Civil - Também não merece prosperar a tese de indignidade, porquanto o alegado abandono (material e/ou afetivo) da requerida pelo seu filho, além de não ter sido comprovada cabalmente nos autos, não se enquadra em nenhum dos casos legalmente previstos pelo art. 1.814 do Código Civil para a configuração da exclusão por indignidade do sucessor. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 10358160021707001/MG, Relatora: Des. Ângela de Lourdes Rodrigues, 04 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/792538226/apelacao-civel-ac-10358160021707001-mg/inteiro-teor-792538501?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 dez 2019.

⁹⁸ Steinmetz afirma que: “As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis ou duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, portanto, com idênticas hierarquia e força vinculante, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática”. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. 2000. 239 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000, p. 61. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/56635/WILSON%20ANTONIO%20STEINMETZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 21 nov 2019.

O direito à herança é um instrumento de garantia constitucional, que opera em duas dimensões: a subjetiva e a econômica. No âmbito econômico, a transmissão da herança visa movimentar o patrimônio ali existente, a fim de manter uma segurança jurídica e econômica. No âmbito subjetivo, o instituto da herança desdobra-se em duas dimensões: i) a de vínculos familiares que o *de cuius* compartilhava; e ii) a da autodeterminação pessoal do *de cuius*, que se concretiza com o testamento.

i) Na dimensão dos vínculos familiares, parece pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o reconhecimento de que a legítima reflete, de forma presumida pelo legislador, os laços afetivos que o autor da herança compartilhava com os integrantes de seu núcleo doméstico.

A família é o *locus* primário do exercício de direitos e deveres de cada indivíduo, sendo que cada integrante possui um papel jurídico-familiar próprio, cuja funcionalização é a emancipação de cada membro a partir da promoção da dignidade da pessoa humana pela afetividade e pela solidariedade lá compartilhadas. O dever de cuidado, inerente deste instituto, possui especial relevância em relação à criança, ser em posição de vulnerabilidade, cujas necessidades devem ser saciadas para o seu pleno desenvolvimento. Portanto, o núcleo familiar, comportado pelos filhos, os pais e o cônjuge ou companheiro, representa um espaço de realização da pessoa humana, no qual seus membros compartilham auxílios material e moral para a superação de obstáculos suscitados pela vida. A solidariedade familiar parece se estender ao meio sucessório quando os parentes de convivência mais próxima com o *de cuius* herdaram o seu patrimônio.

Deduziu o legislador que, na falta de um testamento, esses seriam os membros que o autor da herança gostaria que sucedessem seus bens, de forma a auxiliar-lhes economicamente, e que melhor honrariam a sua imagem. Paulo Nader compartilha o entendimento de que a legítima é a real expressão da cooperação, da solidariedade e da afetividade vivenciadas de forma recíproca entre os integrantes do seio familiar, o que justifica o especial *status* desses entes no meio sucessório, conforme expõe:

São os estreitos laços morais, presumidamente existentes entre parentes em linha reta ou cônjuges, que determinam a posição privilegiada que desfrutam, reciprocamente, em matéria sucessória. Tais elos implicam relações solidárias e estas pressupõem lealdade e mútua colaboração. É certo que o convívio ao longo do tempo pode trazer algum tipo de desgaste, aborrecimentos eventuais, fatos estes que podem ser qualificados como normais no âmbito das famílias, pois da mesma forma que surgem muitas vezes desaparecem, permanecendo íntegros os liames morais.⁹⁹

⁹⁹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 7 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 6, p. 448.

Evidente que os sucessores herdaram as cargas moral, valorativa e colaborativa compartilhadas em vida com o falecido por meio da solidariedade e da convivência familiar, o que se estende ao caráter da herança no meio sucessório.

Desta forma, o ascendente faltoso não carrega os encargos necessários para suceder sua quota legítima, pois seu inadimplemento de afeto e cuidado é inconsistente com o instituto da herança. Conforme extensivamente exposto neste trabalho, os vínculos meramente biológicos são elementos secundários para a caracterização do instituto familiar e seus reflexos jurídicos, sendo que a afetividade emancipou-se como primordial elemento configurador do núcleo doméstico. A aplicação do princípio da garantia à herança gera em si mesmo uma contradição valorativa, pois, a partir de uma interpretação constitucional sistêmica e teleológica, a garantia de herdar possui uma essência fundada na afetividade familiar, elemento que fica descaracterizado no caso em apreço.

Não parece justo, tampouco moralmente plausível, que aquele que não cumpriu com seus deveres familiares se beneficie deste mesmo instituto do qual se ausentou. Ao herdar os bens que não lhe são dignos, há uma clara ofensa tanto ao núcleo essencial da legítima quanto à dignidade do falecido. A leitura *lato sensu* e seca do princípio da garantia à herança não pode amparar atitudes que desmoralizem o autor da herança, sendo que o seu núcleo essencial de manter a instituição familiar será fortemente abalado, pois, no presente caso, não há que se falar em instituição familiar, sendo que esta nem foi devidamente formada.

Portanto, o princípio da garantia à herança deve ultrapassar seu plano de endereçamento econômico e manter seu elemento valorativo referente à afetividade e à solidariedade familiar, a fim de garantir a moralidade própria do seu instituto. Neste sentido, apropriado trazer as palavras de Dworkin (2002, p. 36), que descreve princípio como:

um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

A respeito da leitura *stricto sensu* do princípio da garantia à herança e da sua interpretação constitucionalizada quanto ao papel familiar de cada integrante, vale mencionar: “Embora os princípios e regras tenham, em tese, uma existência autônoma, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido” (BARROSO, 2004, p. 10).

Para atingir o seu grau valorativo, cabe ao aplicador do direito adotar uma interpretação coesa do ordenamento jurídico, estabelecendo um nexo na aplicação das normas, de forma a configurar uma unidade moral e concisa.

ii) A segunda dimensão subjetiva da herança permeia o testamento, instrumento pelo qual o autor da herança pode expor, como ato de última vontade, o modo como seu patrimônio deve ser distribuído. Tal ferramenta reflete o princípio da autodeterminação pessoal do *de cuius*, que expressamente salienta a forma de manutenção de seus bens e quem deve sucedê-los. A escolha do testamentário evidencia a simpatia que o autor da herança sentia pelo favorecido, assim como, ao apontar um indigno, o *de cuius* claramente expõe a sua inimizade e ausência de qualquer vínculo afetivo por aquele que lhe faltou. Ao nomear o ascendente inadimplente como indigno, é evidente que o autor da herança demonstra a sua profunda mágoa por aquele que lhe faltou em tantos meios, seja afetivo, seja moral, seja financeiro. Não se trata de uma desavença pontual e passageira como as corriqueiras discussões familiares, mas de um descompromisso moral e jurídico de longa data, que pode causar danos psicológicos e emocionais para a criança.

Quando o ascendente faltoso exerce o seu direito de herdar, há uma evidente colisão entre este princípio constitucional e o princípio da afetividade, fundada na dignidade da pessoa humana, na proteção integral da criança e na solidariedade familiar.

A priori, a resolução do caso seria a aplicação direta do artigo 1.963 do CC/02, em que não seria possível deserdar o herdeiro faltante pelo fato do abandono afetivo não estar expressamente previsto como causa de exclusão da herança. Mas ao adotar tal posicionamento, o juiz estaria realizando o seu papel técnico sem se atentar às faltas gravosas realizadas pelo genitor omissor, que claramente descumpra com seu papel social e, principalmente, familiar entitulado pelo Estado. Apesar da atual fase pós-positivista do sistema jurídico brasileiro, o judiciário necessita ultrapassar os resquícios do tradicionalismo positivista de interpretação jurídica, em que:

A norma era a premissa maior; os fatos, a premissa menor; e a sentença era conclusão. E o juiz, ainda no modelo tradicional, era o profissional que desempenhava uma função técnica de conhecimento; revelar, no caso concreto, a solução que estava pré-pronta na norma jurídica (BARROSO, 2014, p. 8).

Não se trata apenas de colisão entre direitos fundamentais, mas do pressuposto de que os princípios devem seguir uma ordem de moralidade e de justiça pretendida pelo Estado Democrático de Direito. Tais normas apresentam aparente conteúdo generalizado, mas quando

avaliadas nos moldes no caso concreto, a sua essência se especifica quanto à sua realização, podendo encontrar limites ou colidir com outros princípios. Para MENDES (2019, p. 72):

Os princípios, nessa linha [virtudes multifuncionais], desempenhariam uma função argumentativa. Por serem mais abrangentes que as regras e por assinalarem os *standards* de justiça relacionados com certo instituto jurídico, seriam instrumentos úteis para se descobrir a razão de ser de uma regra ou mesmo de outro princípio menos amplo.

Desta forma, quando a decisão subsuntiva é socialmente e juridicamente insuportável devido à colisão entre princípios nas circunstâncias apresentadas, deve o intérprete ponderar sobre o peso dessas normas valorativas por meio de uma interpretação constitucional sistêmica e teleológica. Com relação à função interpretativa dos princípios, aponta Barroso:

No plano jurídico, eles [os princípios] funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos. Em razão desse mesmo atributo, dão unidade ao ordenamento, permitindo articular suas diferentes partes - por vezes, aparentemente contraditórias - em torno de valores e fins comuns. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação interativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de *justiça*.¹⁰⁰ (grifo do autor)

Não parece consistente com os atuais valores constitucionais sustentar o mero argumento da parentalidade biológica para exercer o seu direito de herança, sendo que o suposto titular do direito violou este mesmo instituto ao descumprir seu papel parental. Há um evidente desequilíbrio do exercício da parentalidade, em que se exigem os direitos, mas se afastam os deveres. Ao defender o seu exercício do direito à herança, viola-se o princípio da força normativa da Constituição com relação aos princípios da solidariedade, da proteção integral da criança, da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana, que passam a ser, nesses casos, meras declarações sem força vinculante.

4.4 Do abandono afetivo direto como causa de exclusão da legítima a partir da interpretação do inciso IV do art. 1.963 do Código Civil

Apesar de não estar expressamente previsto nas causas de exclusão da herança, é possível identificar o abandono afetivo direto como causa de deserdação a partir de uma interpretação sistêmica do inciso IV do art. 1.963 do CC/02.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 244.

Ora, a partir do estudo bibliográfico deste dispositivo, a doutrina majoritária aponta que o elemento nuclear que caracteriza tal inciso é o abandono afetivo, caracterizado pelo descaso e pelo desamparo moral e material por parte do ascendente frente ao seu descendente, faltando, assim, com seu dever parental. Tal despreço é o que condena o legislador, o que torna ainda mais grave quando o descendente se encontra em estado de debilidade mental ou acometido por enfermidade, posições de vulnerabilidade que merecem especial amparo.

Ao comentar sobre o inciso IV do art. 1.962 do CC/02, Paulo Nader estende suas considerações também para a hipótese do inciso IV do art. 1.963 do mesmo diploma, em que observa: “O descaso com o ascendente, em situação tão crítica, revela inexistência de afeição, respeito e solidariedade. Seria contraditório se a Lei Civil não autorizasse a deserdação. A norma se ajusta tanto ao sistema quanto as princípios de justiça substancial”¹⁰¹.

Na perspectiva de Arnaldo Rizzardo, ao abordar sobre o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade:

Ficando eles (os ascendentes) não propriamente na mendicância, ou em estado de doença grave, mas em abandono material e desamparados, já se apresentam motivos para convalidar-se a deserdação. Nesta ordem de compreensão, o mesmo deve entender-se quando, em extrema velhice, ficam as pessoas inteiramente abandonadas, sendo necessário o socorro de entidades assistenciais para ampará-los. A interpretação, nesta situações, deve ser extensiva, pois repugna à consciência humana o abandono. Até porque a velhice importa em degenerescência do organismo humano, que retira a capacidade. Incompreensível é que o Código tenha limitado de tal maneira a hipótese de deserdação¹⁰². (grifo nosso)

Ainda sobre o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, cuja análise se estende ao desamparo do descendente, prega Maria Helena Diniz:

4º) *Desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade*, por revelar, da parte do herdeiro, desafeição pelo autor da herança, egoísmo, falta de sentimentos de solidariedade humana, autorizando, por essas razões, sua deserdação.¹⁰³

Para Sílvia de Salvo Venosa:

¹⁰¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 6, p. 452-453.

¹⁰² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 553.

¹⁰³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 6, p. 233.

O último inciso do art. 1.962 fala do *desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade*. Tais atos demonstram o desprezo pelo ascendente, o desamor, a falta de carinho. Se, porém, o ascendente estiver em estado de alienação mental, não poderia validamente testar. A questão reporta-se à requalificação da capacidade mental. O desamparo é eminentemente econômico, na medida do que podia o descendente amparar. Todavia, não se descarta o desamparo moral e intelectual da dicção legal.¹⁰⁴

Neste ponto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald declaram que:

A quarta e última hipótese específica de deserdação é o desamparo do herdeiro necessário, que sofre alienação, deficiência mental ou grave enfermidade. A ruptura da solidariedade familiar, exigida como núcleo fundante das relações entre parentes, é a motivação dessa específica causa deserdativa. Pune-se quem deu as costas, foi indiferente às necessidades materiais de seu parente, demonstrando insensibilidade. [...]

É certo que o desamparo punível não é somente de índole material, mas também de ordem imaterial, alcançando o herdeiro necessário que abandona o parente enfermo em estabelecimentos sem qualquer visita ou preocupação pessoal, sequer em datas comemorativas como aniversários, Natal, etc. Trata-se da violação do *cuidado necessário* que deve existir entre os membros de uma família.^{105 106} (grifo dos autores).

Apesar de reconhecer que o abandono afetivo e material é o elemento condenável pelo dispositivo, a doutrina majoritária ainda defende categoricamente que o rol do art. 1.963 é taxativo, não comportando interpretação analógica ou extensiva diante de seu caráter punitivo e restritivo de direitos, entendimento herdado do Direito Penal.

A despeito da impossibilidade da realização de uma interpretação extensiva ou por analogia desta disposição devido à extrema precisão da palavra da lei, conveniente é uma análise sistemática e comparativa deste dispositivo em relação às crianças.

A extensão do instituto não visa comparar a saúde mental e física de um debilitado com a de uma criança¹⁰⁷, mas sim demonstrar que essas as categorias se encontram em estado de vulnerabilidade social, merecendo apoio financeiro, pois é inviável a sua subsistência própria, e principalmente apoio emocional e moral, para que o debilitado possa superar a debilidade que o acomete, e para que a criança tenha o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

¹⁰⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, vol. 7, p. 350.

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, vol. 7, p. 197-198.

¹⁰⁶ Apesar de fundamentarem a solidariedade familiar como motivação para a causa de exclusão da herança, referente aos incisos IV dos art. 1.962 e 1.963 do CC/02, importante salientar que os autores não defendem o abandono afetivo como causa de deserdação, conforme observa-se no seguinte trecho: “Discute-se, entretanto, o abandono afetivo como causa deserdativa. A nós, parece descabida a deserdação por simples desamor entre as partes, na medida em que sentimentos são humanos e não exigíveis pelo sistema jurídico”. *Ibidem*, p. 198.

¹⁰⁷ Apesar de ambas as categorias apresentarem discernimento incompleto e imaturidade para a tomada de decisões na vida pessoal e civil, por um questão moral, ética, biológica e científica, inviável seria a comparação do estado mental dessas categorias.

A vulnerabilidade de uma criança é tão evidente que, conforme mencionado anteriormente, a ela são criados mecanismos jurídicos e sociais especiais para suprimir a sua condição marginalizada a fim de que ela possa exercer plenamente seus direitos.

Assim, fica evidente que o objetivo do legislador é sancionar aquele que, pelo abandono afetivo, descumpra seu papel moral e parental e viola princípios jurídicos constitucionalmente tutelados. Ao especificar o descendente em estado de saúde debilitada, quis o legislador amparar aquele que se encontra em especial estado de vulnerabilidade, o que se vislumbra também, porém por outro estado caracterizador de vulnerabilidade, nas crianças. Os deveres parentais e familiares não devem se limitar somente às circunstâncias de grave enfermidade, conforme propõe o dispositivo em comento. Tais deveres devem ser inerentes do instituto familiar, de modo que deve o intérprete buscar a finalidade do dispositivo, elevando os valores que devem ser tutelados, quais sejam, a proteção integral da criança, a afetividade, a solidariedade familiar e em sentido amplo, a dignidade humana. Neste ponto, defende Poletto (2013, p. 385):

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

Apesar da doutrina majoritária e da jurisprudência defenderem que a interpretação das causas de exclusão da herança deva ser restritiva devido ao seu caráter punitivo e restritivo, tal argumento não parece ser suficiente quando prevalece, nesse caso, um bem jurídico patrimonial sobre um bem jurídico de personalidade com valorização moral. Foge do atual movimento de construção da personalização e solidarização do direito privado privilegiar um bem jurídico material (o direito de herdar) sobre um bem jurídico moral (a dignidade do autor da herança), sendo que a pessoa humana deveria ser o valor prioritário da ordem jurídica.

5 PROJETO DE LEI Nº 867/2011

Segundo Eroulths Cortiano¹⁰⁸, o inciso XXX do artigo 5º da Carta Maior caracteriza a herança como direito fundamental e como garantia institucional. No sentido de fundamentalidade, o doutrinador explica que o direito à herança é cláusula pétrea nos termos do art. 60, § 4º, I da CF/88, remetendo à intangibilidade da herança, sendo inviável a sua abolição ou restrição de maneira que esvazie o seu conteúdo. Como garantia institucional, a herança estaria institucionalizada, recebendo proteção normativa, mas cujo conteúdo deve ser pormenorizado pelo legislador ordinário, respeitando o sentido axiológico do instituto e a carga valorativa constitucional.

Nesta toada e diante da notória estagnação do Direito Sucessório em relação à nova conformidade da família, às demandas sociais e à constitucionalização dos demais ramos do Direito, várias foram as tentativas¹⁰⁹ de atualizar sua redação e aplicação nos atuais conformes sociais. Dentre essas prerrogativas, há o Projeto de Lei (PL) nº 867, de 2011¹¹⁰, originado pelo PLS nº 118, de 2010¹¹¹, proposto pela Senadora Maria do Carmo Alves (DEM/SE), com fundamentos nas sugestões apresentadas pelo Prof. Carlos Eduardo Minozzo Poletto em sua dissertação de mestrado¹¹² em Direito Civil Comparado, defendida perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), em 27 de janeiro de 2010.

¹⁰⁸ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Conexões: sucessão e direitos fundamentais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 484.

¹⁰⁹ Dentre alguns Projetos de Lei propostos, há o PL 3.145/2015, de autoria do deputado Vicentino Júnior (PR-TO), que visa acrescentar aos artigos 1.962 e 1.963 do CC/02 incisos que abordem sobre o abandono de ascendentes e descendentes em asilos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1392947&filename=PL+3145/2015>. Além deste, há o PL 3.799/2019, de autoria da senadora Soraya Thronickle (PLS/MS) em parceria com o Instituto Brasileiro de Direito de Família, que aborda matéria sucessória em sua completude, cuja proposta é a atualização do Direito Sucessório. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7973456&ts=1567534292228&disposition=inline>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

¹¹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 867, de 2011*. Altera o Capítulo V do Título I e o Capítulo X do Título III, ambos do Livro V da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Relator Dep. Rubens Pereira Júnior. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E8C32C6DCA2BAFFE9119E4109165808D.proposicoesWebExterno1?codteor=855373&filename=PL+867/2011>. Acesso em: 18 nov. 2019.

¹¹¹ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 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. Relator Sen. Demóstenes Torres. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4658484&ts=1567528194805&disposition=inline>> Acesso em: 18 nov. 2019.

¹¹² POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. *A exclusão da sucessão à luz dos direitos fundamentais e da teoria geral do direito sucessório: estudo crítico-comparativo entre a indignidade e a deserdação*. 2010. 326 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

O então PLS nº 118/2010 foi apresentado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal em 4 de maio de 2010, cujo parecer foi esboçado pelo relator senador Demóstenes Torres (DEM/GO) em 1º de dezembro de 2010, manifestando pela sua aprovação com sete emendas. Em 16 de março de 2011, o relatório foi aprovado pela CCJ e, após a leitura do Parecer nº 44 de 2011, o PLS foi aprovado em caráter terminativo nos termos do relatório apresentado e encaminhado à Câmara dos Deputados para revisão, nos termos do art. 65 da CF/88. Nesta Casa, a matéria foi renomeada para PL 867/2011 e recebida pela Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) em 2 de maio de 2011, cujo parecer foi aprovado em 2 de junho de 2015. Atualmente, o PL encontra-se na CCJ aguardado parecer de nova relatoria.

O PL 867/2011 altera de forma significativa a matéria sucessória referente aos institutos da indignidade e da deserção ao propor alterações nos art. 1.814 a 1.818 e 1.961 a 1.965 do atual Código Civil.

Caso o PL seja aprovado, as modificações começam na nomenclatura dos capítulos, em que a denominação do Capítulo V - Dos excluídos da Sucessão será alterada para “Dos Impedidos de Sucedem por Indignidade”, assim como o Capítulo X - Da Deserção será renomeado para “Da Privação da Legítima”.

Com relação ao direito substantivo, as modificações propostas pelo PL ampliam significativamente as causas de impedimento de suceder por indignidade ao prever novas condutas que condenam o indigno, nos seguintes termos:

CAPÍTULO V

DOS IMPEDIDOS DE SUCEDER POR INDIGNIDADE

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

I – na condição de autor, coautor ou partícipe, tenha praticado ou tentado praticar, dolosamente, qualquer ato que importe em ofensa à vida ou à dignidade sexual do autor da herança ou de seu cônjuge, companheiro ou parente, por consanguinidade ou afinidade, até o segundo grau;

II – na condição de autor, coautor ou partícipe, tenha praticado ou tentado praticar, dolosamente, qualquer ato que importe em ofensa à honra, à integridade física, à liberdade ou ao patrimônio do autor da herança;

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

IV – por violência ou qualquer meio fraudulento, inibir ou obstar o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade, furtar, roubar, destruir, ocultar, falsificar ou alterar o testamento ou codicilo do falecido, incorrendo na mesma pena aquele que, mesmo não tendo sido o autor direto ou indireto de qualquer desses atos, fizer uso consciente do documento viciado.

Parágrafo único. Para efeito do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, incluem-se entre os atos suscetíveis de gerar declaração de indignidade quaisquer

delitos dos quais tenham resultado a morte ou a restrição à liberdade do autor da herança ou de seu cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

A fim de contornar a interpretação restritiva, imperiosa é a preocupação em expandir os limitados casos de indignidade ao incorporar as seguintes disposições: i) as práticas ou as tentativas dolosamente praticadas contra a vida do autor da herança, o que abrange outros casos além do homicídio, como o latrocínio (art. 157, §3º, II do CP) ou a lesão corporal seguido de morte (art.129, §3º do CP); ii) a prática ou a sua tentativa contra a integridade física, a liberdade ou o patrimônio do autor da herança; iii) o abandono ou desamparo do sucedido, em especial aquele que não tenha reconhecido a sua paternidade ou maternidade; e iv) uso consciente pelo herdeiro de testamento viciado por meios fraudulentos.

Assim como as causas de indignidade, as causas de deserção também apresentam consideráveis atualizações em relação ao seu texto original, se enquadrando nos ditames sociais e morais ao apresentar a seguinte redação:

CAPÍTULO X

DA PRIVAÇÃO DA LEGÍTIMA

Art. 1.962. O herdeiro necessário pode, por testamento, com expressa declaração de causa, ser privado de sua quota legítima, quando:

I – na condição de autor, coautor ou partícipe, tenha praticado ou tentado praticar, dolosamente, qualquer ato que importe em ofensa à honra, à integridade física, à liberdade ou ao patrimônio do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão do autor da herança;

II – tenha sido destituído do poder familiar em relação ao testador;

III – tenha, culposamente, se omitido no cumprimento dos deveres e das obrigações impostas pelo direito de família em relação ao próprio testador ou a seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.

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

Diferentemente do Código Civil, o PL alcança o cônjuge e o companheiro como herdeiros necessários passíveis de deserção.

Essencial observar que, em ambos os institutos, houve a preocupação legislativa de tutelar os deveres inerentes do seio doméstico ao punir aquele que descumpra com seu dever familiar, conforme o inciso III do art. 1.814 e os incisos II e III do art. 1.962 acima expostos. A matéria sucessória do PL 867/2011 acompanha os atuais ditames do Direito de Família, que por sua vez é reflexo das mudanças e exigências sociais. É evidente que aquele que não possui laços afetivos e solidários com o autor da herança, ou pior, aquele que efetivamente extinguiu a sua possível existência, não se qualifica como herdeiro a partir de uma leitura moral e constitucionalizada do instituto. Neste ponto, se sensibilizou a legislação ao acertadamente punir o inadimplente com seus deveres familiares, principalmente com seu papel parental, cujo

dever constitucional é o de criar e amparar sua prole, que exige naturalmente atenção e cuidados especiais.

Assim, a partir de uma releitura do Direito das Sucessões nos ditames da Constituição e dos princípios que consolidam o Direito de Família, é necessária a penalização daquele que faltou com seus deveres familiares, pois o fundamento da herança deve basear-se em valor pessoal, fundado na dignidade da pessoa humana, e não patrimonial. O patrimônio como bem prioritário a ser tutelado outrora foi objeto de primordial proteção do Direito, mas com a constitucionalização do aparato jurídico, o homem encontra-se como centro de tutela, priorizando-se a sua proteção.

Na seara processual, os artigos 1.815 e 1.963 do PL permitem a dispensa da declaração de sentença da indignidade e da deserdação quando houver anterior pronunciamento judicial definitivo, civil ou criminal, reconhecendo a conduta delituosa, sendo necessário apenas a juntada aos autos da sucessão, respeitando os princípios constitucionais da economia e celeridade processual. Os artigos em comento ainda reconhecem que todo aquele que possui legítimo interesse, inclusive o Ministério Público, pode demandar ação judicial para a exclusão do herdeiro, sendo que o prazo será reduzido de 4 (quatro) para 2 (dois) anos. Por fim, contempla-se o instituto do perdão por meio expresso, mediante declaração em testamento posterior (no caso da indignidade, abrangem-se as ferramentas do codicilo e da escritura pública), ou, no caso da deserdação, tacitamente quando o autor da herança o contemplar.

Diante do posicionamento conservador e rígido do judiciário quanto à matéria, necessária a atuação legislativa para a emancipação do Direito Sucessório nos ditames constitucionais, de sua correlação com os princípios basilares do Direito de Família e de sua adequação quanto às novas exigências sociais. O PL 867/2011 traz consideráveis alterações na matéria sucessória, ampliando as hipóteses das causas de exclusão da herança que atualmente são bastante restritivas e que minam a atuação do judiciário, o qual, assim como a doutrina majoritária, defende que as atuais causas de indignidade e de deserdação são estritamente taxativas. Por fim, a partir da análise do PL 867/2011, é possível evidenciar a importância da afetividade e da solidariedade familiar como elementos caracterizadores do seio doméstico e seus reflexos no meio sucessório, conforme infere-se dos incisos II e III do art. 1.962 e do inciso III do art. 1.814 do PL em questão, especialmente esses dois últimos dispositivos, que se enquadram em casos de abando afetivo direto. Desta forma, o PL 867/2011 representa um grande avanço do Direito Sucessório e uma resposta ao alcance da justiça, da moral e das exigências sociais.

6 CONCLUSÃO

Em cenário pós Segunda Guerra mundial, é possível observar, no sistema jurídico pátrio, a emancipação da dignidade da pessoa humana como um valor moral para um patamar de caráter jurídico-deontológico. Sua expressão normativa pode ser identificada na Constituição Federal de 1988, e seu conteúdo extraído de diversos outros princípios que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. O seu teor permitiu uma abordagem constitucionalizada dos institutos jurídicos, principalmente na seara civil, o que possibilitou o entendimento de um novo conceito de família.

Em passado recente, a família era caracterizada por laços consanguíneos oriundos do casamento, de onde advinham deveres familiares e direitos sucessórios de cunho patriarcalista e patrimonialista. Atualmente, com as mudanças sociais e a partir de uma leitura constitucionalizada do aparato jurídico, a consanguinidade demonstrou-se elemento de conexão familiar secundário, de modo que o que realmente determina e fundamenta os laços familiares é a afetividade. Este é o entendimento da jurisprudência e da doutrina brasileira, que consideram que a convivência familiar tutelada constitucionalmente é caracterizada pela cooperação, solidariedade e afetividade compartilhadas no meio doméstico, de onde emanam direitos e deveres jurídicos para a emancipação de cada ente familiar e sua concretização como ser social e político.

A função emancipadora da família é ainda mais evidente e necessária em relação às crianças, seres em processo de amadurecimento e de formação de sua personalidade, que necessitam de especial tutela para se igualarem em condições formais e materiais com os demais sujeitos de direito a fim de superar sua vulnerabilidade social e jurídica. Além do conteúdo moral, a especial proteção à criança possui revestimento normativo ao ser observada tanto em esfera internacional, como na Convenção dos Direitos das Crianças, como em âmbito nacional, expressamente prevista nos art. 227 e 229 da Carta Magna e em legislações esparsas, como os art. 3º e 4º do ECA.

Desta forma, é possível extrair princípios constitucionais que fundamentam o instituto familiar, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o da afetividade, o da solidariedade, o da convivência familiar, o do melhor interesse da criança e o da parentalidade responsável. Apesar de não estar expressamente previsto na Carta Magna, o princípio da afetividade possui caráter constitucional e dele emanam direitos e deveres jurídicos que legitimam os vínculos familiares, principalmente o vínculo parental, do qual extrai-se o cuidado como valor jurídico inerente desta relação. Desta forma, a afetividade não se caracteriza pelo estado anímico

subjetivo do indivíduo, mas sim pelos atos exteriorizados e concretos de cuidado e de amparo moral, emocional e psíquico, inerentes do dever familiar e averiguáveis no plano fático pelo Direito. A sua inobservância pode caracterizar abandono afetivo devido à dispensa do mínimo de zelo moral e jurídico inerente à criança.

A evidente valorização da família reflete diretamente na seara sucessória, onde vislumbrou o legislador a garantia de parte do patrimônio do *de cuius*, denominada legítima, para aqueles parentes que supostamente eram mais próximos do hereditando, conhecidos como herdeiros necessários. Assim, além do conteúdo econômico, a legítima possui uma dimensão fundada na afetividade familiar ao garantir a determinados membros uma parte do espólio, de forma a manter a solidariedade familiar pré-existente.

Apesar das conquistas do Direito de Família, o Direito Sucessório ainda se encontra obsoleto, pois sua redação e aplicação não acompanharam as emancipações da seara familiar. Um caso evidente desse atraso ocorre quando o ascendente, mais corriqueiramente o genitor, falta com seu papel familiar e parental, mas mesmo assim sucede sua quota legítima pelo fato do abandono afetivo não estar previsto no rol das causas de exclusão da sucessão. A doutrina e a jurisprudência entendem pacificamente que as causas de exclusão da herança, dispostas nos art. 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil, são taxativas dada à inviabilidade de interpretação extensiva ou analógica. Contudo, é evidente que a simples aplicação seca da lei gera uma decisão de conteúdo moralmente insuportável e contra os ditames constitucionais-familiares, pois a entidade familiar demonstra-se desmantelada e a legítima, descaracterizada.

Assim, é possível observar a colisão entre os princípios constitucionais da afetividade e o da garantia à herança quando o ascendente faltoso exerce seu direito de herdar a sua quota hereditária. O genitor inadimplente com seu papel parental não se enquadra nos preceitos que caracterizam a entidade familiar e a legítima, pois não carrega as cargas moral e jurídica inerentes destes institutos. Há um evidente abalo do princípio da afetividade, reverberando nos demais princípios que sustentam o instituto familiar e viciando o próprio instituto da legítima. Neste caso, a aplicação subjuntiva de lei subtrai o valor solidário-familiar da legítima, prevalecendo apenas o seu teor patrimonial, descaracterizando o aparato principiológico que fundamenta seu conteúdo e sua aplicação.

Apesar de não está expressamente previsto em lei, o abandono afetivo é condenável na seara sucessória a partir da interpretação sistêmica dos incisos IV dos art. 1.962 e 1.963 do CC/02, que prevêm, como causas de deserção, os desamparos moral, emocional e material do autor da herança que se encontra em grave enfermidade ou alienação mental. É evidente que quis o legislador punir aquele que não cumpre com seu papel familiar, principalmente o

parental, em relação àquele parente que se encontra em estado de vulnerabilidade, o que se contempla também nas crianças, caracterizadas por outros elementos de vulnerabilidade social e jurídica.

Diante do entrave judiciário devido à interpretação restritiva das causas de exclusão da herança, várias foram as propostas para a atualização do Direito Sucessório, a fim de acompanhar as emancipações conquistadas pelo Direito de Família. Dentre estas propostas, há o Projeto de Lei nº 867/2011 (anteriormente designado PLS nº 118/2010), que visa alterar os institutos da indignidade e da deserdação ao ampliar o leque das causas de exclusão da herança. Além de acrescentar outras condutas que caracterizam ofensa à vida, à integridade física, à dignidade sexual e à honra do *de cuius*, o PL ainda reconhece a importância do papel parental no instituto familiar, pois prevê a punição daquele que descumprir com seu papel de cuidado, conforme o inciso III do art. 1.962 e, principalmente, ao apontar especificamente o abandono afetivo como causa de indignidade, conforme o inciso III do art. 1.814.

Frente ao exposto, é evidente que, a partir da releitura constitucionalizada do aparato jurídico, o abandono afetivo deveria ser causa de exclusão da herança, sendo notória a colisão entre princípios constitucionais quando o ascendente inadimplente com seu papel parental sucede a sua quota da legítima. Diante do entrave interpretativo predominante, necessária é a atualização do direito sucessório, que pode ser alcançada pela aprovação do PL 867/2011, que, dentre outras alterações, visa concatenar o Direito das Sucessões e o Direito de Família ao ampliar as causas de exclusão da herança e, principalmente, ao apontar o abandono afetivo direto como causa de indignidade daquele que falta com seu papel familiar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto como paradigma da parentalidade: os laços e os nós na constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: esboço e críticas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 42, n. 165, jan./mar. 2005, p. 123-134. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/273>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

_____. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Tradução: Humberto Laport de Mello. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 919, maio 2012, p. 127-196. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade_humana.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.

_____. Casos difíceis e a criação judicial do Direito. SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, abr. 2014, Brasília. *Anais*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014, p. 17-27.

_____. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 235, 2014, p. 1-36. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Apresentação: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. Revisão técnica: Cláudio de Cicco. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele. Direito das Sucessões e patrimônio mínimo. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: Estudos em Homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 337-353.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação executiva e notas: Léo Ferreira Leony. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Conexões: sucessão e direitos fundamentais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 481-488.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, vol. 6.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas: Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coord.). *Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: Estudos em Homenagem a Luiz Edson Fachin*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, vol. 7.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Mírian T. Castro Neves de Souza. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Gênese das Inovações do Direito de Família. *Série de aperfeiçoamento de magistrados 13: 10 Anos de Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos, e Novos Rumos*. Rio de Janeiro: EMERJ, vol. 1, 2013, p. 66-73. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeII/10anoscodigocivil_volII_66.pdf>. Acesso em: 14 ago 2019.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 5.

_____. *Direito Civil: Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, vol. 6.

_____. Princípio da solidariedade familiar. VI CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - FAMÍLIA E SOLIDARIEDADE, 2007. *Anais eletrônicos*. Belo Horizonte: Cento de Convenções Minascentro, 2007. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf>. Acesso em: 15 ago 2019.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, 2011, p. 79-87.

_____. Comentário ao Art. 5º, XXX - é garantido o direito de herança. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação executiva e notas: Léo Ferreira Leony. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 337-342.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 6.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (Brasil). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

_____. *O que são direitos humanos?*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos>>. Acesso em: 24 ago. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Tarlei Lemos. Deserção por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar. *Revista FMU Direito*, São Paulo, ano 25, n. 35, 2011, p. 130-146. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/viewFile/151/205>>. Acesso em: 27 out. 2019.

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. *Indignidade Sucessória e Deserção*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia privada e flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 463-479.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. 2000. 239 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/56635/WILSON%20ANTONIO%20STEINMETZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, vol. 7.

WOLFGANG, Ingo Sarlet. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.