XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

HELENA NASTASSYA PASCHOAL PITSICA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Helena Nastassya Paschoal Pitsica; William Paiva Marques Júnior.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-654-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil contemporâneo. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



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

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Civil Contemporâneo I”, no âmbito do XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 07 a 09 de dezembro de 2022, na cidade de Balneário Camboriú/Santa Catarina, na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, e que teve como temática central “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Civil Contemporâneo, especialmente na relação dialogal com o Direito Constitucional. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Gustavo Henrique de Souza Vilela aborda os movimentos do constitucionalismo e da codificação do direito privado, traça suas características mais impactantes como a supremacia da constituição, a constitucionalização do direito, a publicização do direito privado e a descodificação do Direito Civil pelo advento dos microssistemas. A partir do conceito, da origem e da finalidade desses elementos, reflete-se sobre os impactos da aplicação do valor normativo dos princípios constitucionais, para que não sejam banalizados, a eficácia dos direitos fundamentais e a busca pela função social dos institutos jurídicos na aplicação do direito.

Flavia Portella Püschel investiga a relação entre doutrina e jurisprudência em diálogo com a crítica feita por Judith Martins-Costa, segundo a qual a doutrina civilista atual tornou-se inútil tanto para a aplicação do direito quanto para orientação dos operadores do direito e dos destinatários das normas jurídicas, a partir do caso da responsabilidade civil punitiva, o qual exemplifica com clareza os efeitos da ausência de diálogo entre doutrina e jurisprudência, apontado pela autora como sintoma da perda de autoridade e utilidade da doutrina civilista brasileira.

Gustavo Henrique de Souza Vilela reflete sobre o direito sucessório. Conquanto sua relevância, tendo em vista que a todos afeta, apresenta-se em um cenário de estagnação, que tem ancorado o ramo jurídico às vestes do passado. Em alguns institutos sucessórios, essa

carência mostra-se mais acentuada, é o que acontece com a indignidade e a deserdação, responsáveis pela possibilidade jurídica de exclusão do direito fundamental à herança. Propõe que a exclusão sucessória tem potencial para transformar-se em mecanismo de combate à violência doméstica e familiar, mas para que isso aconteça é necessário afastar-se do perfil apenas vingativo e fazer aflorar seu viés preventivo, através de mudança legislativa expressiva.

Alderico Kleber De Borba e Vitor Antônio da Silva Faria investigam a constitucionalidade na vedação à escolha do regime de bens para o casamento, para pessoas acima de 70 anos de idade. A obrigatoriedade do regime de separação legal de bens, em decorrência da idade do contraente, foi positivada numa perspectiva individualista e patrimonialista no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, lardeado de influxos do modelo de Estado Liberal (atualmente superado). O art. 1.641, II do CC de 2002 repetiu a redação do CC /1916, mantendo a proteção estatal não sob a ótica da pessoa, mas sim do patrimônio. Na mens legis do art. 1.641, II, do CC/2002, o que se tem é a proteção de interesses econômicos e patrimoniais, relegando a segundo plano a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. A repersonalização do Direito Civil implica na emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito, passando o patrimônio ao segundo plano. O contraente do casamento que possui 70 (setenta) anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, inclusive livre disposição de seus bens. Num ambiente de Direito Civil constitucionalizado, o art. 1641, II, do CC/2002 é inconstitucional. A patrimonialização das relações civis é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF).

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata alertam que a teoria da transmissão no Direito Civil das Obrigações não é tratada como teoria geral, mas organizam dogmaticamente e metodologicamente os elementos teóricos e os requisitos centrais de sua funcionalidade jurídica. Também, procuram aferir os efeitos jurídicos advindos dos instrumentos de circulação jurídica e a correlação estrutural com aqueles elementos e requisitos. O estudo dos direitos subjetivos (absolutos e relativos) e das posições jurídicas atomizadas em seus conceitos são ponto nodal para a compreensão do fenômeno translativo em Direito. Procede-se à análise teórica desses elementos centrais (direito subjetivo e posições jurídicas) associados à circulação jurídica de direitos pessoais (ou relativos, ou de crédito), que também podemos denominar de transmissão jurídica no plano do Direito das Obrigações. Como resultado da pesquisa, desvela-se a riqueza conceitual e estrutural dos negócios de transmissão de posições jurídicas obrigacionais, em que os contratos de cessão (de crédito, de

débitos – também denominados “assunção de dívidas” – e de posições contratuais) designam a transmissão das posições jurídicas ativas e/ou passivas com fonte negocial, e não a própria fonte que os desencadeia.

Daniel Stefani Ribas, Danilo Rodrigues Rosa e Leticia Faturetto de Melo tratam do contexto atinente ao paradigma das funções da responsabilidade civil como instrumento para a estruturação da indenização nos casos de danos à liberdade de expressão. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do direito civil permitem uma compreensão das funções da responsabilidade - compensatórias, precaucional e punitiva ou pedagógico punitiva - como diretrizes para fixação da indenização.

Eloah Alvarenga Mesquita Quintanilha e Jordana Aparecida Teza analisam a evolução genética no campo do Direito e o seu impacto no sistema judiciário brasileiro. Por meio de uma exposição de casos concretos, demonstra-se a posição do magistrado quanto à confiabilidade dos exames de DNA, admitindo a possibilidade de considerá-la como prova confiável, mas não infalível. Isso se deve à existência de complicações genéticas, (“quimerismo”: indivíduo com duas cargas genéticas) capazes de “mascarar” o seu resultado. A importância do instituto da prova judicial é reafirmada no texto, propondo um debate sobre os eventuais conflitos nos processos de investigação de paternidade e investigação criminal. Evidencia-se a inquietude quanto à ausência de regulamentação no Brasil sobre a metodologia utilizada nos exames de DNA. Neste sentido, preconiza-se pesquisar o quimerismo de forma lato sensu, sua influência nos resultados dos exames de DNA e o seu impacto nas ações de família quanto ao direito do estado de filiação e origem genética.

Rodrigo Rodrigues Correia propõe uma análise a partir da ausência de uma disciplina legal especialmente destinada à adequação do registro civil de pessoas transgênero, o Provimento nº 73 de 2018 do Conselho Nacional de Justiça cuida do processamento extrajudicial pelos Oficiais de Registro, independente de decisão judicial, buscando compreender quais os parâmetros utilizados para possibilitar o processamento extrajudicial da adequação do registro, independente de decisão judicial e de apresentação de documentos médicos que atestam a condição de transgênero ou a ocorrência de terapias e da cirurgia para redesignação sexual.

Alexandre Barbosa da Silva e Denner Pereira Da Silva investigam, sob a ótica da condição humana, a implementação do programa de compliance pode ampliar a margem de escolha das pessoas com deficiência, com segurança e autonomia, em complemento à atual forma de regulação estatal. Dentre os seus objetivos está a possibilidade de concretizar direitos fundamentais da pessoa com deficiência por meio das ferramentas de compliance, garantindo-

se o seu ingresso e permanência nas instituições, na perspectiva de confirmação do exercício de sua capacidade civil.

Para Daniela Silva Fontoura de Barcellos , Alice Aparecida Dias Akegawa e José Caldeira Gemaque Neto, a pandemia trouxe juros altos, desemprego, inflação, enfim vários males tanto na saúde humana, sociedade como na gestão da administração pública e privada fatores que motivam a crise do Estado, logo o Poder Judiciário foi acionado para intervir nas relações interpessoais conflituosas para pacificar e resolver o caso concreto. Em resposta a esta indagação, foi possível estabelecer que a teoria da imprevisão e a resolução do contrato por onerosidade excessiva é a solução do caso concreto encontrado pelo TJMG nos tempos de pandemia na resolução da lide.

Ana Paula Cardoso e Silva e Renata Apolinário de Castro Lima, a partir do método hipotético-dedutivo, abordam a possibilidade ou não do casamento da pessoa com deficiência mental e intelectual após as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146 de 06.07.2015, o qual buscou promover a inclusão das pessoas com deficiência ao contexto social em que vivem como forma de garantir-lhes a dignidade da pessoa humana atribuindo-lhes autonomia existencial, alterando substancialmente a teoria das incapacidades antes instituída no ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar de forma igualitária as pessoas que antes da sua vigência eram consideradas incapazes, tornando-as capazes. Analisa-se ainda as complexidades decorrentes do reconhecimento legal do direito ao casamento das pessoas com deficiência mental e intelectual abordando as condições necessárias para que estas pessoas exerçam este direito e, diante da possibilidade deste casamento, se poderiam decidir acerca do regime de bens a ser adotado e se teriam a plena liberdade para conduzirem a sociedade conjugal.

Marcio Bessa Nunes, Danúbia Patrícia De Paiva e Sérgio Henriques Zandona Freitas, traçam um panorama das mudanças jurídicas verificadas no século XX, durante a vigência do Código Civil de 1916, desde o ambiente em que foi criado, passando pelas alterações sofridas até o final de sua vigência, com o Código Civil de 2002. Examinam os conceitos de patriarcado e feminismo, e como a discussão desses fenômenos propiciou uma mudança de visão em relação ao papel da mulher e, em seguida, a toda pessoa humana, independentemente do gênero. Abordam a constitucionalização do Direito Civil, analisando os conceitos de dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direitos da personalidade. O tema-problema do presente artigo está no exame dos avanços constitucionais já efetivados no Direito Civil brasileiro do ponto de vista da autonomia e dos Direitos da Personalidade. Evidenciam, por fim, as perspectivas de desenvolvimento do Direito Civil, a partir do novo conceito de capacidade, visando estabelecer o modelo

democrático para a compreensão da autonomia, especialmente a existencial, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Joel Ricardo Ribeiro de Chaves defende que, tanto pela via de aplicação do parágrafo 3º do artigo 23 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais aos serviços notariais e registrais, quanto pela via de resolução de antinomia aparente entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a Lei de Registros Públicos, o resultado final que se pode identificar é o da aplicação das normas especiais de registros públicos à retificação de erros no Registro Civil de Pessoas Naturais e, apenas subsidiária e complementarmente, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no que esta não conflitar com àquela.

Marcio Bessa Nunes , Antônio Carlos Diniz Murta e Sérgio Henriques Zandona Freitas consideram que, com a mudança do Código Civil de 2002 (CC/2002), operada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), por meio da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, a capacidade passou a ser regra geral no ordenamento legal brasileiro. Porém, não há, no Direito, um conceito claro do que seja deficiência, sobretudo a mental, que apresenta nuances inviáveis de serem captadas pela mera dogmática jurídica. Assim, deve o Direito colher, de outras ciências e saberes, meios que auxiliem o operador jurídico a definir, no caso concreto, a deficiência, tarefa que pode receber substancioso auxílio da Sociologia e seu conceito social da deficiência. Por meio do estudo do novo conceito de (in)capacidade no direito brasileiro, o conceito de deficiência passa a ser visto como um resultado de um relacionamento complexo entre as condições do indivíduo e das outras pessoas, desde a família até a comunidade, sendo dada ênfase, assim, a todo o contexto no qual a pessoa está inserida.

Marta Rodrigues Maffeis e Cíntia Rosa Pereira de Lima constatam que a liberdade de expressão é um direito fundamental que se desdobra na liberdade de manifestação do pensamento e na liberdade de opinião e de comunicação, inserindo-se aí, a liberdade de imprensa e o direito de informar. Não raramente, vem a lume situações de colisão entre a liberdade de imprensa e a ofensa a direitos da personalidade de terceiros, como, honra, intimidade e vida privada. Portanto, censurar previamente qualquer manifestação do pensamento não estaria em acordo com a vontade do constituinte. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal se posicionou na ADPF nº. 130/DF que declarou inconstitucional a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Segundo o STF, a liberdade de expressão deve ser elevada à categoria de sobredireito, pois segundo o Ministro Ayres Britto, ainda que não haja hierarquia entre os direitos fundamentais, para que sejam exercidas as liberdades de expressão e pensamento, há necessidade de colocá-las acima de outros direitos fundamentais expressos na Carta Magna. Em advindo alguma lesão a direito de outrem, há que se

responsabilizar o agente causador do dano, mas não impedir a prévia manifestação do pensamento.

Gabriela Neckel Netto, Jean Moser e Denise S. S. Garcia revelam que as criptomoedas se tornaram nos últimos tempos um avanço no universo dos investimentos, motivo pelo qual, o criptoativo vem se tornando alvo de penhora pelos credores que pretendem obter a satisfação do seu crédito, investigando a possibilidade ou não da penhora das criptomoedas, constatando-se a volatilidade das moedas digitais contribuem para a dificuldade da penhora desse bem apesar de que já se tem o entendimento de tratar-se de um ativo financeiro que constitui o patrimônio do devedor. Necessitando assim, de uma legislação especifica que venha esclarecer o procedimento de penhora desse bem em específico.

Joana Vivacqua Leal Teixeira de Siqueira Coser pesquisa se, mesmo diante de cláusula contratual expressa, caberia ao juiz a análise acerca da utilidade da prestação e, se possível, quais seriam os limites da intervenção judicial. Para tanto, faz-se uma análise da legislação e doutrina acerca da temática proposta. Inicialmente, aborda os atuais contornos da obrigação. Em seguida, estuda as definições e os critérios distintivos entre inadimplemento absoluto e mora. Posteriormente, analisa a possibilidade de atuação judicial diante de cláusula resolutiva expressa ou específica das hipóteses de perda do interesse útil do credor, fazendo uma abordagem acerca dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como dos limites e parâmetros para a atuação judicial.

Com grande satisfação os coordenadores apresentam a presente obra, agradecendo aos autores /pesquisadores envolvidos em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Balneário Camboriú /Santa Catarina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica civilista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Civil Contemporâneo no contexto pós-pandêmico de utilização dos mecanismos de Direito Privado como força motriz da inclusão cidadã.

Profa. Dra. Helena Nastassya Paschoal Pitsica- UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

A INDIGNIDADE PENAL

THE CRIMINAL INDIGNITY

Gustavo Henrique de Souza Vilela [1]

Resumo

Resumo: O direito sucessório como um todo apresenta-se com escassez de produção científica que contribua para sua evolução, apesar de sua relevância, tendo em vista que a todos afeta, presencia-se um cenário de estagnação, que tem ancorado o ramo jurídico às vestes do passado. Em alguns institutos sucessórios, essa carência mostra-se mais acentuada, é o que acontece com a indignidade e a deserdação, responsáveis pela possibilidade jurídica de exclusão do direito fundamental à herança. Para os moldes da sociedade atual, tais institutos ostentam o anacronismo dos padrões exclusivamente patrimonialistas oitocentistas, não passam por atualizações substanciais desde as Ordenações Filipinas, o que prejudica sua a aplicação e a funcionalidade. A exclusão sucessória tem potencial para transformar-se em mecanismo de combate à violência doméstica e familiar, mas para que isso aconteça é necessário afastar-se do perfil apenas vingativo e fazer aflorar seu viés preventivo, através de mudança legislativa expressiva, a ser alcançada com o auxílio de pesquisas, reflexões e discussões que tragam à baila, nova sistemática, por exemplo com o deslocamento da aplicação da indignidade para a esfera criminal.

Palavras-chave: Palavras-chave: exclusão sucessória, Indignidade, Direito fundamental à herança

Abstract/Resumen/Résumé

Abstract: Succession right as a whole presents itself with a shortage of scientific production that contributes to its evolution, despite its relevance, given that it affects everyone, there is a scenario of stagnation, which has anchored the legal branch to the garments of the past. In some succession institutes, this lack is more accentuated, which is what happens with indignity and disinheritance, responsible for the legal possibility of excluding the fundamental right to inheritance. For the molds of today's society, such institutes bear the anachronism of the exclusively patrimonial standards nineteenth century, they do not undergo substantial updates since the Philippine Ordinances, which impairs their application and functionality. Succession exclusion has the potential to become a mechanism to combat domestic and family violence, but for this to happen, it is necessary to move away from the merely vindictive profile and bring out its preventive bias, through significant legislative

[1] Professor da Universidade Federal do Tocantins Doutorando pela Instituição Toledo de Ensino

change, to be achieved with the help of research, reflections and discussions that bring to the fore a new system, for example with the displacement of the application of indignity to the criminal sphere.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: succession exclusion, Indignity, Fundamental right to inheritance

1. Introdução

Constantes reflexões e análises críticas são fundamentais para a modernização e adaptação dos institutos jurídicos à realidade social. Nessa perspectiva, o presente texto é resultado de pesquisas sobre os institutos de exclusão sucessória no ordenamento pátrio, sob uma resenha diferente das tradicionais concepções exibidas nas doutrinas clássicas.

Imprescindível demonstrar a relevância da exclusão sucessória e de seus desdobramentos inclusos no contexto ético e social das relações familiares, pois o inescapável termo incerto do falecimento conduz à transmissão patrimonial aos seus sucessores, alicerçado em critérios de proximidade parental e vínculo familiar para com o morto pela ordem de vocação hereditária.

O tema guarda especial relevância quando examinado sob o prisma da salvaguarda não apenas da dignidade do autor da herança, mas também de sua família e da sociedade, sobrepondo-se ao fator puramente patrimonialista, pois a perda do direito sucessório em tais hipóteses, além de materializar-se numa pena que obsta a impunidade e o enriquecimento ilícito, também possui o desígnio de garantir o acesso à Justiça dos demais sucessores, ao garantir o direito fundamental à herança a quem legitimamente o detém.

Nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963, o Código Civil estabelece hipóteses de reprovabilidade social que podem conduzir ao afastamento de uma herança ou de um legado, por meio de uma sanção imposta por sentença cível de efeito *ex tunc*, são atos ilícitos e ignóbeis que atentam contra a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade testamentária do autor da herança e/ou de seus familiares.

Ao considerar a entidade familiar e a coletividade também como sujeitos passivos dessas condutas, em sua maioria, já tipificadas na lei penal, obtém-se uma contextualização concernente ao que é aplicado pela jurisdição criminal, aponta para a razoabilidade social e jurídica da aplicação da indignidade como efeito secundário de uma condenação criminal. Nessa perspectiva, o deslocamento não do instituto, mas sim da sua aplicação, dilata racionalmente suas hipóteses, a ampliar a aplicabilidade e melhorar a funcionalidade do instituto.

Nessa perspectiva, a deserdação tornar-se-ia dispensável em nome de uma maior harmonização entre a autonomia privada e os direitos fundamentais. O instituto encontra-se atualmente com acanhada utilização prática, não só pelo seu caráter de vingança privada, mas também pela falta de cultura de organização sucessória e pelo altos custos testamentários.

A partir dessas reflexões indaga-se: seria viável o deslocamento da aplicação da

indignidade para a esfera criminal? A sociedade pode ser reputada como sujeito passivos de delitos de sua natureza? Seria plausível a ampliação das hipóteses de indignação? O instituto da deserdação é realmente dispensável? A desnecessidade de ação cível autônoma geraria maior funcionalidade e economia processual?

No intuito de responder a tais questionamentos foi realizado um trabalho estruturado em um conjunto de técnicas e instrumentos compatíveis e complementares entre si, uma pesquisa epistemológica e uma revisão bibliográfica sobre exclusão sucessória, além de um estudo instrumental de conceitos operacionais combinando o tripé: doutrina, legislação e jurisprudência relacionadas ao assunto.

2. Direito fundamental à herança

Direitos fundamentais são os previstos no texto constitucional como basilares, que exprimem o paládio à dignidade humana, protegendo o indivíduo de eventuais arbitrariedades em relações jurídicas públicas ou privadas.

A gênese dos direitos fundamentais repousa na dignidade da pessoa humana, instituem a baluarte jurídica direcionada a custódia da dignidade em suas diversas dimensões: direitos individuais, transindividuais, sociais, políticos ou jurídicos, com finalidade multifacetária.

Os direitos fundamentais "buscam resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)" (ARAUJO e NUNES, 2005, p. 109).

Inconveniente explanar sobre direitos fundamentais sem ponderar acerca de suas origens atribuídas aos movimentos constitucionalistas, cuja ambição era assegurar as liberdades e direitos básicos da coletividade face ao arbítrio de monarcas absolutistas (OTTO Y PARDO, 1987, p. 12), em que as liberdades e direitos eram privilégios de alguns próximos ao soberano.

A matriz da concepção constitucional está pontuada precisamente na noção de limitação e controle dos poderes do Estado. São inicialmente direitos negativos que se manifestam de forma mais intensa a partir da segunda metade do século XVIII, com as convicções de igualdade da Declaração de Direitos da Virgínia, da Declaração de Independência Americana ambas de 1776 e da Revolução Francesa exteriorizada na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, berço ideológico das primeiras Constituições liberais.

Tratava-se de um momento histórico em que a burguesia europeia aspirava pelo fim dos privilégios dos nobres e dos clérigos, culminando na concepção de uma Lei Fundamental, além da separação de poderes e organização do Estado, deveria estabelecer os direitos e garantias individuais e mecanismos de resistência à eventuais opressões.

Para os adeptos do jusnaturalismo, os direitos fundamentais são direitos pré-positivados inerentes à essência humana, enquanto os seguidores do positivismo defendem os direitos fundamentais como os direitos basilares de um determinado ordenamento jurídico, ainda que implícitos. Já, os discípulos do realismo jurídico preconizam que os direitos fundamentais, naturais ou não, submetem-se a uma constante evolução em consonância com a realidade social de cada etapa histórica.

Quanto aos novos valores que desabrocham em cada período histórico, os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos de primeira dimensão, que representam o legado do pensamento liberal, limitando a atuação do Estado em nome da proteção da vida, da liberdade, da propriedade e da igualdade perante a lei.

Mas o liberalismo cobrou seu preço, gerou uma colossal desigualdade social que conduziu à idealização dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que emergem em nome do bem-estar social para vindicar uma atuação proativa do Estado, na busca por melhores condições sociais, econômicas e culturais, a intervenção nas relações e na propriedade privada para o cumprimento de sua função social e para evitar abusos econômicos, e o zelo para com os hipossuficientes através de prestações assistenciais de saúde, segurança, educação, etc.

No século passado, a partir das reflexões de que determinadas condutas podem prejudicar uma parcela significativa ou até toda a coletividade, houve a preocupação com a tutela do homem como ser sociável que carece da conjugação com seu próximo e deve fazer parte de uma sociedade solidaria e envolvida com a coexistência social, assim os direitos de terceira dimensão direcionam-se à guarida da sociedade como um todo de forma transindividual, englobam direitos à autodeterminação dos povos, ao progresso, ao meio ambiente equilibrado, dentre outros.

Os de quarta dimensão são os direitos fundamentais à democracia, à informação e ao pluralismo, alicerçados pelos direitos das dimensões anteriores, pensados a partir da globalização e de avanços genéticos e tecnológicos.

Sem ponderar a existência e finalidade de outras dimensões, o importante é que uma não substitui ou nem possui hierarquia sobre a outra, apenas fazem parte de uma evolução e lapidam as já consagradas, a exemplo da propriedade privada, anteriormente de configuração

individualista, típica do estado liberal, refinada em seu exercício, primeiramente pela configuração social do estado intervencionista e num segundo momento pelos direitos fundamentais de terceira dimensão que exigem respeito aos direitos difusos.

A propriedade e a herança são típicos direitos fundamentais, além de positivados na Carta Magna, se utilizados de forma equilibrada, enaltecem a atividade laboral, pois a ideia de domínio sobre o resultado obtido pelo trabalho, já dizia John Locke (1963, p. 21), deve ser encarado como o principal estímulo à produção e ao desenvolvimento econômico, a merecer estabilidade e segurança jurídica.

A expressão social do neoconstitucionalismo trouxe aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais, o status de norma jurídica em potencial, elevando valores como a dignidade da pessoa humana e o estado de direito, a sustentáculos legitimários de todos o ordenamento jurídico.

A aplicação da normatividade principiológica e a eficácia direta dos direitos fundamentais alterou a hermenêutica jurídica, os valores constitucionais passaram a orientar o manejo dos institutos tipicamente privados, pela constitucionalização e publicização do direito privado.

Consequentemente, as agressões e violências interfamiliares, afetam não apenas a dignidade do ofendido, como de toda a coletividade, que espera da entidade familiar, o maior reduto de respeito, consideração e solidariedade.

3. Direito sucessório

Direito sucessório é o aglomerado de normas que regula a transmissão de bens, direitos e obrigações a partir do falecimento de uma pessoa a seus sucessores. Pela perspectiva histórica a sucessão se origina também por questão extrapatrimonial, o culto dos antepassados que era transmitido de geração em geração na primeira fase de Roma. Com o passar do tempo, permaneceu apenas a transmissão entre membros do mesmo núcleo familiar, ampliou-se os beneficiados para além dos primogênitos e o fundamento da transmissão migrou do religioso para o patrimonial.

Pela visão capitalista de captação e manutenção patrimonial, justificável num país de economia instável como o Brasil, em que o anseio por estabilidade financeira se reflete no desejo de proteção patrimonial com intuito de maximizar uma pseudo-segurança à próxima geração, a herança foi elevada ao status de direito fundamental.

Com o falecimento a herança é transmitida automaticamente, independente de qualquer manifestação de vontade do autor da herança. A regra francesa de *saisine* não condiciona a transmissão à relação sentimental ou afeto entre o falecido e o herdeiro, nem questiona o grau de merecimento do beneficiário. Porém partindo do pressuposto de dignidade humana, solidariedade e respeito entre os membros familiares, algumas condutas reprováveis e ignóbeis praticadas em face do autor da herança podem levar à exclusão do direito sucessório, cujos efeitos não contaminam os direitos sucessórios dos descendentes do indigno.

A supremacia da Constituição sobre a lei civil sempre esteve presente no Brasil, mas a constitucionalização do direito civil nos moldes como vem sendo interpretada pela doutrina e pela jurisprudência nas últimas décadas se traduz na possibilidade de aplicação direta dos princípios e valores constitucionais sobre as relações privadas. Nessa perspectiva, ao mesmo tempo que o texto constitucional assegura o direito fundamental à herança, irá repeli-lo quando um sucessor age em dissonância a valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar e a justiça social, a prevalecer sobre interesses meramente patrimoniais.

4. Indignidade

Oriundo do vocábulo *indignitas* que designa o demérito, a ausência de dignidade, o indigno é aquele que pratica atos, em sua maioria tipificados como crime, mas que se tornam ainda mais repulsivos por serem dirigidos a membros da própria família, ou contra pessoa que se espera respeito e consideração, no caso da sucessão testamentária.

Trata-se de instituto bastante longevo, previsto desde a Lei das XXII Tábuas, mas foi durante as Institutas do Imperador Justiniano (533 d.C.) que a exclusão da sucessão granjeou traços ainda presentes nas codificações contemporâneas, como a enumeração taxativa.

No início do século XIX o *Code Napoleon* revolucionou o cenário sucessório com o fortalecimento da propriedade privada, diminuição dos privilégios da primogenitura e das desigualdades entre filhos e filhas. Pertinente observar que o mencionado diploma legal não fez alusão sobre o instituto da deserdação, porque aspirava-se por uma submissão total à legalidade e à igualdade formal, sem o subjetivismo do autor da herança para confeccionar cláusula deserdatória e por entender tratar-se de instituto desnecessário, abrangido pela indignidade.

No Brasil sempre houve a previsão legal de ambos os institutos, especificamente quanto à indignidade era prevista inicialmente nas ordenações do reino, durante império no

texto do Projeto de Código Civil[1] elaborado por Teixeira de Freitas, nos artigos 1.762 e seguintes do Código Civil de Clóvis Beviláqua de 1916 e atualmente no Código Civil de 2002 em que o artigo 1.814 estabelece as causas que podem levar à indignidade.

A primeira causa é a prática de homicídio doloso, consumado ou tentado, contra o autor da herança, seu cônjuge ou companheiro, ascendente ou descendente, na figura de autor, coautor ou partícipe do crime. Por tratar-se de delito dotado do mais alto grau de reprovabilidade que geralmente traz comoção social e porque em alguns casos o autor do crime tem mantido sua legitimidade, a partir de 2017 o artigo 1.815 foi alterado para conceber legitimidade ativa para o Ministério Público.

Há entendimento majoritário que dispensa a prévia condenação criminal, em respeito à regra da autonomia das instâncias e mesmo no caso de condenação criminal prévia a indignidade não atua de forma automática, imperioso o ajuizamento da ação cível autônoma[2].

Em sentido contrário, apesar de minoritário são facilmente encontradas decisões de que a decretação da indignidade carece de prévia sentença criminal: TJ-MG nº 100240570080620011, relator Batista Franco; TJ-SP-AI nº 18125860201182600000, relator: Salles Rossi; TJ-TO – AC nº 0010172-52.2015.827.0000, relator desembargador Moura Filho[3].

A segunda hipótese de indignidade é a acusação caluniosa em juízo ou a imputação de crime de calúnia, difamação e injúria contra a honra do autor da herança, de seu cônjuge ou companheiro.

A doutrina majoritária entende pela desnecessidade de prévia condenação criminal para a acusação caluniosa em juízo, já que a lei não fala em "crime" de denunciação caluniosa. Por seu turno, há o entendimento pela necessidade de prévia condenação criminal em relação ao "crimes" contra a honra.

Como hipótese final, o atentado contra a liberdade de testar, através de conduta violenta ou fraudulentamente, que impeça ou limite a confecção do testamento, destina-se salvaguardar a liberdade de disposição patrimonial do autor da herança mediante testamento ou

---

[1] *Art. 982 Não podem succedêr á inteslado: §3º Aquelles, que por força, ou engano, estorvarão os fallecidos de dispor livremente de seus bens em testamento; § 4º Os descendentes, e os ascendentes, solemnemente desherdados com justa causa.*

[2] Devido a não estar vinculado à esfera penal, Venosa (2009, p. 59) defende a possibilidade de considerar indigno o menor de 18 anos ainda que inimputável criminalmente, também por questionar a imoralidade de um parricida ou matricida puder se beneficiar da menoridade, devendo o sentido ético da norma legal extrapolar o conceito legal de inimputabilidade.

[3] "Em que pese à desnecessidade de condenação criminal para a propositura da ação de indignidade, entendo que esta "desnecessidade" só pode ser assim interpretada quando beneficiar o interessado no reconhecimento da indignidade. Não pode, porém, ser interpretada em desfavor deste, pois esta não foi a intenção do legislador; ademais, a condenação no juízo criminal da maior segurança jurídica à decisão, cujo efeito mais importante é a exclusão do herdeiro da sucessão."

codicilo. É a única hipótese não tipificada como crime, havendo possibilidade de a violência ou a fraude amoldar-se a algum tipo penal.

A reflexão dos motivos não caberia nessas breves linhas, conduto trata-se de um cristalino misto entre os crimes de falsificação ou ameaça e furto ou roubo, pois o atentado contra a liberdade de testar é executado através fraude ou violência, física ou psíquica contra o autor da herança, com a finalidade de enriquecimento ilícito, subtraindo para si ou para outrem, bens da herança que seriam partilhados entre os demais sucessores.

Conveniente lembrar que o sucessor declarado indigno ou que tenha praticado atos que possam levar à indignidade pode ser perdoado pelo autor da herança, em manifestação expressa e autêntica. Observe que na ausência de condenação criminal prévia, como a ação de exclusão só pode ser proposta após a abertura da sucessão, o autor da herança está perdoando alguém que não foi julgado e condenado por um juiz imparcial.

Carecendo ou não de prévia condenação criminal, a exclusão transcorre por força de sentença cível desconstitutiva do direito de receber o patrimônio em demanda autônoma submetida ao procedimento ordinário comum, a ser proposta no juízo competente para julgar o inventário e a partilha, no prazo de 4 (quatro) anos a contar da abertura da sucessão, sob pena de decadência.

Com o trânsito em julgado, os efeitos da sentença que decretada a indignidade retroagem ao momento da abertura da sucessão reclamando a posse dos bens ereptícios e dos frutos desse patrimônio.

Os efeitos da indignidade são pessoais, já que nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º, XLV da CF). O indigno é considerado como se morto estivesse no momento da abertura da sucessão, de modo que os sucessores deste, poderão representá-lo.

5. A sociedade como sujeito passivo

Primeiramente, oportuno observar que o instituto da indignidade, apesar de encontrar-se no Código Civil, transcende as questões de uma relação jurídica privada e gera implicações no plano social, pois toda a sociedade infere-se atingida por agressões praticadas entre membros da mesma entidade familiar, tanto que a vontade do autor da herança não é levada em consideração para propositura da ação de indignidade, nesse sentido:

"Inspira-se o instituto da indignidade num princípio de ordem pública, uma vez que repugna à consciência social que uma pessoa suceda a outra depois de haver cometido contra esta atos lesivos de certa gravidade". (GONÇALVES, 2017, p. 898)

"O alicerce ético-jurídico da indignidade é a defesa e proteção da ordem social contra atos ilícitos ou criminosos, a que corresponde uma sanção determinada pela lei, independentemente da vontade expressa do autor da sucessão". (VAZ, 2015, p.20)

"O fundamento ético-jurídico da indignidade é a proteção da ordem pública e social, ela atua precipuamente sobre comportamentos criminosos que embora praticados na ordem privada, atingem de forma reflexa toda a coletividade". (POLETTO, 2013, pág. 356 e 357)

Vê-se que a Constituição Federal retrata a família como base da sociedade que terá especial proteção do Estado, que deverá criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Ao considerar a família como um dos bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, reputa-se que qualquer agressão nas relações familiares é uma forma de violação aos direitos fundamentais, afetando não só a vítima direta e primária, mas à coletividade em geral.

Observe-se que o Direito Penal possui o intento de salvaguardar os bens jurídicos mais significativos de uma sociedade, pelo princípio da ofensividade e lesividade, há crime caso a conduta seja apta a ofender determinado bem jurídico. É da Constituição a responsabilidade de informar o acervo de bens, direitos e valores de maior relevância social, como a vida, a integridade de uma pessoa, a família, a propriedade, a herança e outros.

Tais apontamentos mostram-se aptos a provocar as seguintes reflexões: o interesse da sociedade é de que haja paz e harmonia entre os cidadãos, quando uma conduta criminosa é cometida, é atingido esse interesse, o que provoca prejuízo à aspiração social; quando a conduta é direcionada para atingir direitos fundamentais, que representam os mais relevantes bens jurídicos de uma sociedade, significa que além da vítima que perdeu a vida por exemplo, toda a coletividade é atingida, pois uma de suas células teve seu direito fundamental desrespeitado; se entre o sujeito ativo da conduta criminosa e a vítima do direito fundamental atingido, há um vínculo de afeto e consideração, de parentesco ou familiar, a sociedade apresenta-se como vítima secundária intensamente lesada, o que gera comoção social e profundo repúdio à atitude delituosa.

Mesmo nas ações penais privadas em que o Estado, titular do *jus puniendi*, mantém o poder de punir, mas transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima, se os atos tipificados foram praticados entre membros da mesma família conclui-se que a coletividade é similarmente afetada.

Os crimes contra a honra, que correspondem ao segundo núcleo das hipóteses de indignidade, que em regra prescindem de ação penal privada, já que a intenção punitiva é de caráter pessoal, há necessidade de sentença penal condenatória, ou seja, não basta a pessoa se sentir caluniada ou injuriada é necessária a voz da sociedade, representada pelo Estado-Juiz, para que estabeleça a autoria e a materialidade, para apenas posteriormente vir a ação civil tendente à exclusão.

Em outros crimes, a ofensa à estrutura e o interesse social são mais tangíveis, o que motiva o procedimento judicial ter início mediante ação penal pública incondicionada. Mas apesar do flagrante interesse social, o falho sistema legal permite que herdeiro que tenha praticado ofensas face a ascendentes ou descendentes tenham direitos ao recebimento de patrimônio hereditário mesmo com sentença penal condenatória transitada em julgado.

Como justificativa da necessidade de alterações, cabe lembrar de alguns casos emblemáticos da história jurídica recente, que por seu grau de hediondez e por serem praticados contra pessoas do próprio núcleo familiar, causaram grande comoção e ganharam notoriedade junto à toda mídia nacional.

O caso de maior repercussão ocorrei em 2002 na cidade de São Paulo, quando Suzane Von Richthofen que juntamente com o então namorado e o irmão deste, matou os próprios pais, motivada pelo desejo de ter acesso imediato ao patrimônio das vítimas. A condenação criminal há 39 anos e 6 meses veio em 2006. O único legitimado, seu irmão Andreas, declarou inicialmente desinteresse em propor a ação (O GLOBO, 2011), a sociedade jurídica e o Ministério Público estavam em polvorosa pela possibilidade de Suzane receber a herança quando a ação foi proposta[4]. No decorrer do processo, o tio e tutor de Andreas, Miguel Abdala requereu a desistência da ação, que não ocorreu pelo indeferimento do pedido, sob o argumento de interesse de incapaz, ou seja, se Andreas não tivesse proposto a ação (como quase aconteceu) ou se houvesse desistido (como também quase aconteceu) Susana apesar do crime bárbaro que cometera teria alcançado seu objetivo de acesso ao patrimônio dos pais.

Outro caso de atenção da mídia foi o do ex-seminarista Gil Rugai, condenado pelos homicídios do pai e da madrasta em 2004, a condenação de 33 anos e 09 meses veio em 2013, mas ao contrário do que ocorreu com Suzane, o único irmão do condenado não ajuizou a ação de indignidade no prazo de quatro anos, operando-se a decadência. Outros tantos casos,

[4] Apesar do decurso de quatro anos a decadência só não ocorreu porque Andreas era absolutamente incapaz à época do crime.

referindo-se apenas a homicídios que chegaram à mídia, também têm grandes possibilidade de ficarem isentos da penalização civil[5].

6. A indignidade como efeito secundário da condenação penal

A verificação de um ato ilícito é comum tanto ao direito penal como no direito civil. No Penal o magistrado analisa a autoria a materialidade e as circunstâncias de determinados fatos, julgando procedente e condenando a uma pena ou absolvendo o réu. No cível o magistrado aprecia uma ação de indenização por danos materiais de um veículo automotor analisando se o acidente aconteceu, se foi o acidente que trouxe o dano, quem deu causa ao acidente, se agiu com culpa ou dolo e as circunstâncias que envolveram os fatos, julgando procedente e condenando a um pagamento ou absolvendo o réu, ou seja, o juiz cível similarmente, analisa a autoria e a materialidade de fatos, a diferença está que estes fatos não são tipificados como crime, por consequência a condenação não é a uma pena na acepção do termo mas ao pagamento de uma quantia.

A intenção de punir aquele que pratica um ato ilícito é inerente tanto ao direito penal quanto ao direito civil, diferenciando-se quanto aos bens protegidos e sua valoração, mas ambas as esferas funcionam como controle jurídico-social à prática de comportamentos nocivos (POLETTO, 2013, p. 45).

Informe a um leigo que determinado indivíduo praticou homicídio doloso contra seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente por dinheiro ou não e observe sua resposta de assombro e indignação independente da religião, grau de escolaridade ou classe social. Depois observe seu espanto e desconforto ao explicar que mesmo tendo sido condenado em todas as instâncias e estando preso, terá direito à herança ou ao legado caso o legitimado não interponha a ação no prazo legal.

Por economia processual, por segurança jurídica e para que se faça Justiça nos casos de crimes dolosos praticados junto ao núcleo familiar, de quem se espera afeto e solidariedade, é necessário que a aplicação da exclusão sucessória seja incluída dentre o rol dos efeitos da condenação criminal, a ser requerido pelo *paquet* nos casos de ação pública e pela própria vítima nos casos de ação privada, evitando-se o sentimento de impunidade frente aos crimes interfamiliares.

[5] Alexandre Nardone deve receber a herança do pai, ascendente também da vítima; Leandro Bondrini pai de Bernardo Boldrini; Monique Mederios mãe de Henry Borel; dentre tantos outros casos.

Outra inquietante incoerência do sistema atual é que um indivíduo que pratica uma calúnia ou qualquer outra modalidade de crime contra a honra, pode ser privado de sua herança tanto por indignidade como por deserdação, mas o indivíduo que contra o pai ou a mãe pratica um estelionato, uma extorsão, uma ameaça, tortura e outros tantos crimes graves, ainda mais repugnantes por serem praticados no ambiente doméstico ou familiar, não poderá ser privado de sua herança, ou seja, um pai que estupra a filha mesmo que trate-se de pessoa vulnerável e filho que arquiteta o sequestro do genitor terão direito à legítima sem que o Estado ou a vítima possam fazer qualquer coisa a respeito.

Ademais, além do caráter preventivo mais intenso da esfera penal, os efeitos principais da condenação penal, como a privação da liberdade, são acompanhados de outras implicações chamadas de efeitos secundários, classificados em efeitos de natureza penal ou extrapenal.

Os de natureza penal, também chamados de genéricos decorrem automaticamente da condenação, não necessitam de declaração expressa ou juízo de valor do magistrado, nos termos do artigo 91 do Código Penal.

Os extrapenais ou específicos, são efeitos civis e administrativos não automáticos, só aparecem quando o magistrado expressamente os declara na sentença condenatória com as devidas motivações, nos termos do artigo 92 do mesmo diploma legal.

A pessoa condenada por crime doloso contra seu cônjuge, companheiro, parente consanguíneo em linha reta, colateral ou possível autor de herança, deveria receber no mesmo momento a pena com efeitos sucessórios, como já ocorre na França, na Bélgica, Canadá e Portugal representaria economia processual e maior segurança jurídica, pois a condenação ocorreu sob o crivo garantista do devido processo penal. Ademais, se não há prova suficiente para a condenação, essas mesmas provas não deveriam ser suficientes para aplicação de uma sanção tão drástica que é a retirado do direito sucessório, inclusive por tratar-se de um direito fundamental.

A aplicação da indignidade numa sentença penal, nada mais é que uma lapidação do ordenamento jurídico, um abrandamento dos limites do sistema da separação das jurisdições, uma faceta da constitucionalização do direito sucessório, em prol da segurança e solidariedade familiar.

A flexibilidade do sistema da separação ou a aproximação ao sistema da união já é tendência no ordenamento jurídico brasileiro, inaugurada pela transação penal do artigo 74 da Lei 9.099/1995, deu tão certo que foi praticamente reproduzida no artigo 387 do Código de Processo Penal para as ações criminais em geral, possibilitando ao juiz criminal, na própria

sentença, fixar o valor da reparação dos danos da vítima, com isso o legislador outorga cada vez mais ao juízo criminal, competência para na própria sentença criminal conhecer e decidir pedidos e questões cíveis de interesse da vítima, visando maior rapidez, economia e uniformidade dos julgados.

Não é plausível que um único Estado, através de um único e sistêmico ordenamento jurídico, necessite de duas decisões distintas, prolatadas por dois representantes diversos do mesmo poder estatal, um para reconhecer a autoria e a materialidade e aplicar um tipo de pena, que restringe a liberdade, e outro representante estatal, mesmo vinculado pela coisa julgada da primeira decisão, apenas para aplicar a outra pena, por ser patrimonial, sucessória, como se questões patrimoniais fossem exclusividade do direito civil.

Ademais, a natureza da indignidade é diversa das demais obrigações civis, a exclusão sucessória é uma pena, sua aplicação depende da comprovação da autoria e materialidade de ilícito tipificado atualmente na lei civil, até mesmo os efeitos da coisa julgada perante terceiros são distintos na exclusão sucessória.

Tais considerações comprovam a razoabilidade da indignidade como efeito secundário da condenação criminal, para maior funcionalidade do instituto e proteção da ordem social. Para tanto, bastaria que o magistrado, além de dosar a pena, se manifestar de modo expresso sobre a possível aplicação da indignidade frente ao caso em concreto.

Permanecer na esfera cível, questões realmente de sua natureza, como a busca e apreensão de bens que estejam irregularmente na posse do indigno, a imissão na posse e o perdão do indigno para reestabelecendo sua legitimidade sucessória em reverência à autonomia privada do autor da herança.

7. A dispensabilidade da deserdação

O Código Civil tratou a deserdação no capítulo da “sucessão testamentária”, englobando as hipóteses de indignidade, além de causas exclusivas como ofensa física, injúria grave, já contemplada nos crimes contra a honra, relações ilícitas entre enteados e padrasto ou madrasta ou entre ascendentes e os respectivos genros e noras, resguardando o núcleo familiar de investidas de teor sexual e, por fim, o desamparo do autor da herança com grave enfermidade ou com deficiência mental.

Somente os herdeiros necessários são alcançados pela deserdação, já que em relação aos herdeiros facultativos há a opção de simplesmente confeccionar testamento não os contemplando, sem que haja caráter punitivo nem necessidade de ação judicial.

A vontade de deserdar um herdeiro se exterioriza através de testamento, embora a efetiva exclusão dependa de que um legitimado proponha a ação de deserdação e que essa ação seja julgada procedente.

A cláusula testamentária deve aduzir expressamente à prática de alguma das condutas arroladas pelos dispositivos legais, com riqueza de detalhes para que possa ser reconhecida judicialmente na ação proposta pelo interessado, com a garantia do devido processo legal, após a abertura e confirmação do testamento, para não ser utilizada como instrumento de vingança.

Ao contrário da indignidade que independe da manifestação de vontade do autor da herança, por tratar-se da defesa e proteção da ordem social, a deserdação tem origem na pena de natureza privada, na possibilidade do próprio autor da herança, manifestar como seu último desejo, afastar o herdeiro necessário do patrimônio hereditário, incluindo a legítima.

Parece mais acertada a opção de algumas legislações ocidentais, como a Belga e a Francesa, de manter um único instituto para a exclusão sucessória. Primeiramente, pela coexistência incoerente de dois institutos que possuem exatamente a mesma finalidade quanto ao resultado, qual seja, a exclusão de um sucessor que praticou atos contra o autor da herança ou seus familiares próximos.

Não parece adequado a manutenção de um instituto de caráter de vingança privada, que a da imputação da pena, que é a retirada de um direito fundamental, dependa da vontade subjetiva do autor da herança, o que representa uma conturbação da autonomia privada e um contrassenso ao Estado Democrático de Direito.

Mesmo com as hipóteses tipificadas, nada impede que o autor da herança lance mão de um testamento com cláusula deserdatória com intuito discriminatório ou vingativo que, a depender das circunstâncias de um acontecimento e do tempo até a abertura do testamento, uma discussão em família mais acalorada com troca de palavras mais ríspidas, podem vir a ser confirmadas pelo juiz mesmo não condizendo exatamente com as circunstâncias ou com a realidade. Sendo que o autor da herança pode retirar a parte disponível mesmo do herdeiro necessário.

A deserdação tem escassa utilização prática, pela falta da cultura de organização patrimonial *post mortem*, por desconhecimento jurídico da população em geral e pelos altos

custos de um testamento público[6], o mais utilizado. Ademais, mostra-se absolutamente inócua nas hipóteses exclusivas, com exceção da violência física, é impossível que um indivíduo desamparado e com doença mental confeccione um testamento, também as relações sexuais do herdeiro com a madrasta, nora, genro, padrasto, a muito deixaram de ser juridicamente ilícitas. Sem dizer da dificuldade de aguardar o resultado do procedimento criminal nos casos que é exigido, para só depois intentar a ação de indignidade, lembrando não haver possibilidade de interrupção ou suspensão desse prazo.

Mas talvez a pior característica da deserdação seja a necessidade de ser efetivada pelos demais herdeiros para a ação cível e caso o coerdeiro não entenda adequado interpô-la, por não ter interesse no assunto, por não querer desavença com o irmão, por estar sendo constrangido ou qualquer outro motivo, a exclusão nunca será efetivada, ainda que esteja presente a informação de hipótese de grande leviandade e torpeza.

Não se pode deixar de observar que a exigência dessa prática atinge diretamente o princípio da solidariedade familiar, pois amplia a possibilidade de conflitos de interesses entre os coerdeiros do falecido, geralmente irmãos que passam anos em disputas judiciais, criando feridas que, independentemente do resultado da ação, jamais serão curadas.

Vestida de um apelo financeiro que remonta ao patrimonialismo oitocentista, a deserdação além de ofender o bom sensu e a razoabilidade, além de exigir do coerdeiro o ônus da contenda judicial, impõe ao autor da herança, que seu ultimo desejo em relação ao herdeiro seja uma vingança, que deseja uma punição mesmo depois de sua morte.

8. Conclusão

A indignidade é a sanção de exclusão sucessória que independe da manifestação de vontade do autor da herança, pois sua finalidade é a defesa e proteção da ordem social contra atos ilícitos. Atos que violam a solidariedade e a afetividade entre membros do mesmo núcleo familiar e suas relações, afetam não só o indivíduo, mas à sociedade em geral.

Apesar da relação de afeto entre herdeiro e falecido não ser pressuposto para o recebimento da herança, o vínculo familiar do falecido com o herdeiro ou o vínculo bem querer do falecido em relação ao legatário impõe a obrigação de respeito, moralidade e a ausência de atos atentatórios, além disso, princípios como a dignidade e a solidariedade devem nortear as

[6] Tabela 2022: R$ 2.022,15 (dois mil e vinte e dois reais e quinze centavos) informação do Colégio Notarial do Brasil, Seção de São Paulo (https://www.cnbsp.org.br/modulos/802/tabelas-emolumentos).

relações jurídicas, inclusive as privadas, de forma que a ambição patrimonial não se sobreponha aos valores fundamentais da sociedade e da Constituição.

A indignidade possui natureza essencialmente criminal, a procedência da ação acarreta uma sanção (a exclusão), distinguindo-se das demais obrigações civis, que sempre podem ser convertidas em pecúnia. Entretanto, a ação cível é indispensável mesmo que já haja prévia sentença penal condenatória, o que limita o instituto e provoca desnecessários gastos financeiros e de tempo.

Na esfera criminal a indignidade poderia abranger maior número de ilícitos dolosos, atualmente um filho que pratica uma injúria numa discussão familiar pode ser excluído, mas o filho que orquestra o sequestro do próprio pai, terá direito à legítima.

Como efeito secundário extrapenal da condenação, a aplicação da indignidade dependeria do pedido específico do autor a ação, o Ministério Público ou a própria vítima e de manifestação expressa e motivada do magistrado. Permanecendo na esfera cível, tutelas de natureza realmente cíveis.

Tal migração ainda possibilitaria a extinção do arcaico e inadequado instituto da deserdação, pois o ato seria julgado pouco tempo após sua prática, com a presença de todos os envolvidos, sem necessidade dos gastos de um testamento ou de ação civil de resultado duvido incerto.

Pelo exposto constata-se a razoabilidade do deslocamento da aplicação da indignidade pela jurisdição criminal, como efeito secundário extrapenal da condenação, não é coerente permitir que herdeiros autores, coautores ou partícipes de crimes graves continuem a se beneficiar com a herança da vítima, a despertar o sentimento de injustiça junto à sociedade. É imperativo o aperfeiçoamento do instituto para adequar-se às novas realidades jurídicas e sociais.

Referências bibliográficas

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano.* 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AMARAL, Francisco. *Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro.* Revista de Direito Civil, São Paulo: Ed. RT, 1993, v.63.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *A indignidade no direito sucessório brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2009.

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

BEVILLAQUA, Clovis. *Direito das sucessões.* Rio de Janeiro: Editora Rio – Sociedade Cultural, 1978.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988.* São Paulo: Saraiva, 2001.

CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões.* 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões.* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* 4ª ed. São Paulo: RT, 2015.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil.* Rio de Janeiro: Editora Rio – Sociedade Cultural, 1977.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.* Rio de janeiro: Ed. Renovar, 2000.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis.* Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Coleção história do direito brasileiro. Direito civil; 1). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496206>. Acesso em: 29 ago. 2019.

GOMES, Orlando. *Sucessões.* 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das sucessões* 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira, coord. *Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso.* São Paulo: Método, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Novos aspectos da função social da propriedade no Direito Público.* Revista de Direito Público. São Paulo: 1984, n.° 84.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Tomo 54.* Campinas - SP: Bookseller, 2006.

O GLOBO. *Justiça exclui Suzane Richthofen da herança deixada pelos pais assassinados em 2002.* Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/justica-exclui-suzane-richthofen-da-heranca-deixada-pelos-pais-assassinados-em-2002-2826105> Acesso em 05 out. de 2022.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana. *Tratado de direito das sucessões.* vol. II. Rio de Janeiro: Editora Liv Jacintho, 1936.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – vol. VI* / Atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. –24ª. ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2017. (Livro digital)

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

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões.* 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo (2004). *A garantia da propriedade no direito brasileiro.* São Paulo: Revista do Advogado da AASP, n. 76, p. 42.

VAZ, Filomena do Carmo Martins. *Indignidade sucessória e deserdação: fundamentos para uma alteração legislativa***.** Universidade de Coimbra. Coimbra: 2015.

VELOSO, Zeno. *Do Direito das Sucessões.* In: Código Civil Comentado. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.