

ISSN. 2358-2057

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 5 • vol. 16 • jul.-set. / 2018

Coordenação

CARLOS ÁLBERTO GARBI
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

Comissão de redação

ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO
BRUNO DE ÁVILA BORGARELLI
DUÍLIO SILVA SANTANA DE ARAÚJO

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da

ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS

Rua Maria Figueiredo, 595 – 5º andar
04002-003 - São Paulo - SP

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CONTATO ADFAS

(atendimento, em dias úteis, das 8h30 às 18h00)

Tel. (11) 3252-2131

E-mail: contato@adfas.org.br

e-mail para submissão de originais

rdfas@adfas.org.br

Visite nosso site

www.adfas.org.br

Fechamento desta edição: [13.11.2018]

**A RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS NAS RELAÇÕES
PATERNO-FILIAIS E A POSSIBILIDADE DE DESERDAÇÃO DECORRENTE DO
DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO**

Antonio Jorge Pereira Júnior

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo de São Francisco (USP). Vencedor do Prêmio Jabuti 2012, categoria Direito, com o livro “Direitos da Criança e do Adolescente em face da TV”; (São Paulo: Saraiva, 2011). Coordenador do Projeto “A efetividade da política judiciária em matéria de oitiva de crianças na Justiça Estadual com foco na Recomendação n. 33/2010 do CNJ e na implementação da Lei n. 13.431/2017”, classificado nos termos do Edital de Convocação Pública e Seleção n. 02/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Professor Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza - PPGD - UNIFOR. Professor da Graduação e Pós Graduação Lato Sensu em Direito da UNIFOR. Áreas de docência, pesquisa e publicação: Direito Civil, Direito Civil Constitucional, Teoria Geral do Direito Privado, Direito dos Contratos, Direito da Criança e do Adolescente, Direito de Família, Poder Familiar, Direito da Comunicação Social, Direito a Privacidade, Metodologia do Ensino Jurídico, Ética. Dissertação de Mestrado e tese de Doutorado vencedoras do Premio Jurídico Orlando Gomes-Elson Gottshalk, conferido pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ). Tese de Doutorado premiada pela Agencia de Noticias dos Direitos da Infância em 2007. Aprovado em concurso publico para Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (fevereiro 2008), na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (janeiro de 2000). Aprovado e efetivado como Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, UNESP (março 2008). Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ). Membro da *International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family*. Membro da *Academia Iberoamericana de Derecho de la Familia y de las Personas*. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr. Foi membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Advogado regularmente inscrito na OAB/SP e OAB/CE (suplementar). Avaliador do Ministério da Educação (SINAES)

Ana Mônica Anselmo de Amorim

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (2001), sendo especialista em Direito e Jurisdição pela Universidade Potiguar (2002) e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (2009). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2011) área de concentração em Constituição e Garantia de Direitos, tendo sido Aprovada com Distinção. Doutoranda do Programa de Pós Graduação da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) em Direito Constitucional com Área de Concentração em Direito Privado (início 2017). É Defensora Pública de Entrância Final da Defensoria Pública do Estado do Ceará (desde 2006). Exerce Magistério Superior na Universidade do Estado do Rio Grande do Norte na Graduação (desde 2006 - Professora Concursada, Cargo Professora Adjunto III), lecionando as disciplinas de Direito de Família e Prática Processual Civil e Penal. Leciona no Curso de Especialização em Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (desde 2011 - disciplina de Tutela Processual e Extraprocessual dos Direitos Humanos), nos Cursos de Especialização da Universidade Potiguar (desde 2012 - disciplinas relacionadas com sua área de pesquisa - Direito Constitucional e Direitos Humanos), no Curso de Especialização da Escola do Governo do Estado do Rio Grande do Norte (desde 2015). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade do Vale do Jaguaribe - Aracati/CE (desde 2015). Coordenadora do Projeto de Pesquisa - Pensando em Família (a partir de 2015). Coordenadora do Curso de Especialização em Direitos Humanos da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN (2016 - 4ª Edição). Autora das obras jurídicas Manual de Direito das Famílias (2017 - 2ª Edição - Editora Juruá) e Acesso à Justiça como Direito Fundamental & Defensoria Pública (2017 - Editora Juruá).

Resumo: Pretende o presente artigo analisar a possibilidade de deserdação decorrente do dever de cuidado nas relações paterno-filiais. Mesmo ciente que a herança é um direito fundamental, a Constituição Federal estabelece ainda o dever de cuidado nas relações entre pais e filhos, determinando-se um cuidado recíproco decorrente da solidariedade familiar. O Código Civil de 2002 lista os herdeiros necessários determinando que estes têm o direito de receber a legítima (metade de

todo o patrimônio deixado pelo *de cuius*). São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente, só podendo ser excluídos da herança nas hipóteses de indignidade e de deserdação. O Código Civil e a Constituição Federal determinam ainda o dever de assistência entre pais e filhos, sejam de natureza material ou afetiva, cuidando, educando, ofertando amor e carinho. Destarte, defende-se uma relativização dos direitos sucessórios entre pais e filhos, permitindo-se uma interpretação extensiva, ou a alteração legislativa para se permitir ao pai, ou ao filho, excluir da linha sucessória o herdeiro omissor, para que não possa haver um locupletamento ilícito, recebendo parte do patrimônio daquele que outrora abandonou. Destarte, prudente uma alteração legislativa, conforme será exposto no último tópico, procedendo-se a alteração legislativa (nos Art. 1.962 e 1.963 do Código Civil), para incluir a possibilidade de Deserdação decorrente do descumprimento do dever de cuidado.

Palavras-chaves: Sucessão Legítima. Herdeiros Necessários. Solidariedade Familiar. Deserdação. Dever de Cuidado.

Abstract: *This article intends to analyze the possibility of disinheriting due to the duty of care in paternal-filial relations. Although aware that inheritance is a fundamental right, the Federal Constitution also establishes the duty of care in the relations between parents and children, determining a reciprocal care due to family solidarity. The Civil Code of 2002 lists the necessary heirs determining that they have the right to receive the legitimate (half of all assets left by the *de cuius*). They are necessary heirs the descendants, the ancestors and the surviving spouse, only being able to be excluded from the inheritance in the hypotheses of indignity and disinheritance. The Civil Code and the Federal Constitution also determine the duty of assistance between parents and children, whether material or affective, caring, educating, offering love and care. In this way, it is advocated a relativization of inheritance rights between parents and children, allowing an extensive interpretation, or legislative amendment to allow the father or the child to exclude from the line of inheritance the missing heir, so that there can be no illegitimate locution, receiving part of the patrimony of the one who once left. Therefore, a legislative amendment is prudent, as will be explained in the last topic, and the legislative amendment (in the Civil Code*

Art. 1,962 and 1,963), to include the possibility of Disinheritance due to noncompliance with the duty of care.

Keywords: *Legitimate Succession. Inherited Heirs. Family Solidarity. Disinheritance. Duty of Care.*

Sumário: introdução. 1. A sucessão legítima e as hipóteses de exclusão de herdeiros necessários: dos institutos da indignidade e da deserdação. 2. Da solidariedade familiar: do dever de cuidado nas relações paterno-filiais. 3. A relativização dos direitos sucessórios nas relações paterno-filiais e a possibilidade de deserdação decorrente do descumprimento do dever de cuidado. Conclusão. Referências.

Introdução

O direito à herança encontra previsão enquanto direito fundamental (Art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal), figurando os filhos como herdeiros necessários (Art. 1.845 do Código Civil), e primeiros colocados na lista da vocação sucessória legítima, concorrendo com o cônjuge supérstite (Arts. 1.829, inciso I do Código Civil). Os ascendentes, de seu turno, também são elencados enquanto herdeiros necessários (Art. 1.845 do Código Civil), e na ordem de vocação hereditária são chamados a suceder em concorrência com o cônjuge supérstite, em não havendo descendentes (Arts. 1.829, inciso II e 1.836 do Código Civil).

Desta forma, em sendo herdeiros necessários, descendentes e ascendentes só podem ser excluídos da ordem de vocação hereditária se foram considerados *indignos*, conforme hipóteses previstas no Art. 1.814 do Código Civil, ou *deserdados*, sendo as causas elencadas nos Arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil, tratando-se, *a priori*, de rol *numerus clausus*.

Contudo, não se apresenta justo conferir direitos sucessórios àquele descendente ou ascendente que descumpriu o dever geral de cuidado. Ora pois, é bem verdade que o direito à herança apresenta-se como um direito fundamental, mas igualmente constitucional é o dever de cuidado dos pais para com seus filhos, bem como, o dever dos filhos de cuidarem de seus pais idosos (Art. 229 da Constituição Federal). Tem-se então o fundamento da Solidariedade Familiar, onde os entes da mesma entidade familiar merecem e devem ser ajudados uns pelos outros, uma reciprocidade de direitos e obrigações.

Destarte, pretende o presente artigo analisar a possibilidade de deserdação decorrente do descumprimento do dever de cuidado nas relações paterno-filiais, defendendo-se a inserção no rol das hipóteses de deserdação (Arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil), ou uma interpretação extensiva destes dispositivos.

Para isto, se utiliza de uma abordagem qualitativa, a qual objetiva compreender os institutos dos Direitos das Sucessões – Sucessão Legítima e as possibilidades de exclusão dos Herdeiros (Indignidade e Deserdação), utilizando-se de uma metodologia bibliográfica fundamentada em livros, legislações e jurisprudências. A pesquisa é descritiva, pois tem como objetivo descrever e explicar a questão estudada. Exploratória, pois visa aprimorar as ideias por meio de informações sobre o tema em questão.

Em um primeiro momento, pretende-se abordar a sucessão legítima e a possibilidade de exclusão dos herdeiros, seja por meio da indignidade ou da deserdação, em um segundo momento, verifica-se o dever de cuidado nas relações paterno-filiais em decorrência do princípio da solidariedade, e por fim, adentra-se no cerne da pesquisa a partir da relativização dos direitos sucessórios nas relações paterno-filiais e a possibilidade de deserdação decorrente do descumprimento do dever de cuidado, inclusive com propositura de alteração legislativa nos Arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil.

1. A sucessão legítima e as hipóteses de exclusão de herdeiros necessários: dos institutos da indignidade e da deserdação

O direito à herança é definido enquanto direito fundamental (Art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal). A Bíblia Sagrada profetiza *“Vaidade das vaidades, diz o Eclesiastes, vaidade das vaidades! Tudo é vaidade. Por exemplo: um homem que trabalhou com inteligência, competência e sucesso, vê-se obrigado a deixar tudo em herança a outro que em nada colaborou. Também isso é vaidade e grande desgraça. (Ecl 1,2;2,2-23)”*.

O intuito de conferir tamanha importância à herança enquanto direito fundamental, reflete em uma ordem jurídica oitocentista (Código Civil de 1916) em que a propriedade apresentar-se-ia como um dos mais importantes direitos privados. Conferia-se importância ao indivíduo a partir do ter da quantidade de bens que este possuía.

Nesta nova ordem jurídica colecionada a partir do Código Civil de 2002, conferiu-se uma maior importância ao indivíduo, sendo a família o berço de sua formação.

As relações paterno-filiais mostram-se a partir de uma reciprocidade, onde pais e filhos são corresponsáveis (Art. 229 da Constituição Federal), em que se destaca a solidariedade entre os membros de uma mesma família.

Desta forma, no âmbito sucessório, os filhos apresentam-se como herdeiros necessários (Art. 1.845 do Código Civil), e primeiros colocados na lista da vocação sucessória legítima, concorrendo com o cônjuge supérstite (Arts. 1.829, inciso I do Código Civil). Os ascendentes, de seu turno, também são elencados enquanto herdeiros necessários (Art. 1.845 do Código Civil), e na ordem de vocação hereditária são chamados a suceder em concorrência com o cônjuge supérstite, em não havendo descendentes (Arts. 1.829, inciso II e 1.836 do Código Civil).

Em sendo herdeiros necessários, descendentes e ascendentes só podem ser excluídos da ordem de vocação hereditária se foram considerados *indignos*, conforme hipóteses previstas no Art. 1.814 do Código Civil, ou *deserdados*, sendo as causas elencadas nos Arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil, tratando-se, *a priori*, de rol *numerus clausus*.

Regina Beatriz Tavares da Silva (2018) leciona sobre a indignidade e a deserdação, estabelecendo ainda suas diferenças básicas, em que a indignidade será declarada por meio de ação ajuizada após a morte do autor da herança por qualquer interessado na sucessão ou pelo Ministério Público, tem suas hipóteses previstas no art. 1.814 do Código Civil: participação em tentativa ou homicídio doloso contra o autor da herança ou contra seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; calúnia em juízo ou crime contra a honra em face do falecido; violência ou meios fraudulentos que impeçam o autor da herança de dispor livremente de seus bens.

Ademais, o Código Civil ainda prevê como hipótese de exclusão da herança a deserdação, consistente na vontade manifestada pelo próprio autor da herança em testamento no sentido de excluir da sucessão alguns ou algum de seus herdeiros necessários. A deserdação pode ocorrer quando verificada uma das causas acima referidas de indignidade e também por ofensa física, injúria grave, relações sexuais do herdeiro com o cônjuge ou o companheiro do falecido, assim como o desamparo do autor da herança que tenha deficiência mental ou grave enfermidade, como estabelecem os artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil.

Contudo, não se apresenta justo conferir direitos sucessórios àquele descendente ou ascendente que descumpriu o dever geral de cuidado. Ora pois, é bem verdade que o direito à herança apresenta-se como um direito fundamental, mas igualmente constitucional é o dever de cuidado dos pais para com seus filhos, bem como, o dever dos filhos de cuidarem de seus pais idosos (Art. 229 da Constituição Federal). Tem-se então o

fundamento da Solidariedade Familiar, onde os entes da mesma entidade familiar merecem e devem ser ajudados uns pelos outros, uma reciprocidade de direitos e obrigações.

2. Da solidariedade familiar: do dever de cuidado nas relações paterno-filiais

A condição de pai e filho não se configura apenas como um *status* de parentesco, e sim, apresenta-se recheada de obrigações como o dever de cuidar, educar, assistir, conferir afeto, bem como, amparar e ajudar na velhice.

A herança é um direito disponível, vez que patrimonial, em que se repassa ao herdeiro um patrimônio amealhado em vida pelo *de cuius*, não sendo justo contemplar enquanto herdeiro, aquela pessoa que em vida negou assistência, cuidado e afeto. É bem verdade que a Constituição Federal (Art. 227, § 6º) trouxe a igualdade dos filhos, bem como, a isonomia de pai e mãe (Art. 226, § 5º e Art. 1.634 do Código Civil), mas esta igualdade formal, neste ponto, não deve equiparar-se a igualdade material (ou substancial), por uma questão de justiça.

Imagine-se o seguinte quadro, o pai cria, educa e ama seus 02 (dois) filhos de igual forma, contudo, já em sua velhice, este mesmo pai recebe apenas a assistência e o amparo de seu filho mais velho, outorgando o mais jovem um legado de completo abandono material e afetivo, destarte, questiona-se: Seria justo os 02 (dois) filhos receberem o mesmo quinhão hereditário? Seria justo o filho que abandonou ser contemplado com herança?

Por via transversa tem-se o cenário do filho que fora criado só por sua mãe, e com sua morte, seu pai omissos herdaria parte de sua herança em condições de igualdade com sua mãe. Destarte, mais uma vez indaga-se: Seria justo o pai omissos herdar? Seria justo o pai que abandonou (material e afetivamente) receber o mesmo quinhão que a mãe?

Tem-se então um conflito de dogmas constitucionais, em que se propõe uma relativização do direito à herança enquanto direito fundamental (Art. 5º, inciso XXX), em contraponto aos deveres decorrentes do estado filiatório, de cuidado, assistência, amparo e afetividade (Art. 229).

Repise-se que o direito à herança (direito patrimonial disponível), mesmo apresentando-se como direito fundamental, não pode ser visto como valor absoluto, principalmente, se colidente com valores mais importantes, como os deveres decorrentes do Poder Familiar, dos vínculos Paterno-Filiais, e de assistência ao idoso.

Ter-se-ia então como uma forma de “desfiliação”, uma relativização dos direitos patrimoniais filiatórios, verificando a filiação sobre o plano jurídico da efetividade, vez que nos planos de existência e validade não se questiona o vínculo paterno-filial, e sim, os

efeitos jurídicos e os direitos assegurados ao descendente ou ascendente que descumpriu o dever de cuidado.

No âmbito dos alimentos, de há muito se fala na reciprocidade enquanto característica da obrigação alimentar, em que o pai que negou alimentos ao filho, não pode no futuro, reclamar alimentos de quem outrora abandonou, diante de clara violação ao princípio constitucional da Solidariedade Familiar.

A figura do herdeiro necessário (Art. 1.845 do Código Civil) e a reserva da Legítima (Art. 1.846 do Código Civil), também merecem e devem ser questionadas, vez que tolhem a liberdade de testar, a autonomia privada e o direito de propriedade do autor da herança, sendo a deserdação a forma que dispõe o *de cujus* de deixar seu patrimônio a quem realmente o mereça.

O rol de hipóteses dos Arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil não deve ser visto como exaustivo, e sim exemplificativo, mesmo tratando-se de hipótese de pena civil, conferindo a possibilidade de exclusão de herdeiro por violação ao dever de cuidado (Art. 229 da Constituição Federal).

O dever de cuidado nas relações Paterno-Filiais, em decorrência do Poder Familiar e do primado da Solidariedade Familiar. Neste sentir, pais e filhos devem manter uma relação de auxílio, cooperação, assistência e afeto mútuo, uma reciprocidade em direitos e obrigações, não se resumindo estas relações a simplesmente pagar alimentos ou receber herança.

A relação paterno-filial trata-se do mais estreito vínculo familiar, em que deveria preponderar sentimentos altruístas e do mais puro amor. Deve-se preservar a Dignidade Humana, os direitos da Liberdade e da Igualdade, a Paternidade Responsável, a Afetividade e o Eudemonismo Familiar.

Entretanto, disputas patrimoniais, no mais das vezes, são os fundamentos para a maioria das lides familiares e sucessórias, onde os vínculos familiares e afetivos são colocados em segundo plano, a bem da disputa pela riqueza e capital. E desta forma, com o fito de preservar os “bens” da família, do patrimônio até então amealhado; faz com que a liberdade de disposição patrimonial *post mortem* esbarre em limitações legais, tais como a preservação da legítima, a figura do herdeiro necessário, e a manutenção de um patrimônio mínimo que assegure uma vida digna ao herdeiro.

A bem da verdade, não se parece justo que alguém tencione manter sua subsistência ou padrão de vida, mediante o recebimento de um patrimônio deixado por outrem, ou seja, basear o seu futuro existencial nos valores que serão

recebidos em herança. Trata-se de verdadeiro Pacto de Corvina, em que muitos herdeiros não esperam nem a morte, para já em vida dividirem o patrimônio de alguém, sem contudo, conferir assistência e amparo a este.

A pessoa perde então o seu *status dignitas* para então ser visto como um “pote de ouro”, ou um “baú de riquezas”, só se esperando o advento da condição morte para o recebimento da herança.

A herança deve ser vista como recompensa àquele que em vida tratou o seu genitor ou seu filho como ser humano, e não como um “pote de ouro”, e que soube respeitar e praticar o seu dever de cuidado e assistência. A concepção Kantiana, já enfatizava que as pessoas são dotadas de dignidade, e devem ser tratadas como tal, diferentemente das coisas, que apresentam tão somente valores.

A Solidariedade Familiar apresenta-se enquanto primado do Direito das Famílias. Os entes de uma mesma entidade familiar devem ajudar e serem ajudados (Art. 1.696 do Código Civil). Se não se puder pedir ajuda a um parente, quem poderá socorrer? Desta forma, a violação da solidariedade e do dever de cuidado servem como elementos para a exclusão da obrigação alimentar, diante do rompimento da reciprocidade deste direito. É possível encontrar jurisprudência neste sentido:

Alimentos. Solidariedade familiar. Descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. É descabida a fixação de alimentos em benefício do genitor que nunca cumpriu os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam durante o seu desenvolvimento. NEGARAM PROVIMENTO (TJRS – Apelação Cível 70038080610 – 8ª Câmara Cível – Rel. Rui Portanova – j. em 30.09.2010).

Ação de Alimentos. Agravo retido não conhecido. Sentença que fixou o pagamento pela filha em favor da genitora de verba alimentícia no patamar de 60% do salário mínimo. Pretensão de exoneração ou redução dos alimentos. Alegação de ausência de vínculo afetivo entre as partes. Dever de amparo previsto na constituição da república, art. 229 e no código civil de 2002, arts. 1.695 e 1.696. Relativização da obrigação. Genitora que não prestou assistência aos filhos desde suas tenras idades. Inadmissibilidade do pleito inicial. Recurso provido (TJSC – Apelação Cível 2006.010332-8 de Itajaí – Rel. Des. Nelson Schaefer Martins – j. em 22.04.2010).

Mas por que herança é um direito fundamental, vez que trata de direito disponível (patrimônio)? Por que não é assegurado ao autor da herança, o respeito a sua liberdade ou autonomia privada em deixar sua herança para o descendente, ascendente ou até para outro parente, que mais lhe ajudou/auxiliou em vida? O direito à herança não seria uma limitação ao direito de propriedade, que permite a gozar e dispor dos bens?

Antônio Jorge Pereira Júnior (2016) faz um alerta interessante:

A nova hermenêutica constitucional e o neoconstitucionalismo, no período pós-Constituição de 1988, propiciaram o surgimento do Direito Civil-Constitucional, mediante o qual se instituíram princípios e supostos princípios, ocasionando supervalorização deste tipo de norma em detrimento das regras. Isto em parte favoreceu a insegurança jurídica e instabilidade no ordenamento jurídico pátrio, quando deveria permitir melhor justiça concreta.

Deve-se justificar a mitigação da proteção patrimonial (direito à herança) para concretizar a tutela jurídica existencial da pessoa humana, em que o SER prevalece sobre o TER.

Institutos como a Indignidade, a Deserdação, a Legítima e os Herdeiros Necessários congelaram no tempo, trazendo amarras que foram esculpidas sob a égide do Código Civil de 1916, não se enquadrando com as premissas contemporâneas das novas relações familiares, e via de consequência, com os direitos sucessórios.

A sucessão passou a apresentar uma função social, em que a solidariedade deve preponderar à patrimonialidade, em que a herança não pode mais ser vista como um direito absoluto. Os conceitos de legítima e de herdeiro necessário devem ser repensados, em que não se questiona a preservação de patrimônio mínimo para herdeiros menores ou incapazes, o que justificaria a restrição da capacidade de disposição do autor da herança, mas faz-se excessiva a proteção patrimonial a herança de pessoas maiores e capazes.

Retira a liberdade do autor da herança, em querer beneficiar as pessoas que mais lhe foram caras, as pessoas que mais lhe conferiram assistência, dedicação e afeto. A limitação da liberdade do autor da herança apresenta-se enquanto limitação ao seu direito de propriedade, em que poderá usar, gozar e

dispor livremente de seus bens (Art. 1.228 do Código Civil), mas não poderá deixar para quem quiser, vez que deverá respeitar à legítima.

O que justifica a deixa patrimonial *post mortem* é a recompensa deixada pelo *de cuius* àquelas pessoas que lhes são mais importantes, não justificando a restrição de sua liberdade em escolher o seu herdeiro.

A Solidariedade Familiar e a reciprocidade de tratamento não se resumem ao Direito das Famílias, devendo-se serem estendidas ao Direito das Sucessões, permitindo ao autor da herança excluir aquele descendente ou ascendente que descumpriu o dever de cuidado, assistência, zelo, amparo ou afeto, podendo esta exclusão ser feita inclusive mediante o instituto da Deserdação (Arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil), cujo rol previsto na lei civil não pode ser *numerus clausus*, e sim exemplificativo, permitindo-se a exclusão deste herdeiro, em que pese tratar-se de hipótese de pena civil.

Tratar-se-ia de um aspecto patrimonial da “desfiliação”, em que seriam mitigados ou excluídos os direitos sucessórios decorrentes do *status* filiatório. A relativização da herança enquanto um direito fundamental, e uma releitura dos conceitos de herdeiro necessário e de respeito à legítima.

NOZICK (1991: 294) afirma a existência de “*um poder ilegítimo preexistente do Estado de enriquecer algumas pessoas à custa de outras*”. Tem-se claro o conflito de direitos constitucionais, merecendo uma análise não só do conteúdo jurídico dos primados do Direito à Herança e do Dever de Cuidado nas Relações Paterno-Filiais, mas também da análise da colisão de direitos, trazendo ainda a baila premissas como o Direito de Propriedade, a Liberdade de Testar, a Autonomia da Vontade, a Igualdade (formal e Substancial), a Solidariedade Familiar, a Afetividade e o Eudemonismo.

3. A relativização dos direitos sucessórios nas relações paterno-filiais e a possibilidade de deserdação decorrente do descumprimento do dever de cuidado

Herança é justamente a deixa patrimonial *post mortem*, a transmissão dos bens em decorrência da morte de alguém aos seus herdeiros. É o repasse dos bens amealhados em vida pelo autor da herança. Etimologicamente a palavra sucessão vem do latim *successio*, do verbo *succedere* (*sub + cedere*),

significando substituição, com a ideia subjacente de uma coisa ou de uma pessoa que vem depois de outra.

Sucesser significava conferir uma linha de continuidade ao culto paterno, não só envolvendo o aspecto patrimonial, mas também o próprio nome e a varonilidade. COULANGES (1961: 34) enfatizava que *“O homem morre, o culto continua; o lar não deve extinguir-se, nem o túmulo deve ser abandonado. Com a continuação da religião doméstica, o direito de propriedade também permanece”*.

A partir da proteção da propriedade privada, a continuidade dos direitos patrimoniais passou a ser o fundamento dos direitos sucessórios, enfatizando HIRONAKA & PEREIRA (2007: 05):

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

Trata-se de um direito fundamental (Art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal), em que aquele que amealhou bens em vida, repassa aos seus sucessores. Tem-se ainda o exercício do direito constitucional de Propriedade e o cumprimento da Função Social desta (Art. 5º, incisos XXII e XXIII da Constituição Federal). No entanto, o Direito à Herança não pode ser vislumbrado apenas sob a ótica da patrimonialidade, mas também, enquanto exercício e respeito da Dignidade da Pessoa Humana, resguardando-se os interesses do autor da herança, e a preservação da Solidariedade Familiar.

O estudo dos Direitos de Família e das Sucessões guarda perfeita consonância com a Constitucionalização do Direito, em que deve analisar os instrumentos legais à luz dos preceitos Constitucionais. AFLEN DA SILVA (2006: 85) afirma:

E, nada é mais justo, que se tenha os olhos voltados ao futuro do Direito de Família, onde a violação dos direitos de personalidade e de cunho extrapatrimonial, deixam sequelas irreparáveis formando cicatrizes que além de jamais desaparecerem por inteiro, tornam-se um círculo vicioso na relação familiar. Em outras palavras, é necessário uma nova postura dos operadores do direito que lidam com a complexa

relação familiar, pois a construção jurídica nas decisões judiciais, tem o dever de respeitar os princípios consensuais da humanidade, consubstanciados no direito fundamental da dignidade da pessoa humana elevado a categoria de princípio e elemento fundante do nosso Estado Democrático de Direito, na igualdade, na liberdade e na intimidade, direitos fundamentais do Direito de Família.

Desta forma, diante da violação do dever de cuidado nas relações Paterno-Filiais, deve-se permitir a exclusão da condição de herdeiro daquele que conferiu tratamento omissivo (seja por abandono material ou afetivo) de seu filho ou de seu genitor. Não se pode falar em tratamento justo, a igualdade absoluta e irrestrita de direitos patrimoniais a filhos ou pais que apresentam comportamento diametralmente opostos. Herança é direito patrimonial, portanto, disponível, em que se deve resguardar ao pai ou filho atencioso, presente, amoroso, mais direitos que ao pai ou filho desidioso ou omissivo.

O direito das sucessões descreve descendentes e ascendentes enquanto herdeiros necessários, ou seja, deve ser reservado aos mesmos 50% do acervo hereditário, correspondendo a legítima (Arts. 1.845 e 1.846 do Código Civil).

O legislador, no caso de sucessão legítima, estabeleceu uma ordem que considerou justa (Art. 1.829 do Código Civil), a partir de critérios como proximidade do parentesco e o afeto entre os entes de uma mesma família, supondo que estaria preservando a liberdade e a autonomia privada do autor da herança, em que, se este pudesse escolher, deixaria os bens exatamente para estas pessoas, e na mesma ordem colocada: I - descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente; II - ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - cônjuge sobrevivente; e os IV - colaterais.

Contudo, não é fato inédito a ocorrência de abandono, seja material ou afetivo, caracterizando verdadeira violação do dever de cuidado (Art. 229 da Constituição Federal), do filho em relação ao seu pai, ou do pai em relação ao seu filho, quebrando a regra geral de amor e harmonia nas relações familiares.

Possível encontrar dentro de uma mesma família um filho devotado, que mesmo diante de uma vida agitada, consegue dedicar fatia de tempo para cuidar, amparar, assistir, e principalmente, conferir amor e carinho ao seu genitor, conquanto, passível de se encontrar um filho que de há muito rejeita seu genitor, não lhe conferindo qualquer tipo de assistência e o pior, outorgando legado de

abandono afetivo. Não se faz justo afirmar que estes filhos, merecem ou devem receber o mesmo quinhão hereditário.

De igual modo, mormente em um núcleo familiar monoparental, possível verificar um filho que fora criado, de forma solitária, por seu pai ou mãe, sendo o outro progenitor totalmente inerte e desidioso e, no entanto, quando da morte daquele filho, o genitor omissivo apresenta-se reivindicando seus direitos hereditários.

A Constituição Federal reconhece a igualdade formal dos filhos (Art. 227, § 6º) rompendo com a odiosa dicotomia discriminatória entre filhos legítimos e ilegítimos, assim como, trouxe também a igualdade dos pais, assegurando que pai e mãe são iguais em direitos e obrigações (Art. 226, § 5º), contudo, a igualdade formal sempre deve refletir a igualdade substancial? Todos os filhos são iguais, e merecem direitos iguais? Pai e mãe são iguais, e merecem direitos iguais?

O direito não pode agasalhar situações de injustiça. Não se pretende aqui fomentar o tratamento diferenciado nas relações paterno-filiais, mas sim, diante de um cenário de violações, deve-se proceder a uma relativização de direitos, mormente na seara patrimonial (sucessória).

A relativização dos direitos sucessórios nas relações paterno-filiais e a possibilidade de deserdação decorrente do descumprimento do dever de cuidado, não se fundamenta apenas em violação à afetividade, mas sim, na violação da própria solidariedade familiar, elo de união dos membros de uma mesma família. Novamente, o Antônio Jorge Pereira Júnior (2016) leciona:

Dizia-se que o evento que o Direito pode e deve regular, são condutas devidas. “Conduta” exprime um comportamento voluntário, e vem do verbo “conduzir-se”. Ou seja, a “conduta” não se confunde com “sentimento” ou “afeto”. Por isso, de rigor, dever-se-ia renomear o princípio da “afetividade” como “solidariedade familiar”, calcado nos arts. 227 (solidariedade referente à criança, adolescente e jovem) e 229 (solidariedade entre pais e filhos) da Constituição Federal, bem como em dispositivos do Código Civil que denotam deveres de serviço ínsitos à solidariedade entre cônjuges, no cuidado dos filhos [...].

Propõe-se então, a relativização do direito à Herança como direito fundamental, e sua limitação diante do Dever de Cuidado (Solidariedade Familiar)

nas Relações Paterno-Filiais, propondo uma relativização de conceitos como Herdeiro Necessário, Legítima, e a ampliação das hipóteses de Deserdação, para incluir a exclusão do herdeiro que descumpriu o dever de cuidado, educação, amparo, assistência e afeto ao autor da herança.

Para que ocorra esta relativização, uma vez que a deserdação é uma forma de punição civil, não se pode haver interpretação extensiva ou analógica dos Arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil devendo-se proceder a uma reforma legislativa para incluir inciso nos 02 (dois) dispositivos, com a seguinte redação:

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

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV – descumprir o dever de cuidado, deixando de prestar assistência material e afetivas para com seu(s) ascendente(s).

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV – descumprir o dever de cuidado, deixando de prestar assistência material e afetiva, para com seu(s) ascendente(s).

Propõe-se uma substituição da atual redação do inciso IV do Art. 1.962, que hoje traz como hipótese de deserdação do descendente pelo ascendente, deixar ao desamparo ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, e o inciso IV do Art. 1.963 que traz a hipótese de deserdação do ascendente pelo descendente, deixar ao desamparo descendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Percebe-se que o dispositivo por si só é vago, não definindo o que vem a ser alienação mental ou enfermidade grave, deixando uma casuística aberta, podendo inclusive decorrer em julgamentos conflitantes, para situações semelhantes.

Ademais, o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015 tenta cada vez mais conferir autonomia e responsabilidades à pessoa com

deficiência, conforme preceituado no Art. 4º em que *Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.*

Destaque-se ainda que os Arts. 1.962 e 1.963 têm sua redação original conforme o Código Civil de 1916, há mais de 100 (cem) anos portanto, e o que seria enfermidade grave naquela época? Os tempos mudaram, a medicina evoluiu, devendo o direito igualmente evoluir para atender os anseios da sociedade.

A solidariedade familiar é uma realidade, em que os entes de uma mesma família devem se auxiliar mutuamente. A falta deste dever de cuidado (seja material ou afetivo), a falta da assistência, a falta da solidariedade deve ser combatida e inclusive punida.

Conclusão

Destarte, conclui-se pela possibilidade de relativização dos direitos sucessórios na relação paterno-filial diante de situação de descumprimento do dever de cuidado.

É bem verdade que a Constituição Federal reconhece e a herança como um direito fundamental, contudo, ressalta a solidariedade familiar, consistente no fato de que pais e filhos têm o dever de cuidado recíproco, cabendo cuidarem de uns aos outros.

Neste sentido, nada mais justo que permitir ao filho ou ao genitor abandonado, o direito de deserdar em vida o herdeiro omissor, não cabendo a este o direito de reivindicar o patrimônio de quem abandonou. Tratar-se-ia inclusive de forma de enriquecimento ilícito.

Tem-se então prudente a inclusão de nova hipótese legal de deserdação nos Arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil, que consistiria em permitir a deserdação do filho ou pai que descumprir o dever de cuidado. Este, por seu turno, consistiria nas obrigações assistenciais, sejam materiais ou afetivas:

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

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
IV – descumprir o dever de cuidado, deixando de prestar assistência material e afetivas para com seu(s) ascendente(s).
 Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:
I - ofensa física;
II - injúria grave;
III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;
IV – descumprir o dever de cuidado, deixando de prestar assistência material e afetiva, para com seu(s) ascendente(s).

Esta proposta legislativa traria uma redação mais atualizada destes dispositivos, coadunando-se com a realidade jurídica e social, trazendo para a realidade o reconhecimento para os ascendentes e descendentes que realmente cumpriram o seu dever assistencial e devotaram aos seus parentes.

Referências

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Org.). *Código das famílias comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. *Manual de direito das famílias*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2017.
- BASTOS, Eliene Ferreira & DIAS, Maria Berenice. *A família além dos mitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. Rio de Janeiro: RT, 2014.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.
- CARMINATE, Raphael Furtado. *Autonomia privada do testador e direito à legítima: estudo crítico e propositivo*. 2011. 154f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil – Questões Fundamentais e Controvérsias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. São Paulo: RT, 2016.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Coleção repercussão do Novo CPC. Famílias e Sucessões*. Salvador: Juspodivm, 2016.

- ENGELS, Friedrich. *A origem da família: da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto do patrimônio jurídico mínimo*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.
- _____. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito e processo das famílias – Novidades e polêmicas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 13 ed. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mário Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2006.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Direito das sucessões*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- IBIAS, Delma Silveira (Coord.). *Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais*. 2. ed. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letras & Vida, 2013. Manual de Direito das Famílias 509
- _____. *Família e sucessões sob um olhar prático*. Porto Alegre: IBDFAM/RS: Letras & Vida, 2013.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado De Direito de Família*. São Paulo: Max Limonad Editor. 3ª ed., Vol. I.
- NERI, Renata Viana. *Direito ao conhecimento da ascendência genética*. Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- NUNES, José Carlos Amorim de Vilherna. *Novos vínculos jurídicos nas relações familiares*. Tese de doutora em Direito (Direito Civil) apresentada ao Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo – USP, 2009.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. *Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família*. In. Dias, Maria Berenice, BASTOS, Eliene Ferreira e MORAES, Naime Márcio Martins. *Afeto e Estruturas Familiares*, São Paulo: Del Rey, 2014.
- _____, e OLIVEIRA NETO, José Weidson. *(In)viabilidade do princípio da afetividade*. *Universitas Jus*, v. 27, n. 2, p. 113-125, 2016.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007.
- PRETTO, Cristiano. *Autonomia privada e testamento: liberdade e limite no direito de*

testar no Código Civil de 2002. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. *Poder familiar na atualidade brasileira*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acessado em 30 de junho de 2015.

SILVA, Maria de Fátima Alflen da. *Direitos fundamentais e o novo direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Pai que abandona o filho tem direito à sua herança?* www.adfas.org.br, 14 de março de 2018.

TEPEDINO, Gustavo. *A influência dos direitos humanos e direitos fundamentais no direito civil brasileiro*. Acessado em www.publicacadireito.com.br, acessado em março de 2017.

VALADARES, Isabela Farah, e RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Da liberdade de testar: Repensando a legítima no Brasil*. Anais no XXV CONPEDI, Curitiba/PR, 2016.

VELOSO, Zeno. *Testamentos: de acordo com a Constituição de 1988*. Belém: CEJUP, 1993.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 71, jul./set. 1980.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____; MADALENO, Rolf (Org.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.