UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRUNO HERMES LEAL

DO CARÁTER TAXATIVO DAS HIPÓTESES DE INDIGNIDADE SUCESSÓRIA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: UM PROBLEMA DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Porto Alegre
2013

BRUNO HERMES LEAL

DO CARÁTER TAXATIVO DAS HIPÓTESES DE INDIGNIDADE SUCESSÓRIA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: UM PROBLEMA DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior

Porto Alegre
2013

BRUNO HERMES LEAL

DO CARÁTER TAXATIVO DAS HIPÓTESES DE INDIGNIDADE SUCESSÓRIA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: UM PROBLEMA DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Esta dissertação foi apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre.

_____

Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior
Professor Orientador

_____

Dr. Jorge Renato dos Reis

_____

Dr. Sergio Viana Severo

_____

Dr. Bruno Barbosa Miragem

À minha mãe, sem quem nunca.
Ao meu pai, sem quem nada.
Aos amigos e amigas, sem quem pouco.

La diversité de nos opinions ne vient pas de ce que les uns sont plus raisonnables que les autres, mais seulement de ce que nous conduisons nos pensées par diverses voies et ne considérons pas les mêmes choses. [...] Ainsi, mon dessein n'est pas d'enseigner ici la méthode que chacun doit suivre pour bien conduire sa raison, mais seulement de faire voir en quelle sorte j'ai tâché de conduire la mienne.

René Descartes

É a harmonia das escolhas discretas e dos esforços solitários que compõe a ciência.
Depois de haver sondado o pró e o contra (a luz sombreada do pró e a sombra luminosa do contra) se se decide do lado em que há para nós, neste momento, mais luz.
Sendo homem, fraco e ignorante, atuo com todo o meu coração segundo esta frágil condição, com imperfeições inevitáveis, com possibilidades de incerteza.
Minha decisão não foi a de um deus: depois de haver pesado o provável e o improvável, tomado um partido que minha razão aprovava, sou projetado no sombrio futuro.
Se as conseqüências são danosas, suportarei a censura: aceito-a de antemão, assumo-a em paz.

Jean Guitton

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo apresentar propostas argumentativas ao tratamento jurisprudencial da indignidade sucessória, no que tange, especialmente, à impossibilidade de estender a sua eficácia excludente (da herança) a hipóteses que não se encontrem contempladas no art. 1.814 do Código Civil brasileiro. A estruturação formal dos capítulos desta dissertação constituem-se em degraus convergentes à demonstração dessa hipótese científica. O primeiro capítulo desta dissertação dedica-se à narrativa sobre a construção do Direito das Sucessões a partir de seus aspectos eminentemente filosóficos e sociológicos, tendo por objetivo metodológico precípuo demonstrar que o conceito de herança intestada já foi arquitetado ao redor das mais diversas concepções filosóficas e sociológicas. Esse ponto de partida, salientando os diversificados e contraditórios fundamentos que já foram atribuídos ao Direito das Sucessões, é fundamental ao recorte metodológico do segundo capítulo, qual seja a opção por um estudo dogmático-jurídico da indignidade sucessória. O segundo capítulo desta dissertação dedica-se à exposição dos contornos normativos objetivos e subjetivos através dos quais o Direito brasileiro delimita a noção jurídica de indignidade sucessória. O terceiro capítulo desta dissertação será dedicado à escolha de certa Teoria da Argumentação Jurídica que alcance, simultaneamente, a racionalidade dos pronunciamentos jurisdicionais e a permeabilidade do Direito à realidade social. O quarto capítulo, por fim, congrega o dissenso teórico do primeiro capítulo, os contornos normativos expostos no segundo capítulo, bem como o cabedal hermenêutico ofertado pela Teoria da Argumentação Jurídica escolhida no terceiro capítulo, para demonstrar que a dogmática atual do Direito brasileiro não possibilita que o Poder Judiciário crie situações de indignidade sucessória além das previstas no art. 1.814 do Código Civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Sucessões – Indignidade – Argumentação Jurídica – Robert Alexy.

ABSTRACT

This paper aims to present argumentative proposals to jurisprudential treatment of indignity for succession, regarding especially the impossibility to extend its exclusionary effectiveness to hypotheses that are not specifically addressed in art. 1814 of the Brazilian Civil Code. The formal structure of the chapters of this dissertation are converging to the demonstration of this scientific hypothesis. The first chapter of this dissertation is devoted to the narrative of the construction of the Law of Succession from their eminently philosophical and sociological aspects, aiming to demonstrate that the concept of intestate inheritance has been architected around several philosophical and sociological concepts. This starting point, highlighting the diverse and contradictory foundations that have already been assigned to the Law of Succession, is fundamental to the methodological approach of the second chapter, which is the option for a study of the legal-dogmatic indignity for succession. The second chapter of this dissertation is dedicated to the exposure of normative objective and subjective contours through which Brazilian law defines the legal notion of indignity for succession. The third chapter will be devoted to the choice of certain Legal Argumentation Theory to reach both the rationality of judicial pronouncements and the permeability of Law to social reality. The fourth chapter, finally, brings altogether the theoretical dissent from the first chapter, the normative outlines exposed in the second chapter, as well as the hermeneutic tools offered by the Theory of Legal Argumentation chosen in the third chapter, in order to show that the current Brazilian law does not allow judges to create hypotheses of indignity for succession beyond those expressly provided by art. 1814 of the Brazilian Civil Code.

KEY-WORDS: Law of successions – Indignity – Legal reasoning – Robert Alexy.

ABREVIATURAS

CC	Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/2002)
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal brasileiro (Dec.-Lei nº 2.848/1940)
CPC	Código de Processo Civil brasileiro (Lei n.º 5.869/1973)
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.078/1990)
HC	Habeas Corpus
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

– PRIMEIRA PARTE –
CONSTRUÇÕES E RUPTURAS NO DIREITO DAS SUCESSÕES

CAPÍTULO I – CONSTRUÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES A PARTIR DE NOÇÕES FILOSÓFICAS E SOCIOLÓGICAS 1

1.1 Considerações preliminares 4

1.2 Fundamentos filosóficos e sociológicos do Direito das Sucessões 22
1.2.1 Postura metodológica 23
1.2.2 Escorço histórico 24
1.2.2.1 Antiguidade oriental 25
1.2.2.2 Gregos 27
1.2.2.3 Romanos 30
1.2.2.4 Regimes econômicos feudais 43
1.2.2.5 Glosadores 45
1.2.2.6 Comentadores 46
1.2.2.7 Doutrinas do Direito Natural 47
1.2.2.8 Doutrinas críticas 49
1.2.2.9 Doutrinas jusfilosóficas 55

1.3 Conclusões parciais 57

CAPÍTULO II – RUPTURA NO DIREITO DAS SUCESSÕES A PARTIR DA NOÇÃO DE INDIGNIDADE SUCESSÓRIA 59

2.1 Especificações terminológicas 60
2.1.1.1 Dimensão filosófico-jurídica 67
2.1.1.2 Dimensão sociológico-jurídica 73
2.1.1.3 Dimensão dogmático-jurídica 78
2.1.2 Corte epistemológico 89

2.2 Sistematização da indignidade sucessória e seu regime jurídico no Código Civil brasileiro 92
2.2.1 Sistematização da indignidade sucessória no Código civil brasileiro 92
2.2.1.1 Categorias jurídicas de exclusão da herança no Código civil brasileiro 94
2.2.2 Regime jurídico da indignidade sucessória no Código Civil brasileiro 96
2.2.2.1 Hipóteses legais que dão lugar à indignidade sucessória 100
2.2.2.2 Requisitos legais para que tenha lugar a exclusão da herança por indignidade sucessória 108

2.3 Conclusões parciais 114

– SEGUNDA PARTE –
TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA NO TRATAMENTO DA INDIGNIDADE SUCESSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO

CAPÍTULO III – PROLEGÔMENOS DE UMA TEORIA DO DISCURSO RACIONAL COMO TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA 117

3.1 Limites do discurso prático geral 122

3.2 Teoria da argumentação jurídica como caso especial de discurso prático geral 127
3.2.1 “Tese do caso especial” 127
3.2.2 Caracteres fundamentais da argumentação jurídica 131
3.2.2.1 Justificação interna 132
3.2.2.2 Justificação externa 133
3.2.2.2.1 Argumentação empírica 135
3.2.2.2.2 Argumentação a partir dos cânones de interpretação 136
3.2.2.2.3 Argumentação dogmática *stricto sensu* 143
3.2.2.2.4 Formas especiais de argumentos jurídicos 145
3.2.2.2.5 Argumentação a partir do uso de precedentes judiciais 147
3.2.2.2.6 Argumentos práticos gerais 149

3.3 Conclusões parciais 152

CAPÍTULO IV – PROPOSTAS À RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA NO TRATAMENTO DA INDIGNIDADE SUCESSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO 155

4.1 Recolocação do problema 156

4.2 Notícia de Direito Comparado 158
4.2.1 Alemanha 160
4.2.2 Argentina 162
4.2.3 Bélgica 163
4.2.4 Espanha 163
4.2.5 França 164
4.2.6 Itália 166
4.2.7 Portugal 167

4.3 Propostas à racionalidade argumentativa no tratamento da indignidade sucessória no direito brasileiro 170
4.3.1 Justificação interna 171
4.3.2 Justificação externa 177
4.3.2.1 Argumentação empírica 178
4.3.2.2 Argumentação a partir dos “cânones de interpretação” 178
4.3.2.3 Argumentação dogmática 196
4.3.2.4 Formas especiais de argumentos jurídicos 207
4.3.2.5 Argumentação a partir de precedentes 215

CONCLUSÕES 241
REFERÊNCIAS 254

INTRODUÇÃO

Todo trabalho do pensamento nasce de uma concentração intelectual tendo por base uma emoção pura[1]. Este trabalho foi escrito por um pesquisador de Direito Civil que se encantou com a argumentação jurídica e com a Teoria Geral do Direito. Em termos concretos, este trabalho foi escrito por um pesquisador que se deparou com um problema do Direito Civil e tenta resolvê-lo a partir da argumentação jurídica. Essa premissa, por si só, já explica a metodologia adotada e a eventual disparidade entre os marcos teóricos correspondentes às duas partes de que se compõem o presente trabalho.

Para comprazer à princesa Isabel, cujo espírito admirava, René DESCARTES escreveu um pequeno tratado sobre os sentimentos. Seguindo, ao mesmo tempo, o gosto de seu século e as regras do seu método, procurou reduzir os sentimentos a um sentimento primeiro e fundamental, do qual se pudessem deduzir todos os demais. O sentimento primitivo e essencial, nessa linha de pensamento, não era o amor (como mais tarde para BOSSUET), tampouco o desejo ou a vontade de afirmar-se (como, também mais tarde, pareceria a SPINOZA), mas sim "*l'admiration*"[2].

A ambiência doutrinária brasileira, majoritariamente considerada, relegou o estudo acadêmico do Direito das Sucessões a um lugar subalterno no horizonte do pensamento jurídico: estatisticamente considerados, existe uma desproporcionalidade (negativamente) admirável entre o número de teses/dissertações versando a temática do último livro do Código Civil de 2002 e, por exemplo, o número de teses/dissertações sobre o Direito das Obrigações ou sobre o Direito Empresarial[3]. Como faremos questão de explicitar na seção própria, existem razões filosóficas e culturais que explicam esse fenômeno, muitas das quais justificam, ao revés, nossa admiração pelo tema.

---

[1] Alocução pronunciada por Henri Bergson em 27 de Dezembro de 1923 por ocasião da celebração do trintenário da Revista de Metafísica. Cf. HOUSSON, Leon. *L'intellectualisme de Bergson.* Paris: PUF, 1947. p. 193

[2] DESCARTES, René. Traité des passions. In: *Œuvres complètes.* Paris: Charpentier, 1850. p. 549, n. 53.

[3] Nossa constatação encontra eco, por exemplo, em José de Oliveira Ascensão, para quem: *"O Direito das Sucessões é, como o Direito das Coisas e ao contrário do Direito das Obrigações, do Direito Comercial e do Direito Penal, por exemplo – um ramo relativamente abandonado da ciência jurídica. Mesmo em países cientificamente dos mais adiantados, como a Alemanha, este desinteresse se verifica"* (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Sucessões. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 22).

DESCARTES continua: à admiração junta-se a estima, ou o desprezo, em relação ao objeto admirado, de acordo com sua grandeza ou pequeneza[4]. Por ora, dizíamos, importa tão somente consignar nosso distanciamento do grande número da doutrina civilista brasileira, no que tange ao apequenamento do trato científico do Direito das Sucessões.

A fim de que essa pesquisa perseguisse a adjetivação "científica" – evitando, pois, aquele foco difuso caracterizador dos trabalhos que se propõem à horizontalidade no tratamento de todo um ramo do Direito – tivemos que restringir tanto o objeto de estudo quanto a maneira de estudá-lo. Em sintética dicotomia, cujas propriedades diferenciadoras serão explicitadas no corpo do texto, visualizamos o Direito das Sucessões em áreas normativas de construção, de um lado, e de ruptura, de outro.

Contemplamos, ainda, diversas outras disposições do quinto livro do CC que, em tese, não se amoldam com propriedade, nem à dimensão normativa de "construção", nem à dimensão normativa de "ruptura". Constituem, a nosso ver, expedientes técnicos dos quais o ordenamento deve se ocupar com o propósito de assegurar a racionalidade do sistema de construções e rupturas do Direito das Sucessões. Exemplos paradigmáticos são a disciplina legal do inventário e da partilha, da herança jacente e da petição de herança. Constituem expedientes técnicos a que o Direito recorre para não deixar a descoberto as externalidades às quais se pode sujeitar a relação jurídica sucessória, sem que, com isso, operem no sentido de sua construção ou ruptura. Por ora, interessa-nos, tão somente, a ruptura.

A dimensão normativa cujo traço distintivo denominamos "ruptura" abarca, no quinto livro do CC, as categorias jurídicas de exclusão da herança que independem de qualquer ato de herdeiro merecedor de sanção jurídica (tais as ilegitimidades sucessórias passivas) e as que, ao contrário, dependem de ato do herdeiro (tais as hipóteses que ensejam a deserdação e a indignidade sucessórias).

O tema que despertou nossa admiração em sentido cartesiano é a categoria jurídica de exclusão da herança oriunda da sanção, por parte do ordenamento jurídico, ao ato do herdeiro. Entre as duas espécies desse gênero – deserdação e

---

[4] DESCARTES, René. Traité des passions. In: *Œuvres complètes.* Paris: Charpentier, 1850. p. 550. n. 54.

indignidade sucessória –, muito embora dediquemos uma seção do trabalho à diferenciação entre elas, elegemos a indignidade sucessória.

Não estamos sozinhos nessa admiração: Ronald DWORKIN, prestigiado jusfilósofo norte-americano, já em 1986, buscava exemplos a partir dos quais pudesse fornecer "*in a more general way, some sense of the actual tone and texture of legal argument"*[5]*.* Nas páginas iniciais de seu "O império do Direito", traz à baila o caso de um jovem que, ciente da existência de um testamento em seu favor, providencia o envenenamento e morte de seu avô ("*Elmer's case*" - 1882). Descoberto o crime, Elmer não só é condenado à prisão, como tem seu direito ao legado testamentário contestado por suas tias.

A Suprema Corte de Nova Iorque, constatando a ausência de um *"statute"* disciplinador da hipótese, se depara com um dilema sintetizado na postura de dois dos seus juízes integrantes. De um lado, o *"Judge Gray",* seguindo um "significado fora de contexto" (*"acontextual meaning"*), de modo que, diante da ausência de exceção legal específica no que atine a envenenadores, não se poderia negar a Elmer um legado higidamente constituído. Essa conclusão é robustecida por outra premissa: o tratamento legislativo de questões sucessórias visa atribuir, sobretudo, segurança ao testador, no sentido de que sua última vontade seja cumprida tal como indicada, protegida de manipulações por quem quer seja[6]. De outro lado, o voto do "*Judge Earl"*, que elabora diferente "teoria da legislação", segundo a qual importa descobrir a intenção dos legisladores. Segundo esse paradigma, seria absurdo presumir que os legisladores de Nova Iorque pretendessem atribuir direitos sucessórios a assassinos, de maneira que, na ausência de letra expressa, os juízes deveriam construir um *"statute"* mais próximo possível dos princípios gerais de Direito.

Sem denunciar adesão, Ronald DWORKIN conclui que o caso demonstra brilhantemente o seu ponto: os juízes não discutem se devem ou não seguir o Direito; discutem sobre o que deve se entender por Direito no caso concreto. A partir dessa constatação, o referido autor desenvolverá sua complexa compreensão a

---

[5] DWORKIN, Ronald. *Law's empire.* Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 15.

[6] DWORKIN, Ronald. *Law's empire.* Oxford: Hart Publishing, 1998. p.18: *"Perhaps Elmer's grandfather would have preferred his property to go to Goneril and Regan in the event that Elmer poisoned him. But perhaps not: he might have thought that Elmer, even with murder on his hands, was still a better object for his generosity than his daughters. It might be wiser in the long run for judges to assure testators that the statute of wills will be interpreted in the so-called literal way so that testators can make any arrangements they wish, confident that their dispositions, however amusing, will be respected".*

respeito do fenômeno jurídico, a qual não nos interessa neste trabalho. De nossa parte, tomaremos o *"Elmer's case*" tão somente para ilustrar as distintas camadas do pensamento jurídico que se podem ocultar nas dobras de uma singela categoria do Direito Civil.

No direito brasileiro, horizonte no qual se situa esta dissertação, a indignidade sucessória integra o regime sucessório previsto dos arts. 1.814 a 1.818 do CC. Esta dissertação pretende desenvolver a seguinte pergunta: é possível, consideradas as exigências constitucionais a que se submete o Poder Judiciário, sobretudo o dever de fundamentação, que os juízes alarguem as hipóteses que o legislador selecionou como aptas a deflagrar a exclusão da herança em razão de indignidade sucessória? Como dito, a pergunta pretende ser desenvolvida – e não definitivamente respondida – a partir de um determinado marco teórico, qual seja a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert ALEXY. As razões que nos levaram a essa escolha serão minudenciadas no decorrer deste trabalho, cabendo ressaltar, contudo, desde logo, a importante função desempenhada pelos argumentos jurídico-dogmáticos nesse marco teórico.

No fundo, escrevia Jean GUITTON, "uma admiração resulta de um contato entre o nosso espírito e o ser – embora sejam diversos os aspectos do ser, este é uno. Se soubéssemos uma só coisa a fundo, e conhecêssemos as analogias da natureza, não ficaríamos longe de tudo saber"[7]. Estamos convictos de que a singeleza dessa categoria do Direito Privado, associada às dificuldades que pretendemos apontar no seu trato jurisprudencial, é tão somente ilusória. A investida racionalizante, suscitada em nossas propostas dogmáticas ao tratamento da indignidade sucessória, contra qualquer tipo de arbítrio – e em especial, o do Poder Judiciário – é extensível aos demais ramos do ordenamento jurídico brasileiro. Desde o advento da CF, o rigor exigido na fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais é instrumento de controle racional do poder que oculta (e que se oculta).

Nossa escolha, pois, leva em conta o fato de estar o Direito suscetível, quando da sua aplicação no plano dos fatos, às vicissitudes do Homem e suas visões de mundo – repetia VALÉRY: *"Les livres ont les mêmes ennemis que*

---

[7] GUITTON, Jean. *Nova arte de pensar.* Tradução de Gabriel Martin. São Paulo: Paulinas, 1964. p. 37.

l'homme: le feu, l'humide, les bêtes, le temps; et leur propre contenu"[8] –, mormente quando se trata de operacionalizar uma categoria de exclusão da herança que carrega, já na etimologia de seu nome, as possibilidades todas de seu maltrato. Essa nossa impressão se deve – e os acórdãos analisados no quarto capítulo o demonstrarão – à tendência de que o alto grau de reprovabilidade contido nas hipóteses de indignidade sucessória acabe por subtrair (por meio das vias transversas da interpretação jurídica), do herdeiro que as executa, as garantias asseguradas aos demais indivíduos. Dito de outra forma, enfrentar essa temática parece instaurar nos juristas a sensação de que a palavra se despe do contexto jurídico que lhe confere significado, sendo possível tachar o herdeiro com a pecha de "indigno" – aquele que é desprovido de dignidade.

Permitindo-nos insistir, com alguma licença poética, no exemplo do baluarte do racionalismo continental, não seria qualquer originalidade nossa transpor os labirintos do pensamento cartesiano aos trópicos. Paulo LEMINSKI, em "Descartes com lentes", atribuíra singulares reflexões ao pensador francófono, seja quanto à paisagem, seja quanto ao próprio exercício do pensar[9].

Tais constatações pertinentes ao contexto jurídico-cultural brasileiro matizam nossa investigação em um sentido muito específico. Isso porque, em uma sociedade pautada pelo patriarcalismo culturalmente arraigado e pela sombra constante do "homem cordial"[10], a cultura jurídica brasileira está fadada a arcar com o ônus – talvez maior que noutras civilizações – de um policiamento ainda mais ostensivo de seus raciocínios (que se queiram) jurídicos. A tentação de ceder ao calor de uma piedade humana, sincera ou não, abre espaço à colonização do Público pelo Privado e, não por acaso, encontra nos juristas brasileiros alvos mais suscetíveis.

Nessa ordem de idéias, uma observação é fundamental à feitura deste trabalho. O Direito Privado é nomologicamente prenhe dos sentimentos mais

---

[8] VALÉRY, Paul. Littérature. In: *Tel quel.* Paris: Gallimard, 1941. p. 127.

[9] Algumas das mais brilhantes passagens em LEMINSKI, Paulo. Descartes com lentes. In: *Buquinista.* Curitiba: Fundação Cultural de Curitiba, 1993. p. 1-11, 13, *passim*: *"Ego, Renatus Cartesius, cá perdido neste labirinto de enganos deleitáveis, vejo o mar, vejo a baía e vejo as naus. Vejo mais. Já lá vão três anos que deixei a Europa e a gente civil: lá presumo morrer à sombra de meus castelos e esferas armilares, jazendo na ordem de meus antepassados. [...] A humana criatura aqui não mais 'substância pensante', mas substância pesando, substância substante, que sei? Aciência do silêncio e do pensar violento. [...]* ***Vim com as naus de Nassau para expor meu método às tentações deste mundo, para prová-lo nesta pedra-de-toque, mas meu pensar bate nessa pedra - e o eco é pleonasmo, é tautologia, eco a mesmice; reflete, devolve e recusa: siso de Narciso****".*

[10] Por todos, vide HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* Rio de Janeiro: José Olympio, 1981. p. 105 *et seq.*

humanos, resultado mesmo de sua missão disciplinadora do cotidiano. O aspecto a ser problematizado nesta dissertação diz, de maneira muito íntima, com a transposição desses sentimentos aos estudiosos e aos aplicadores do Direito Privado.

A categoria jurídica da indignidade sucessória – em razão da hediondez dos fatos que historicamente lhe dão ensejo – põe à mostra, de maneira exemplar, essa problemática, a qual, além de justificar a eleição de nosso objeto de estudo, circunscreve, igualmente, nosso método. Tomarei de empréstimo a atitude científica adotada por Michel VILLEY, quando se debruçou sobre os direitos humanos: deixaremos de lado, enquanto durar este trabalho científico, qualquer engajamento sentimental[11]. Qualquer ato de violência (física, psíquica, sexual, moral, etc.) entre indivíduos conectados por laços de sangue e de afeto já conta, sem que para isso seja necessário escrever uma só página, com o repúdio merecido pela sua ignomínia. Já que nos dispusemos a escrever mais de uma só página, colocaremos, por ora, entre parênteses os bons sentimentos, cuja nobreza em nada acresce à racionalidade da argumentação jurídica.

Nesse paradigma, jurídico e cultural, esta dissertação tem por objetivo apresentar propostas argumentativas ao tratamento jurisprudencial da indignidade sucessória, no que tange, especialmente, à impossibilidade de estender a sua eficácia excludente (da herança) a hipóteses que não se encontrem contempladas no art. 1.814 do CC. A estruturação formal dos capítulos desta dissertação constituem-se em degraus convergentes à demonstração dessa hipótese científica.

O primeiro capítulo dessa dissertação dedica-se à narrativa sobre a construção do Direito das Sucessões a partir de seus aspectos eminentemente filosóficos e sociológicos, tendo por objetivo metodológico precípuo demonstrar que o conceito de herança intestada já foi arquitetado ao redor das mais diversas concepções filosóficas e sociológicas. Esse ponto de partida, salientando os diversificados e contraditórios fundamentos que já foram atribuídos ao Direito das Sucessões, é fundamental ao recorte metodológico do segundo capítulo, qual seja a opção por um estudo dogmático-jurídico da indignidade sucessória.

---

[11] Confira-se VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme.* Paris: PUF, 2009. p. 16-17.

O segundo capítulo desta dissertação dedica-se à exposição dos contornos normativos objetivos e subjetivos através dos quais o Direito brasileiro delimita a noção jurídica de indignidade sucessória.

O terceiro capítulo desta dissertação será dedicado à escolha de certa Teoria da Argumentação Jurídica que alcance, simultaneamente, a racionalidade dos pronunciamentos jurisdicionais e a permeabilidade do Direito à realidade social. O estabelecimento dessas duas exigências garantirá que a postura metodológica adotada observe, de um lado, os necessários caracteres da isonomia e da previsibilidade na aplicação do Direito e, de outro, a insuficiência de um modelo de aplicação exclusivamente subsuntivo.

Por fim, o quarto capítulo congrega o dissenso teórico do primeiro capítulo, os contornos normativos expostos no segundo capítulo, bem como o cabedal hermenêutico ofertado pela Teoria da Argumentação Jurídica escolhida no terceiro capítulo, para demonstrar que a dogmática atual do Direito brasileiro não possibilita que o Poder Judiciário crie situações de indignidade sucessória alheias aos requisitos subjetivos e objetivos do art. 1.814 do Código Civil brasileiro.

Já se considerou como "experiência eterna" o fato de que "todo homem que tem poder tende a abusar dele"[12]. Atribui-se, por outro lado, a John E. E. DALBERG-ACTON o axioma segundo o qual "o poder tende a corromper; o poder absoluto corrompe absolutamente". De nossa parte, estamos convictos de que somente a natureza jurídica da argumentação assegura seus próprios limites: quando os argumentos são relativamente jurídicos, os limites não serão mais do que relativos.

---

[12] MONTESQUIEU, Charles Louis Secondat, Baron de. *L'Ésprit des lois.* Paris: Garnier Frères, 1869. p. 142. Tome Premier. Livre XI. Chapitre IV : *"c'est une expérience eternelle, que toute homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ».*

– PRIMEIRA PARTE –

CONSTRUÇÕES E RUPTURAS NO DIREITO DAS SUCESSÕES

A primeira parte desta dissertação cuidará de assentar as premissas a partir das quais desenvolveremos nossa hipótese a propósito do caráter taxativo das hipóteses de indignidade sucessória.

No primeiro capítulo, explorando a construção Direito das Sucessões a partir de seus aspectos eminentemente filosóficos e sociológicos, demonstraremos que o conceito de herança intestada já foi arquitetado ao redor das mais diversas concepções. Esse ponto de partida, salientando os diversificados e contraditórios fundamentos que já foram atribuídos ao Direito das Sucessões, é fundamental ao recorte metodológico do segundo capítulo, qual seja a opção por um estudo dogmático-jurídico da indignidade sucessória.

Após essas premissas metodológicas, frisando, no mínimo, os aspectos dos quais não trataremos, estaremos em condições de verticalizar, já na segunda parte desta dissertação, nossa análise até os diversificados argumentos que nos levam a afirmar, no atual estágio da dogmática brasileira, que não há espaço teórico suficiente à extensão judicial das hipóteses de indignidade sucessória.

CAPÍTULO I – CONSTRUÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES A PARTIR DE NOÇÕES FILOSÓFICAS E SOCIOLÓGICAS

A ambiência doutrinária brasileira, majoritariamente considerada, relegou o estudo acadêmico do Direito das Sucessões a um lugar subalterno no pensamento de seus juristas. José de Oliveira ASCENSÃO situa essa problemática na discussão a respeito da autonomia científica do Direito das Sucessões. Segundo o autor, o Direito das Obrigações e o Direito das Coisas regulam categorias próprias de direitos subjetivos, enquanto o Direito da Família e o Direito das Sucessões se podem referir a toda e qualquer categoria de direitos. Na verdade, se as vicissitudes comuns das situações jurídicas são pacificamente estudadas na Parte Geral, o autor questiona a especialidade desse tratamento no quinto livro do Código Civil português.

Essa "especificidade autonomizante" se dá, segundo o autor, sob o ponto de vista prático, porque a aquisição por morte implica a especificação de uma grande massa de preceitos, com um caráter fortemente unitário, que justificam uma indagação própria. Do ponto de vista científico, por outro lado, no núcleo desta disciplina deveríamos colocar o fenômeno sucessório, pois se estende a todas as formas de aquisição por morte que aqui são estudadas. O caráter unitário desse fenômeno pode levar à elaboração de princípios próprios, o que tem sido exigido como condição de autonomia de um ramo do Direito[13]. Voltaremos a esse aspecto no quarto capítulo desta dissertação.

Acreditamos existir, além dessas que foram declinadas pelo civilista português, algumas outras razões, de ordem filosófica e cultural, que explicam esse fenômeno, muitas das quais justificam, ao revés, nossa admiração (cartesiana) pelo tema.

A cultura ocidental, sob a influência de correntes filosóficas deificantes da dignidade do ser humano – ornado com a qualidade de razão e objetivo de tudo o que há no mundo –, repudia a morte, a qual representa, sob esse ponto de vista, o termo de uma trajetória de auto-afirmação e de autonomia moral – qualquer liberdade, então, é "*liberdade passada".* Isso, talvez, explique o porquê de algumas correntes teóricas mais recentes direcionarem sua análise a determinados ramos do

[13] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Sucessões. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 34.

Direito Civil que lidem com uma "*liberdade presente":* Direito das Obrigações, Direitos Reais e Direito de Família.

O raciocínio parece ser corroborado pela constatação de que, dentro do Direito das Sucessões, um dos temas mais estudados seja a projeção da liberdade humana para além de sua finitude existencial: o testamento, cujas raízes romanas antecedem mesmo à sucessão "*ab intestato"*, é a juridicização quase religiosa de uma vontade sequiosa de infinitude[14].

Essas considerações ilustram o cenário em que se desenvolve esta dissertação e põem à mostra, de plano, que nossos propósitos enfrentarão, no mínimo, resistências de duas ordens: escreveremos, de um lado, a respeito de tema apático à cultura filosófica predominante e, de outro, a partir de uma perspectiva epistêmico-jurídica vitimada por um preconceito secular.

Com relação à primeira, grassa a idéia segundo a qual "morrer é triste demais sob vários aspectos, sobretudo é muito solitário, muito mecânico e desumano"[15]. Com relação à segunda, as gerações mais recentes de juristas parecem dotadas de um raciocínio silogístico inabalável: qualquer proposta teórica que estimule o apego do Poder Judiciário ao normatizado pelo Poder Legislativo é, paradoxal e simultaneamente, reacionária e merecedora de proscrição. Sob esse ponto de vista, esta dissertação não se encaixa em certa tendência doutrinária, cujo caráter "politicamente correto"[16] parece estar em voga. Estamos convictos de que essas duas resistências, tais como aqui postas, são "leitos de Procustro" do pensamento em geral e, em especial, do pensamento jurídico.

A segunda resistência, a respeito da perspectiva dogmática e seu paradoxal exílio da doutrina contemporânea, será abordada no segundo capítulo desta dissertação. A primeira resistência, por outro lado, a respeito do caráter indigesto da

---

[14] LERMINIER, Eugène. *Introduction générale à l'histoire du droit.* Paris: Alexandre Mesnier, 1829. p. 349: "*En nous plaçant dans la réalité, domaine veritable de lois sociales, nous legitimerons le testament comme un acte nécessaire de la liberté humaine**. La faculté de tester a sa raison philosophique dans le sentiment profond de la liberté individuelle de l'hombre possedé de l'imperissable besoin de vouloir et graver sur sa tombe sa volonté comme un epitaphe**".* Grifos nossos.

[15] KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer.* 9.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 12 *et seq.*

[16] A respeito dos constrangedores deslizes (históricos, filosóficos e conceituais) acomodados por discursos tidos como "politicamente corretos", vide a intrigante crônica de ECO, Umberto. Sobre o politicamente correcto. In: _____. *A paso de cangrejo.* Artículos, reflexiones y decepciones. Traducido por Maria Pons Irazazábal. Buenos Aires: Debate, 2007. p. 110-118, *passim.* No recente cenário editorial brasileiro, cite-se ainda a fabulosa monografia de PONDÉ, Luiz Felipe. *Guia politicamente incorreto da filosofia.* São Paulo: LEYA, 2012. Voltaremos a esse ponto quando do tratamento dogmático-jurídico a que se dedica, em especial, o quarto capítulo desta dissertação.

temática enfrentada, relaciona-se em certa medida com as reflexões a serem desenvolvidas neste primeiro capítulo. A despeito da hostilidade que a nossa finitude possa causar, a inexorabilidade que lhe caracteriza exige regramento e, portanto, pensamento. Já em 1977, Elias CANETTI o pressentira: "Calar-se sobre a morte? Quanto tempo você consegue?"[17]. Refletindo a respeito da morte, demarcando os limites materiais de sua repercussão, talvez o ser humano seja capaz de aceitá-la progressivamente e com menor desconforto. Na elegante síntese de COMTE-SPONVILLE, "Pensá-la [a morte] sempre, seria pensar demais; não fazê-lo nunca, seria renunciar ao pensamento"[18].

Esse exercício – de regramento e de aceitação – tem um longo desenvolvimento histórico, ao qual se dedica, instrumentalmente aos propósitos desta dissertação, o primeiro capítulo. A instrumentalidade referida revela-se no evidente caráter não exaustivo dos autores citados: trata-se, tão somente, de contextualizar a construção do Direito das Sucessões ao redor de concepções filosóficas e sociológicas no grande horizonte da genérica perplexidade do Homem em relação à Morte.

1.1 Considerações preliminares

Em que pese seja a mais democrática das vicissitudes a que se encontra sujeito o Homem, a morte é um escândalo existencial. A morte escandaliza porque escapa à planificação[19]. Ademais, em tempos de miraculosa tecnologia, a morte é vista como um fracasso da Razão humana em seu flanco mais sensível: preservar a vida dos que dela dispõem.

Essa capitulação, aliás, não tem nada de recente e foi apreendida com felicidade na fábula "Encontro em Samarra": um servo defrontou-se com a morte, velha encarquilhada com vestes negras, na praça do mercado e achou que ela o ameaçara. Apavorado, cavalga o corcel de seu amo até Samarra. O patrão vai à procura da Morte e indaga: "Por que ameaçou meu criado esta manhã?". A ineludível replica: "Não foi uma ameaça. Foi um movimento de surpresa. Fiquei

---

[17] CANETTI, Elias. *Sobre a morte.* Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 71.

[18] COMTE-SPONVILLE, André. *Présentations de la philosophie.* Paris: Albin Michel, 2000. p. 66. Tradução livre.

[19] BAUDOIN, Jean-Louis; BLONDEAU, Danielle. *La ética ante la muerte y el derecho a morir.* Traducido por David Chiner. Barcelona: Herder, 1995. p. 44-45.

espantada ao ver o seu criado ainda em Bagdá, visto que eu tinha um encontro com ele hoje à noite em Samarra".

É de Jean BAUDRILLARD a observação segundo a qual é tentando escapar ao nosso destino que para ele corremos com mais certeza[20]. A respeito da fábula, o mesmo autor escreveu:

> Cada um busca a sua própria morte e os atos falhos são os mais bem sucedidos. [...] A morte não é um destino objetivo, mas um encontro marcado. [...] A própria morte é apenas um elemento inocente, e isso faz a secreta ironia da narrativa, pela qual se distingue de um apólogo moral ou de uma história vulgar de pulsão de morte, resolvendo-se em nós como um tirada de espírito, na sublimidade do prazer[21].

Conforme salientado linhas atrás, existe uma genérica perplexidade do Homem em relação à Morte, cuja análise, ainda que perfunctória, é útil à compreensão do objetivo a que se destina este primeiro capítulo: demonstrar que o nascedouro do Direito das Sucessões se dá ao redor de concepções filosóficas e sociológicas, as quais, como se verá na seqüência, não conhecem unanimidade nem em suas premissas, nem em suas conclusões. Essa ausência de consenso, por sua vez, será utilizada como paradigma comparativo no segundo capítulo, ao justificarmos nossa escolha metodológica.

Por ora, convém que enfoquemos a referida perplexidade genérica na qualidade de contexto, horizonte cultural no qual se insere o Direito das Sucessões. Mais uma vez, o caráter instrumental da seção impõe-nos o exercício de síntese: restringiremos a análise dessa perplexidade genérica por meio de sua pluralização em três perplexidades específicas, quais sejam a psicanalítica, a literária e a filosófica.

A perplexidade psicanalítica diz com a (tentativa de) administração da morte através da instrospecção psicológica e já mereceu críticas de estudiosos da área. De acordo com Ernest BECKER, a psicanálise mal-conduzida pode empobrecer a vida emocional do paciente diante da Morte. Segundo o autor, nem tudo é clinicamente explicável e, caso a criatura fique privada do absoluto mistério de que se revestem muitos aspectos da vida, tudo o que resta é o Homem que tudo explica – nesses casos, o paciente se apega ao analista com toda a sua força e tem pavor

---

[20] Interessantíssimas conexões podem ser feitas, nesse sentido, com o texto SARTRE, Jean-Paul. *Le mur.* Paris: Gallimard, 2010. p. 13 *et seq.*

[21] BAUDRILLARD, Jean. *Da sedução.* Traduzido por Tânia Pellegrini. 3.ed. São Paulo: Papirus, 2004. p. 82-83.

de dar a análise por encerrada[22]. Trata-se, contudo, de exceção à presunção de bons profissionais, os quais auxiliam os pacientes em face de uma das "cinco catástrofes do eu" (em conjunto com a solidão, a doença, o fechamento e a loucura)[23].

Impossível falar desse tipo específico de perplexidade sem mencionar Sigmund FREUD, o qual constatou o "silenciamento" da morte, a partir da impossibilidade de imaginar-se a própria morte. Segundo o autor, "ainda que se tente visualizar, a postura é sempre de um espectador. Por isso, a escola psicanalítica pode aventurar-se a afirmar que no fundo ninguém crê na própria morte, ou, dizendo a mesma coisa de outra maneira, que no inconsciente cada um de nós está convencido de sua própria imortalidade"[24]. O foco da psicanálise acaba por recair sobre as situações em que a morte apanha os familiares, quando "enterramos com ele as nossas esperanças, as nossas aspirações e os nossos gozos, não queremos consolar-nos e recusamo-nos a toda a substituição do ente perdido"[25].

Pensar sobre os mortos, escreveu Elias CANETTI, são tentativas de reanimá-los – o vício de reanimação é a semente de toda crença. Sente-se uma dívida incomensurável em relação aos mortos, a de não se conseguir trazê-los de volta. Nos dias de maior vida e felicidade, escreve o autor, é que a culpa é maior[26].

De certa forma, salienta FREUD, o homem das épocas pré-históricas sobrevive inalterado em nosso inconsciente, o qual não crê em sua própria morte, mas concebe – por vezes, deseja – a morte do outro. A blindagem contra a morte com que cada indivíduo recobre a si mesmo não alcança a vida alheia: a morte de estranhos e de inimigos é aceita com naturalidade, sendo certo que, inconscientemente, o ser humano está sempre a desejar a morte do outro[27]. As

---

[22] BECKER, Ernest. *A negação da morte.* Uma abordagem psicológica sobre a finitude humana. São Paulo: Record, 2007. p. 238 *et seq.*

[23] MOLFFATT, Alfredo. *Terapia de crise:* teoria temporal do psiquismo. São Paulo: Cortez, 1982. p. 95.

[24] Não a encontrando no vernáculo, consultamos FREUD, Sigmund. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud.* 11.ed. Rio de Janeiro: Imago, 1974. p. 327. Volume 14.

[25] FREUD, Sigmund. A nossa atitude diante da morte. In: *Escritos sobre a guerra e a morte.* Traduzido por Artur Morão. p. 19. Disponível em www.lusofia.net. Acesso em 27.12.2011.

[26] CANETTI, Elias. *Sobre a morte.* Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 42.

[27] FREUD, Sigmund. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud.* 11.ed. Rio de Janeiro: Imago, 1974. p. 335. Volume 14: *"Se o inconsciente não executa o ato de*

massas de mortos, segundo CANETTI, não são apenas praticáveis – são desejadas para valorizar a sobrevivência[28].

Um consolo viável, ao menos no que tange à morte dos familiares e amigos, é procurar compensação no mundo ficcional da literatura, do teatro ou do cinema. Em seu "*Der Dichter und das Phantasieren*", FREUD afirma que é por meio da ficção que ocorre a reconciliação com a morte, pois nela encontramos a pluralidade de vidas de que necessitamos. Morremos com o herói com o qual nos identificamos; sobrevivemos a ele, estando prontos a morrer novamente com outros heróis[29].

Curiosidade intrigante o fato de os heróis – quaisquer personagens literários que nos chamem a atenção – terem sua imortalidade sublinhada pela morte, com todas as circunstâncias que a narrativa nos puder oferecer[30]. O luto do leitor é sofisticado; o seu renascer, mais glorioso. Eis a razão por que morrer na ficção apascenta os que a ela se entregam: personagens que cortejam a morte representam a inversão irônica da situação a que pertencem os habitantes da vida real, onde é a morte quem nos corteja.

Essa linha de pensamento conduz à segunda perplexidade específica – a literária –, com a qual sofreremos ainda mais no exercício de síntese. Com efeito, a humanidade prescindiu da recomendação de FREUD a respeito desse consolo literário: as obras (contos, romances, poemas, etc.) cuja temática tangencia a morte são incontáveis e datam muito antes do século XX, culminando na provocação de Marcel PROUST, ao afirmar que "a verdadeira vida, a vida enfim descoberta e esclarecida, a única vida realmente vivida, é a literatura"[31]. Acrescenta André

---

matar, ele simplesmente pensa e o deseja...Em nossos impulsos inconscientes, diariamente e a todas as horas, nos livramos de alguém que nos atrapalha, de alguém que nos ofendeu ou nos prejudicou".

[28] CANETTI, Elias. *Sobre a morte.* Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 133.

[29] Não a encontrando no vernáculo, consultamos a tradução francesa: FREUD, Sigmund. Le créateur littéraire et la fantasie. In: *L'inquiétante étrangeté et autres essais.* Traduit de l'allemand par Bertrand Féron. Paris: Gallimard, 2011. p. 41: *"Quand à la fin du chapitre d'un roman, j'ai quitté le héros sans connaissance, perdant son sang par des blessures graves, je suis sûr de le trouver au début du suivant, objet des soins les plus attentifs et en voie de rétablissement; et quand le premier volume s'est terminé par le naufrage dans la tempête du bateau sur lequel se trouvait notre héros, je suis sûr d'entendre parler au commencement du deuxième volume de son sauvetage miraculeux, sans lequel, du reste, le roman ne pourrait continuer".*

[30] A observação é de POTKAY, Adam. *A história da alegria.* Traduzido por Eduardo Henrik Aubert. São Paulo: Globo, 2010. p. 236.

[31] PROUST, Marcel. *Le temps retrouvé.* Paris: Gallimard, 1989. p. 202. Trata-se de tradução livre do trecho: *"La vraie vie, la vie enfin découverte et éclaircie, la seule vie par conséquent réellement vécue, c'est la littérature".*

COMTE-SPONVILLE: “O mundo é o verdadeiro espelho, onde o Homem se busca. A arte não é mais do que um reflexo, onde ele se encontra”[32].

Em data incerta, perdida nos anos escuros do séc. V d.C., estima-se tenha sido escrito o maior libelo medieval contra a mortalidade: Johannes VON TEPL narra a história de um pastor da Boêmia que, revoltado pela morte da esposa, tem a singular oportunidade de reclamar junto à Morte. O debate é rico em reflexões, as quais são, de certa forma, reaproveitadas por SCHOPENHAUER séculos após:

> Tão logo um ser humano nasce, ele brinda ao acordo segundo o qual deve morrer. O fim é irmão do começo. Aquele que vai é obrigado a voltar. […] Um ser humano deve devolver o que tomou emprestado. Todos os seres humanos são estranhos na Terra. Devem passar do "algo" para o "nada". [...] Em curtas palavras: todo ser humano é credor e herdeiro da morte. Se tu lamentas a juventude da tua mulher, tu estás errado: tão logo o ser humano tem vida, já tem idade suficiente para morrer[33].

Fiódor DOSTOIEVSKI submeteu os seus "heróis bizarros"[34] a diversos protagonismos da morte: o vórtice da aniquilação psicológica em que consiste a história de Raskolnikov, em “Crime e Castigo”, cindido pela ambição e pela culpa[35]; o apagar das luzes da desconcertante inaptidão existencial do príncipe Michkín, em “O Idiota”[36]; o catalisador do enfrentamento explosivo d“Os Irmãos Karamázov”[37].

Lev Nikolaevitch TOLSTÓI, segundo o prestigiado crítico Harold BLOOM, constitui um dos cânones literários da "Era Democrática", destinando à morte não um vulgar medo, senão o antagonismo de sua vitalidade existencial[38]. Em novela

---

[32] COMTE-SPONVILLE, André. *Présentations de la philosophie.* Paris: Albin Michel, 2000. p. 133. Tradução livre.

[33] VON TEPL, Johannes. *Der Ackermann aus Böhmen*. Stuttgart: Reclam, 1951. XX. Kapitel. Trata-se de tradução livre de alguns dos trechos que seguem: *"Weistu des nicht, so wisse: als balde ein mensche geboren wirt, als balde hat es den leikauf getrunken, das es sterben sol. Anfanges geswistreit ist das ende. Wer ausgesant wirt, der ist pflichtig wider zu kumen. Was ie geschehen sol, des sol sich niemant widern. Was alle leute leiden mussen, das sol einer nicht widersprechen. Was ein mensche entlehent, das sol es widergeben. Ellende bawen alle leute auf erden. Von ichte zu nichte mussen sie werden. Auf snellem fusse leufet hin der menschen leben; iezunt lebend, in einem hantwenden gestorben. Mit kurzer rede beslossen: iedes mensche ist vns ein sterben schuldig vnd es anerbet zu sterben. Beweinestu aber deines weibes jugent, du tust vnrecht; als schiere ein mensche lebendig Wirt, als schiere ist es alt genug zu sterben. Du meinest leichte, das alter sei ein edel hort. Nein, es ist suchtig, arbeitsam, vngestalt, kalt vnd allen leuten vbel gefallend; es taug nicht vnd ist zu allen sachen enwicht: zeitig epfel fallen gern in das kot; reifende biren fallen gern in die pfutzen".*

[34] Tomo a expressão a BAKTHINE, Mikhaïl. *La poétique de Dostoïesvki.* Traduit du russe par Isabelle Kolitcheff. Paris: Seuil, 1998. p. 215.

[35] No Brasil, existem boas traduções, tal como DOSTOIEVSKI, Fiodor. *Crime e castigo.* Traduzido por Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34, 2009.

[36] DOSTOIEVSKI, Fiodor. *O idiota.* Traduzido por Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34, 2002.

[37] DOSTOIEVSKI, Fiodor. *Os irmãos Karamázov.* Traduzido por Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34, 2008. 2 vols.

[38] BLOOM, Harold. *O cânone ocidental.* Os livros e a escola do tempo. Traduzido por Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010. p. 435 *et seq.*

publicada em 1886, o autor russo personaliza esse antagonismo em Ivan Ilitch, um juiz russo que, na antecâmara da morte, faz uma reflexão sobre as etapas da vida. Adoentado, "chorava a sua impotência, a sua terrível solidão, a crueldade de Deus, que o abandonava"[39].

Martin HEIDEGGER toma esse texto, em especial, como emblema da ambigüidade intrínseca a qualquer pensamento a respeito da morte. A narrativa de Ivan Ilitch traduz, segundo HEIDEGGER, a "forma imprópria de ser para a morte" – da qual voltaremos a falar nos parágrafos seguintes –, segundo a qual a morte constitui mera fatalidade superveniente à vida: "O morrer é nivelado à condição de um incidente que certamente fere o *Dasein*, mas que não pertence propriamente a ninguém"[40].

Ítalo CALVINO, em "*Le città invisibili*", presenteia o leitor com uma fábula denominada "As cidades e os mortos"[41]. Em curtas páginas, o autor passeia por gerações da promissora cidade de Eusápia, onde os cidadãos gozavam de tantas maravilhas que, apanhados pela morte, planejaram reconstruí-la no além: *"Eusapia di sotto".* A "Eusápia de baixo" conheceu tamanho progresso que os vivos tomaram-na como exemplo para melhorar a "Eusápia de cima". Muitos, dizia-se, apressavam-se a morrer para desfrutar da necrópole. Com o tempo, conclui CALVINO, não se conseguia mais distinguir entre as cidades gêmeas, nem – sobretudo! – entre os vivos e os mortos.

Elias CANETTI, ganhador do Nobel da Literatura em 1981, dedicou uma de suas obras-primas, *"Über den Tod"*, a um objetivo bem explícito: forjar no seu coração a arma que dominasse a morte. Essa arma, a qual ajudaria toda a humanidade a se defender da morte, deveria ser "atormentadora e traiçoeira", coerente com o inimigo que pretendia dominar[42]. Recusando o "antecipar-se em direção à morte" heideggeriano, o autor postula um "ser-contra-a-morte": não

---

[39] TOLSTOI, Lev. *La mort d'Ivan Ilitch.* Traduit du russe par Boris de Schloezer. Paris: Armand Colin, 1958. p. 34. Tradução livre.

[40] HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 11. Aufl. Tübingen: Max Niemeyer, 1967. p. 253, § 51. Tradução de um dos trechos que seguem: *"Die Analyse des »man stirbt« enthüllt unzweideutig die Seinsart des alltäglichen Seins zum Tode. Dieser wird in solcher Rede verstanden als ein unbestimmtes Etwas, das allererst irgendwoher eintreffen muß, zunächst aber für einen selbst noch nicht vorhanden und daher unbedrohlich ist. Das »man stirbt« verbreitet die Meinung, der Tod treffe gleichsam das Man. Die öffentliche Daseinsauslegung sagt: »man stirbt«, weil damit jeder andere und man selbst sich einreden kann: je nicht gerade ich; denn dieses Man ist das Niemand. Das »Sterben« wird auf ein Vorkommnis nivelliert, das zwar das Dasein trifft, aber niemandem eigens zugehört".*

[41] CALVINO, Italo. Le città e i morti. In: *Le città invisibili.* Milano: Mondadori, 2010. p. 109-110.

[42] CANETTI, Elias. *Sobre a morte.* Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 9.

corremos em direção à morte; ela vem em nossa direção e, por força da arma forjada, será forçada a recuar[43].

Elias CANETTI não pretendia a “anulação” da morte, “que não há de ser possível. Trata-se da proscrição da morte" [44] – um desejo que acalentou desde a concomitante morte dos genitores: do pai, a biológica; da mãe, a psíquica[45]. De seus traumas, o autor retirou a fantasia: “uma sociedade na qual as pessoas de repente desaparecem, mas não se sabe que elas morreram; não existe morte, não há uma palavra para elas”[46]; “pensar numa maneira de desaparecer que subjugue a morte”[47]; “mostrar a morte como se ela não existisse. Uma comunidade na qual tudo se desenrolasse como se ignorassem a existência da morte. [...] Ninguém jamais vê um cadáver. As pessoas somem; ninguém sabe para onde vão”[48].

O ganhador do Nobel da Literatura de 1982, Gabriel García MÁRQUEZ, foi caracterizado pela Academia Sueca como o autor em cujo texto "o fantástico e o real são combinados em uma rica composição do mundo da imaginação, refletindo a vida e os conflitos de um continente" [49]. "*La hojarasca"*, sua publicação primeira, funda o espaço geográfico-literário onde "Gabo", anos depois, viria a residir com os solitários *Buendía*: a cidade de Macondo testemunha o insólito (não-)enterro de um médico suicida[50]. MÁRQUEZ explora essa morte através da transposição poética dos conflitos interpessoais de três narradores.

Em “Crônica de uma morte anunciada”, MÁRQUEZ reelabora o lirismo trágico da supracitada fábula “Encontro em Samarra”. Os descaminhos de Santiago

---

[43] Canetti não tem uma ingenuidade completa a respeito da procrastinação da morte. Reconhece, como segue no trecho a seguir, o poder singelamente metafórico de sua proposta: CANETTI, Elias. *Sobre a morte.* Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 83: *“Ele vem em direção a ela, ele a empurra. Ele não lhe dá a honra de contar com ele. Quando a confusão caiu em cima dele, ele não se curvou diante dela. Ele a nomeou, ele a odiou, ele a afastou de si. Quão pouco tenha alcançado: será mais do que nada”.*

[44] CANETTI, Elias. *Sobre a morte.* Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 74.

[45] CANETTI, Elias. *Sobre a morte.* Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 71: *“Quem se abriu cedo demais à experiência da morte jamais pode fechar-se novamente diante dela: uma ferida que se torna um pulmão, através do qual se respira”.*

[46] CANETTI, Elias. *Sobre a morte.* Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 51.

[47] CANETTI, Elias. *Sobre a morte.* Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 70.

[48] CANETTI, Elias. *Sobre a morte.* Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 26.

[49] Consultamos o sítio oficial http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/literature/laureates/1982/. Acesso em 09/01/2012.

[50] Consultamos MÁRQUEZ, Gabriel García. *A revoada.* O enterro do diabo. Traduzido por Joel Silveira. 18.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

Nasar delineiam um círculo concêntrico à morte: seu perímetro é certo; seu raio, inevitavelmente constante. Nada obstante, o leitor tem esperança, a qual acaba por ser a verdadeira matéria-prima do narrador[51].

José SARAMAGO, galardoado com o Nobel da Literatura em 1998, tangenciou a morte durante quase toda a sua obra – em 2007, dedicou-lhe um livro[52]. Propôs-se, no título, a desvendar as suas intermitências, enveredando pelo caminho há muito praticado: desafiou nossos tabus, fê-los humanos, ao alcance da mão. Falou da morte como se dissesse "água". Rememorou a lenda de Sísifo, em Corinto, e zombou de quanta desorganização a sociedade moderna é capaz de produzir quando se bota um pouco de pimenta no viver.

Noutra obra, monumento da intertextualidade, SARAMAGO imbui a morte, em sua iminência, de propriedades exorcizantes. Em rico exercício de licença poética, o autor português subtrai do Ricardo Reis pessoano os seus caracteres mais elementares[53]. O Reis "exorcizado" deixa-se contagiar pelas coisas mundanas, já não é tão coerente, nem tão objetivo: com a musa Lídia, corporificada por SARAMAGO em uma camareira do fictício Hotel Bragança, Ricardo Reis mantém relações, deixando de “fruir o momento que passa” como espectador, para realizá-lo carnalmente. "Nenhum vivo pode substituir um morto. Nenhum de nós é verdadeiramente vivo nem verdadeiramente morto"[54], conclui.

Philip ROTH, em “Homem comum”, revolta seu narrador contra a brutalidade velada dos funerais, “mais um registro da realidade da morte que avassala tudo. Minutos depois, todos já haviam ido embora – cansados, chorosos, deixando para trás a atividade menos atraente a que se entrega a espécie humana”[55]: enterrar seus mortos.

---

[51] Consultamos MÁRQUEZ, Gabriel García. *Crônica de uma morte anunciada.* 39.ed. Traduzido por Remy Gorga Filho. Rio de Janeiro: Record, 2009.

[52] Consultamos SARAMAGO, José. *As intermitências da morte.* São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

[53] A constatação desse "exorcismo literário", podemos ver no diálogo entre Ricardo Reis e o espectro de Fernando Pessoa, ente através do qual se expressa o próprio Saramago. Confira-se em SARAMAGO, José. *O ano da morte de Ricardo Reis.* 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 182: *"Aquela rapariga, Sim, Nada feia, um pouco magrizela para o meu gosto, Não me faça rir, é a primeira vez na vida que o ouço explicar-se a respeito de mulheres, ó sátiro oculto, ó garanhão disfarçado, Adeus, caro Reis, até um destes dias, deixo-o a namorar a pequena, você afinal desilude-me, amador de criadas, cortejador de donzelas, estimava-o mais quando você via a vida à distância a que está, A vida, Fernando, está sempre perto, Pois aí lha deixo, se é vida isso".*

[54] SARAMAGO, José. *O ano da morte de Ricardo Reis.* 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 78-79.

[55] ROTH, Philip. *Homem comum.* Traduzido por Paulo Henrique Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 18.

A morte pode figurar, ainda, como sentido do *eros,* do enigma, sentido último do erotismo. Segundo Georges BATAILLE, a morte está no horizonte de todo jogo erótico, durante o qual se morre incessantemente[56]. No cenário brasileiro, poucos exemplos já põem à mostra essa relação entre a sexualidade e a morte. Esta última é evento comum à narrativa bipolar de "Angústia", em que Luís da Silva tem alucinações, descritas com a tinta forte de Graciliano RAMOS, a respeito da fisionomia de Dona Albertina, a parteira destinada a arrancar o feto das entranhas de Marina. A face da morte atormenta uma alma culpada pelo aborto[57].

Lygia Fagundes TELLES, de sua parte, afirmava que é do medo da morte que nascem os grandes escritores[58]. Um olhar distraído por vários contos de sua autoria revela que esse medo foi polvilhado em quase todos: n"As formigas", fala-se de um esqueleto[59]; "WM" passa-se no velório de uma mãe[60]; em "A mão no ombro", a reflexão sobre o envelhecimento e a finitude[61]; "Suicídio na granja" traz em seu nome o evento principal[62]; "O Jardim selvagem" culmina num personagem dando um tiro no próprio ouvido[63]; Antes do baile verde" problematiza a constrangedora preocupação da filha, a qual recém vira o pai agonizante, com o possível atraso para o baile[64].

A literatura gaúcha, de outro lado, ligada que é à lida do campo e à iminência da guerra – lugares de observação privilegiada da morte –, é terreno fértil para o florescimento dessa perplexidade. Luis Antonio de ASSIS BRASIL, em "Concerto campestre", vergastou duplamente o amor proibido entre Clara Vitória e o Maestro. A uma, o exílio da filha "desfrutável", a qual, na solidão, desaprende a falar: a morte cultural. A duas, o suicídio do Major Antonio ao deparar-se com o fracasso

---

[56] BATAILLE, Georges. *A história do olho.* Traduzido por Eliane Robert Moraes. São Paulo: Cosac Naify, 2007.
[57] RAMOS, Graciliano. *Angústia.* 61.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 211.
[58] CASTELLO, José. Posfácio. In: TELLES, Lygia Fagundes. *Seminário dos ratos.* São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 170.
[59] TELLES, Lygia Fagundes. As formigas. In: *Seminário dos ratos.* São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 10.
[60] TELLES, Lygia Fagundes.WM. In: *Seminário dos ratos.* São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 94.
[61] TELLES, Lygia Fagundes. A mão no ombro. In: *Seminário dos ratos.* São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 109.
[62] TELLES, Lygia Fagundes. *Invenção e memória.* São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 19.
[63] TELLES, Lygia Fagundes. O jardim selvagem. In: *Antes do baile verde:* contos. Rio de Janeiro: Rocco, 1999. p. 104.
[64] TELLES, Lygia Fagundes. Antes do baile verde. In: *Antes do baile verde:* contos. Rio de Janeiro: Rocco, 1999. p. 51-60, *passim.*

da descendência e do seu concerto campestre: a morte física[65]. Já em “Noite de matar um homem”, Sergio FARACO traduziu em golfadas heméticas o horror de haver matado, incutindo em dois jovens gaúchos a náusea orgânica da pulsão existencial[66].

Na poesia, o último dos românticos, Heinrich HEINE, paralelizou liricamente, n“Os Asra”, a história de uma princesa, filha do Sultão, e a sina de um escravo, cujo amor é metaforizado na visita diuturna à fonte branca. Os encontros são descritos a partir da ambigüidade estabelecida entre a palidez progressiva do jovem e o branco estático da fonte. Lá, onde a água espirra, a princesa indaga sobre a sua origem – o jovem responde que pertence à tribo yemenita dos Asra, aqueles que, quando amam, começam a morrer[67].

Na sua fase inicial, ainda muito marcada pelo romantismo, Rainer Maria RILKE trata a morte como irmã da vida, as quais se fundem uma na outra. A vida mais elevada é vista como equivalente a um morrer. A visão da morte apresentada é ainda uma interpretação da morte como fato: o viver para a morte ainda não é tematizado[68]. A vida e a morte mais não são do que os fios de um mesmo tapete, entrecruzados no ato do versar.

A partir de seus vinte e sete anos (ou seja, desde 1902), quando se dá o fatídico encontro com o escultor RODIN, RILKE assumirá o sacerdócio do Absoluto. Sua existência será adverbializada a partir desse substantivo: absolutamente voltada ao trabalho poético; absolutamente solitária; regida por um Deus absolutamente cruel, cuja regência impinge ao poeta uma cláusula de alternatividade – poetar ("*dichten"*) ou viver ("*leben*")[69].

O abandono da interpretação romântica da morte, própria de uma filosofia vitalista, permite a RILKE captar, no fim da sua vida, o conceito de morte dentro da

---

[65] ASSIS BRASIL, Luiz Antonio de. *Concerto campestre*. Porto Alegre: L&pm, 1997.

[66] FARACO, Sergio. Noite de matar um homem. In: *Noite de matar um homem.* Contos de fronteira. 2.ed. Porto Alegre : L&PM, 2008. p. 60-67.

[67] HEINE, Heinrich. *Gedichte*. Stuttgart: Philipp Reclam, 1965: *"Täglich ging die wunderschöne/ Sultanstochter auf und nieder/ Um die Abendzeit am Springbrunn,/ Wo die weißen Wasser plätschern./ Täglich stand der junge Sklave/ Um die Abendzeit am Springbrunn,/ Wo die weißen Wasser plätschern;/ Täglich ward er bleich und bleicher./ Eines Abends trat die Fürstin/ Auf ihn zu mit raschen Worten:/ “Deinen Namen will ich wissen,/ Deine Heimat, deine Sippschaft!”/ Und der Sklave sprach: “Ich heiße/ Mohamet, ich bin aus Yemen,/ Und mein Stamm sind jene Asra,/ Welche sterben, wenn sie lieben.”*

[68] RILKE, Rainer Maria. *A canção de amor e de morte do porta-estandarte Cristóvão Rilke*. Traduzido por Paulo Rónai e Cecília Meireles. São Paulo: Globo, 1999.

[69] O desenvolvimento completo dessa temática encontra-se na sedutora obra de TODOROV, Tzvetan. *A beleza salvará o mundo.* Wilde, Rilke e Tsvetaeva: os aventureiros do Absoluto. Traduzido por Caio Meira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2011. p. 100-173, *passim.*

vida como um apelo determinante e inexorável à existência humana. A "Oitava Elegia", redigida no Castelo de Duíno e à memória de Rudolf KASSNER, desvela algumas das inquietações do poeta: o que obsta o caminho do ser humano até o "aberto" (*"das Offen*") é o horror da morte. À diferença dos insetos primitivos, passando pelas aves até os mamíferos mais próximos, o ser humano não alcança ser "livre da morte" (*"Frei von Tod*")[70].

William Butler YEATS dedicou à morte um poema cuja inspiração conduz, à guisa de Elias CANETTI, a certo ceticismo poético. O Homem, através de derrotas e sucessos, morre e ressuscita durante toda a vida – alcançados os limites biológicos da existência, o que se dá é um mero reencontro. Daí a conclusão altiva: já se conhece a morte "até o osso" / O homem criou a morte"[71].

Mario BENEDETTI suspirou que *"la gran literatura sólo se produce en la infelicidad"*[72]. A morte, parece-nos, deu ao poeta o ensejo de produzi-la, seja no lamento revolucionário "*Muerte de Soledad Barret"* ("*soledad no viviste em soledad/por eso tu vida no se borra/simplemente se colma de señales/ soledad no moriste en soledad/ por eso tu muerte no se llora/ simplemente la izamos en el aire"*[73]), seja no anseio do *"Hombre que mira el cielo"*, no qual se ressalta o desejo *"que cuando el corazón se salga del pecho/ pueda encontrar el camino de regreso/*

---

[70] Selecionamos um trecho emblemático da Oitava Elegia, encontrável na versão bilíngüe RILKE, Rainer Maria. *Duineser Elegien. Die Sonette an Orpheus.* Traduits et préfacés par J.-F. Angelloz. Paris: Aubier Montaigne, 1974. p. 85: *"Mit allen Augen sieht die Kreatur/ das Offene. Nur unsre Augen sind/ wie umgekehrt und ganz um sie gestellt/ als Fallen, rings um ihren freien Ausgang./ Was draußen ist, wir wissens aus des Tiers/ Antlitz allein; denn schon das frühe Kind/ wenden wir um und zwingens, daß es rückwärts/ Gestaltung sehe, nicht das Offne, das/ im Tiergesicht so tief ist. Frei von Tod./ Ihn sehen wir allein; das freie Tier/ hat seinen Untergang stets hinter sich und vor sich Gott, und wenn es geht, so gehts/ in Ewigkeit, so wie die Brunnen gehen./ Wir haben nie, nicht einen einzigen Tag,/ den reinen Raum vor uns, in den die Blumen/ unendlich aufgehn. Immer ist es Welt/ und niemals Nirgends ohne Nicht: das Reine,/ Unüberwachte, das man atmet und/ unendlich weiß und nicht begehrt. Als Kind/ verliert sich eins im Stilln an dies und wird/ gerüttelt. Oder jener stirbt und ists./ Denn nah am Tod sieht man den Tod nicht mehr/ und starrt hinaus, vielleicht mit großem Tierblick".* A hermenêutica dos poemas, devemo-la ao *"Préface"* de Angelloz, às páginas 17-18 da obra referida.

[71] YEATS, William Butler. Death. In: *The collected poems of W.B. Yeats.* Oxford University Press, 1963. p. 230: *"Nor dread nor hope attend/ A dying animal;/ A man awaits his end/ Dreading and hoping all;/ Many times he died,/ Many times rose again./ A great man in his pride/ Confronting murderous men/ Casts derision upon Supersession of breath;/ He knows death to the bone/ Man has created death".*

[72] BENEDETTI, Mario. El verbo. In: *Antología poética.* Selección del autor. Madrid: Alianza, 2009. p. 170.

[73] BENEDETTI, Mario. Muerte de Soledad Barret. In: *Antología poética.* Selección del autor. Madrid: Alianza, 2009. p. 173.

que la muerte pierda su asquerosa/ y brutal pontualidad/ pero si llega pontual no nos agarre/ muertos de vergüenza"[74].

Carlos DRUMMOND DE ANDRADE analisou a morte sob o viés habitual: "Amor é primo da morte,/ e da morte vencedor,/ por mais que o matem (e matam)/ a cada instante de amor". A morte, como o amor, não tem preferências. É democraticamente disseminado. Sua inoculação prescinde de bons-dias ou boas-noites. Apanha, no desastre, Raimundo, "que amava Maria que amava Joaquim que amava Lili que não amava ninguém". Apanha, no quotidiano, o leiteiro, "liquidado por tiros na madrugada".

Hilda HILST, em "Da Morte", redige em "odes mínimas". Os poemas são todos de pequena extensão: alcançam apenas o tom solene das odes e deixam logo de sustentá-las. Duram apenas o suficiente para constatar a presença e a convivência da morte ainda em vida – por vezes se deseja, outras se repudia. Nesses poemas, a morte é a principal interlocutora da poesia, a qual, por sua vez, deve ser entendida como certa fortuna do olhar atento ao oco irremediável da existência: "um poeta e sua morte/ Estão vivos e unidos/ No mundo dos homens"[75].

Muitos outros autores se poderiam adir ao que denominamos de perplexidade do Homem em relação à morte sob a forma literária. Essa extensíssima lista, contudo, escaparia de nossos propósitos, razão pela qual passamos à terceira perplexidade, a filosófica. Aqui, a avassaladora quantidade de literatura também é condizente com sua antiguidade[76], levando CANETTI a afirmar que “com um pulo sinistro, [a morte] ganhou um poder de contágio como jamais dantes. Agora ela é realmente onipotente. Agora ela é verdadeiramente Deus”[77].

No ano de 1985, o grande helenista francês Jean-Pierre VERNANT escreveu o que se tornaria um clássico da literatura especializada, em cujas páginas enveredou pelo caminho há décadas explorado: de que maneira a consciência da morte – metaforizada no petrificante olhar de Medusa – poderia assumir, na

---

[74] BENEDETTI, Mario. Hombre que mira el cielo. In: *Antología poética.* Selección del autor. Madrid: Alianza, 2009. p. 178.
[75] HILST, Hilda. *Da morte.* Odes mínimas. São Paulo: Globo, 2003. p. 66.
[76] Um vastíssimo rol bibliográfico é anotado no verbete “*Muerte*”, em MORA, José Ferrater. *Diccionário de filosofía.* 5.ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1964. p. 239. Tomo II.
[77] CANETTI, Elias. *Sobre a morte.* Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 30.

sociedade grega, o status de "ideologia fúnebre", desempenhando um papel sócio-agregador e circunscricional da auto-consciência coletiva? [78].

A antiguidade dessa preocupação deixa entrever o caráter perturbador de que se reveste o contemplar humano sobre sua própria finitude. Em leitura contextual, pode-se afirmar que a reflexão sobre a morte é contemporânea ao nascimento da filosofia ocidental[79], sendo conveniente, pois, que seja nas obras clássicas que procuremos alguns aspectos de nosso interesse.

Para PITÁGORAS, por exemplo, a alma não morria com o corpo, mas migrava para algum outro lugar. Alguns pitagóricos desenvolveram essa regra transformando-a na crença em um ciclo cósmico de três mil anos[80]. Para HERÁCLITO, encontra-se a idéia de que a alma é fogo – se a água extingue o fogo, a melhor alma é seca, como a do homem bravo, a qual vai juntar-se ao fogo cósmico[81]. Posteriormente, o diálogo socrático *Phedro,* por exemplo, abrange um provocante debate a respeito da diferença fundamental entre os mortais e imortais, evidenciando a *inquietude da morte* (*θανάτον μελέτη*)[82].

Com efeito, a preocupação não tem nada de recente: em Marco Túlio CÍCERO, no séc. I a.C., igualmente, é possível encontrar uma confissão segundo a qual a vida dos filósofos consistiria em uma contínua meditação sobre a morte[83]. Séculos depois, aproveitando-se do excerto, Michel de MONTAIGNE dedicar-lhe-á um de seus "*Essais"*, concluindo que, sendo incerto onde e quando a morte nos espreita, a sua pré-meditação – exercitada pelos filósofos – seria uma espécie de libertação de sua iminência tortuosa[84]. Quem aprender a morrer, conclui MONTAIGNE, certamente terá aprendido a viver[85].

---

[78] VERNANT, Jean-Pierre. *La mort dans les yeux.* Figures de l'autre en Grèce ancienne. Paris: Hachette, 2008. p. 1477-1483 (*"Artémis ou les frontières de l'Autre"*) e 1488-1502 (*« Le masque de Gorgô »*).

[79] GADAMER, Hans-Georg. *Der Anfang der Philosophie.* Stuttgart: Philipp Reclam, 1996. p. 43 *et seq.*

[80] KENNY, Anthony. *Uma nova história da filosofia ocidental.* São Paulo: Loyola, 2008. p. 35. Volume 1.

[81] KENNY, Anthony. *Uma nova história da filosofia ocidental.* São Paulo: Loyola, 2008. p. 39. Volume 1.

[82] PLATON. *Œuvres.* Traduites du grec par Victor Cousin. Paris: P.-J. Rey, 1849. p. 49. 245e *et seq.* Tome sixième.

[83] Consultamos a tradução francesa de CICERO, Marcus Tullius. Tusculanes. In: NISARD, Charles Marie Léonard (org.). *Œuvres complètes de Cicéron*. Paris: J.J. Dubochet, 1848. Tome troisième. A expressão latina, contida no parágrafo XXX da mencionada obra, lê-se: "*Tota enim philosophorum vita, ut ait idem, ommentatio mortis est".*

[84] MONTAIGNE, Michel Eyquem de. *Essais*. Paris: Gallimard, 1965. p. 148. Chapitre XX. Livre premier.

[85] MONTAIGNE, Michel Eyquem de. *Essais*. Paris: Gallimard, 1965. p. 151. Chapitre XX. Livre premier. Algumas páginas após, encontra-se um dos mais belos ensinamentos do autor: *"Je veux*

Baruch SPINOZA investia, igualmente, em uma perspectiva otimista na "Proposição LXVII": *"*Um homem livre não pensa em nenhuma coisa menos do que na morte, e a sua sabedoria é uma meditação, não da morte, mas da vida"[86]. Na "demonstração" dessa proposição, o autor aduz que o homem livre é aquele que vive pelo ditame da Razão, em virtude do que não se dirige pelo temor da morte, desejando, tão somente, agir, viver, conservar o seu próprio ser segundo o princípio da utilidade própria. Sua sabedoria, arremata SPINOZA, é uma meditação da vida.

O filósofo francês André COMTE-SPONVILLE situa a perplexidade frente à morte no momento crucial – o presente – de outro tipo de perplexidade, a passagem do tempo. O presente, em relação ao passado e ao futuro, consiste na nadificação entre dois Nadas; na fuga, entre duas ausências; num clarão, entre duas noites[87].

Nesse espaço temporal de agonia, a morte constitui, para o pensamento, um objeto necessário e impossível. Necessário, em razão de ser "espada de Dâmocles", sombreando nossa existência; impossível, em razão da absoluta ignorância sobre o depois. Pensar a morte, diz COMTE-SPONVILLE, é dissolvê-la – o objeto, necessariamente, escapa[88], sem que, em razão disso, tenha alguma vez deixado de inquietar o Homem. O pensar sobre a morte deve ser instrumentalizado ao fim mais útil que se lhe possa atribuir: tornar a vida mais aceitável, através da esperança, ou mais insubstituível, através da unicidade. Ambas convergem à necessidade de não a desperdiçar – *"si vis pacem, para bellum; si vis vitam, para mortem"*[89].

Muitos autores de língua alemã, a título de exemplificação, envidaram esforços para explorar a perplexidade em que consiste a morte sob o ponto de vista filosófico. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL escreveu que a única obra e ato da liberdade universal é a morte, e sem dúvida uma morte que não tem alcance interior nem preenchimento, "pois o que é negado é o ponto não-preenchido do Si

---

qu'on agisse, et qu'on allonge les offices de la vie tant qu'on peut, et que la mort me trouve plantant mes choux, mais nonchalant d'elle, et encore plus de mon jardin imparfait ».

[86] SPINOZA, Baruch. *Œuvres de Spinoza.* Éthique.Traduites par Émile Saisset. Paris: Charpentier, 1842. p. 222-223. Tome deuxiéme.

[87] COMTE-SPONVILLE, André. *Présentations de la philosophie.* Paris: Albin Michel, 2000. p. 145. Trata-se de tradução livre do trecho contido em: *"Ce que nous appelons le temps, c'est dabord la succession du passé, du présent et de l'avenir. Mais le passé n'est pas, puisqu'il n'est plus. Ni l'avenir, puisqu'il n'est pas encore. [...] la disparition de l'avenir dans le passé, l'engloutissement de ce qui n'est pas encore dans ce qui n'est plus. Entre les deux ?Le passage de l'un à l'autre, mais insaisissable, mais inconsistant, mais sans durée – puisque toute durée, pour l'esprit, est composée de passé et d'avenir, qui ne sont pas. Un anéantissement (le present) entre deux néants (le futur, le passé). Une fuite, entre deux absences. Un éclair, entre deux nuits ».*

[88] COMTE-SPONVILLE, André. *Présentations de la philosophie.* Paris: Albin Michel, 2000. p. 60.

[89] COMTE-SPONVILLE, André. *Présentations de la philosophie.* Paris: Albin Michel, 2000. p. 67.

absolutamente livre; é assim a morte mais fria, mais rasteira: sem mais significação do que cortar uma cabeça de couve ou beber um gole de água"[90]. Confira-se:

> Todas essas determinações estão perdidas na perda que o Si experimenta na liberdade absoluta: sua negação é a morte, carente-de-sentido, o puro terror do negativo, que nele nada tem de positivo, nada que dê conteúdo. Mas ao mesmo tempo, essa negação em sua efetividade não é algo estranho. Não é a necessidade universal situada no além, onde o mundo ético soçobra; nem é a contingência singular da posse privada, ou do capricho do possuidor, do qual a consciência dilacerada se vê dependente: ao contrário, é a vontade universal, que nessa sua última abstração nada tem de positivo, e que por isso nada pode retribuir pelo sacrifício. Mas por isso mesmo, a vontade universal forma imediatamente uma unidade com a consciência-de-si, ou seja: é o puramente positivo, porque é o puramente negativo; e a morte sem-sentido, a negatividade so Si não-preenchida transforma-se, no conceito interior, em absoluta positividade.[91]

Em conjunto de conferências realizadas na França de 1930 – o célebre "*Cours Kojève*" –, Alexandre KOJÈVE esclareceu, entre muitos outros pontos, a compreensão hegeliana da morte. Segundo o autor, a "vida do Espírito não é aquela que se amedronta diante da Morte e se preserva do Caos; senão aquela que suporta a Morte e nela se mantém"[92]. Isso porque é a Morte que alavanca o Homem ao seu destino final, qual seja a sabedoria plenamente consciente de si e da sua própria finitude. A vulgar compreensão da morte, na qualidade de evento nefasto que subtrai dos homens o prazer da vida, afugenta essa sabedoria plena. Ao contrário, é na "contemplação discursiva da Negatividade, revelada pela Morte, que se manifesta a potência do Sábio consciente de si, o qual encarna o Espírito"[93].

Arthur SCHOPENHAUER, radicalizando a crítica epistemológica kantiana até o niilismo[94], analisa a questão sob o prisma metodológico daquela sua dicotomia fundante, "vontade e representação" (*"Wille und Vorstellung"*). Sua análise sugere fortes influências platônicas: a vida orgânica é mera *representação* imperfeita de uma *"*Idéia*"* superior – a "espécie humana", a qual resta indestrutível a despeito do desaparecimento de alguns de seus exemplares **–**, sendo que o medo da morte é

---

[90] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito.* Traduzido por Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 97. n. 590. Volume II.
[91] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito.* Traduzido por Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 99. n. 594. Volume II.
[92] KOJÈVE, Alexandre. *Introduction à la lecture de Hegel.* Leçons sur la Phénoménologie de l'Esprit réunies et publiées par Raymond Queneau. Paris: Gallimard, 2011. p. 548.
[93] KOJÈVE, Alexandre. *Introduction à la lecture de Hegel.* Leçons sur la Phénoménologie de l'Esprit réunies et publiées par Raymond Queneau. Paris: Gallimard, 2011. p. 549.
[94] FOLSCHEID, Dominique. *Les grandes philosophies.* 7ème éd. Paris: PUF, 2008. p. 95-96.

mero consectário da *vontade* de continuar vivo[95], reflexo do espécime tentando alcançar a espécie.

Martin HEIDEGGER redigiu, no famigerado § 53 de "Ser e Tempo", a caracterização mais crua do escândalo: a existência autêntica consistia em "um modo próprio de ser para a morte"[96]. Esse modo é caracterizado pela inclinação a uma possibilidade, uma possibilidade eminente ao "ser-aí" mesmo: "A morte, como fim do *"Dasein*", é a possibilidade mais própria, irrespectiva, certa e, como tal, indeterminada e insuperável do *"Dasein". A* morte, como fim do *"Dasein*", é este estar voltado ao seu fim"[97].

Estar voltado à possibilidade, na forma de estar voltado em direção à morte, deve significar que ela se apresente como possibilidade em que o *"*ser-aí" possa estar. Essa condição de "estar voltado" transmuda-se, e a nomenclatura é de HEIDEGGER, em "adiantar-se em direção a essa possibilidade" ("*Vorlaufen in die Möglichkeit*"[98]). A possibilidade, assim considerada, não é algo que o *"Dasein*" possa realizar, tampouco que possa ser. A morte é a possibilidade da impossibilidade de todo comportamento em direção a todo existir.

As características do projeto existencial do modo próprio de ser para a morte são sumariadas por HEIDEGGER:

> O adiantar-se revela ao *Dasein* sua perda no si-mesmo e o conduz até a possibilidade de si-mesmo sem o apoio primário da solicitude ocupada, e de sê-lo em uma liberdade apaixonada, livre das ilusões do um, liberdade fática, certa de si mesma e acometida da angústia, a liberdade para a morte[99].

---

[95] Retiramos as observações de um excerto apartado da obra completa, encontráveis em SCHOPENHAUER, Arthur. *Métaphysique de la mort.* Traduit de l'allemand par Marianna Simon. Paris: Bibliothèques 10/18, 2006. p. 157 *et seq.*

[96] Trata-se de tradução livre da expressão original "*eigentlichen Seins zum Tode*", encontrável em HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 11. Aufl. Tübingen: Max Niemeyer, 1967. p. 260, § 53.

[97] HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 11. Aufl. Tübingen: Max Niemeyer, 1967. p. 258-259, § 52. Trata-se de tradução livre do trecho: "*Der Tod als Ende des Daseins ist die eigenste, unbezügliche, gewisse und als solche unbestimmte, unüberholbare Möglichkeit des Daseins. Der Tod ist als Ende des Daseins im Sein dieses Seienden zu seinem Ende".*

[98] HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 11. Aufl. Tübingen: Max Niemeyer, 1967. p. 262, § 53.

[99] HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 11. Aufl. Tübingen: Max Niemeyer, 1967. p. 266, § 53. Trata-se de tradução livre do trecho: *"Die Charakteristik des existenzial entworfenen eigentlichen Seins zum Tode läßt sich dergestalt zusammenfassen: Das Vorlaufen enthüllt dem Dasein die Verlorenheit in das Man-selbst und bringt es vor die Möglichkeit, auf die besorgende Fürsorge primär ungestützt, es selbst zu sein, selbst aber in der leidenschaftlichen, von den Illusionen des Man gelösten, faktischen, ihrer selbst gewissen und sich ängstenden Freiheit zum Tode".*

A relembrar SÊNECA[100], Martin HEIDEGGER escancarou a impossibilidade experiencial do fenômeno morte para o *"Dasein"* enquanto tal, só sendo acessível pelo outro a partir de "experiência por participação"[101]. Ainda que alguém possa se entregar à morte para salvar o outro, cada "*Dasein"* assume a sua morte por si mesmo, a qual representa uma peculiar possibilidade de ser[102].

Segundo alguns críticos de HEIDEGGER, para este autor, o que ameaça, na verdade, é a experiência do vazio radical da existência, a possibilidade do nada como horizonte de todo ente, isto é, a morte como dissolução do "*Dasein*"[103]. Daí por que a possibilidade mais eminente e enraizada em nosso ser é a de morrer[104]. A compreensão da morte como a possibilidade radical do *"Dasein*" constitui o modo autêntico de existir-no-mundo. Existir autenticamente, como já se disse, consiste em assumir a si mesmo diante da morte.

O "ser para a morte" heideggeriano, segundo Juan José SEBRELI, guarda afinidade com a morte bela dos românticos, com a "morte própria" de RILKE e dos poemas expressionistas de TRAKL, com a negação da vida do Nirvana budista. A atividade humana até o encontro com seu fim, contudo, não é "esquecimento do ser"; é a forma de combater a morte, cujo fracasso não desmerece o caminho percorrido[105].

Karl JASPERS, em conjunto com HEIDEGGER, constitui o que se já se chamou, em referência ao "anti-papa" de Constantinopla (séc. VI d.C.), d"os Dióscuros do existencialismo germânico do século XX"[106]. Karl JASPERS centrou seu pensamento em certa Filosofia da Existência, na qual: "*Nicht mein Dasein also ist Existenz, sondern der Mensch ist im Dasein mögliche Existenz*"[107]. A Existência, pois, não está ancorada, uma vez que é sempre a Existência possível – sendo Ela, será a Existência que se escolher. Por isso, e ao contrário do "*Dasein*", para ela não

---

[100] É do grande orador romano, vivo entre 4 a.C. e 65 d.C., a máxima: *"Nemo moritur nisi sua morte"* (Ninguém morre senão a própria morte). Cf. SÉNÈQUE, Lucius Anneus. *Œuvres complètes.* Traduit du latin par M. Nisard. Paris: J.-J. Dubochet, 1838. p. 654. Épitre LXIX.

[101] REALE, Miguel. *O direito como experiência.* Introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 282.

[102] HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. 11. Aufl. Tübingen: Max Niemeyer, 1967. p. 237-238, § 47.

[103] NOGUEIRA, José Carlos. Ética e realidade humana – a compreensão do fenômeno moral em Ser e Tempo de Martin Heidegger. In: TRASFERETTI, José (org.). *Morte:* qual seu significado? Entre a medicina, a filosofia e a teologia. Campinas: Alínea, 2007. p. 151 *et seq.*

[104] TEIXEIRA, Evilázio Borges. *A aventura pós-moderna e sua sombra.* São Paulo: Paulus, 2006. p. 37.

[105] SEBRELI, Juan José. *El olvido de la razón.* 2.ed. Buenos Aires: Sudamericana, 2006. p. 124-125.

[106] ANTUNES, Manuel. *Grandes contemporâneos*. Lisboa: Verbo, 1973. p. 141.

[107] JASPERS, Karl. *Philosophie.* Berlin: Springer, 1956. p. 2. Zweiter Band.

há morte. A morte, por sua vez, relaciona-se com o horizonte do fracasso do "*Dasein*", a certeza da finitude inadiável[108].

Citem-se, ainda, as relevantes teorizações da Filosofia Política, a qual, de Michel FOUCAULT a Giorgio AGAMBEN, consolidou o conceito de "biopoder", cujo objetivo último não é matar, mas "fazer sobreviver", criar "sobrevidas", arrancar das entranhas da sociedade os "sobreviventes, sem qualquer nesga de heroísmo". O "sobrevivencialismo" tem como cenário o espetáculo anêmico da vida se arrastando como uma sombra. Tudo é controlado, artificializado, plastificado: os prazeres, a cultura, o amor, a vida e a morte. Vida e morte, nesse contexto, não são fatos objetivos, mas posições existenciais subjetivas – o limite último dessa nova forma de poder é mobilizar, segundo interesses ideologicamente determinados, a fronteira entre esses dois pólos existenciais[109].

Atualmente, relacionamo-nos de maneira paradoxal com a morte: se, de um lado, continuamos sem respostas seguras e refrigérios permanentes com relação à morte, de outro, parece-nos que a sua banalização foi a melhor resposta encontrada. A morte está em todos os lugares e a instantaneidade das comunicações a torna fato presente; nada obstante, ela se torna corriqueira, banal. A razão, submetida a contínuas derrotas, responde em termos de abstrata categorização, de modo que a morte passa a ser considerada: fenômeno biológico (assim como o nascimento, a puberdade), fenômeno social (preocupações com a taxa de mortalidade e sua vinculação à pobreza), fenômeno demográfico (decréscimo nas nacionalidades de países com reduzidíssima taxa de natalidade), e até, para as ciências médicas, como fenômeno letal[110].

Demonstramos, no decorrer desta seção, três abordagens possíveis da morte na qualidade de evento inescapável. Toda essa carga difusa de percepções a respeito da mítica finitude existencial apresenta ao pensamento racional um desafio na sua tarefa ordenadora. Segundo Jean-Pierre VERNANT, o episódio fundante das origens do pensamento grego é a desmistificação do poder político[111]. De outro lado,

---

[108] JASPERS, Karl. *Philosophie.* Berlin: Springer, 1956. p. 236. Dritter Band.

[109] A esse respeito, interessantíssimas considerações podem ser encontradas em PELBART, Peter Pál. A vida desnudada. In: GREINER, Christine; AMORIM, Claudia (orgs.). *Leituras da morte.* São Paulo: Annablume, 2007. p. 22 *et seq.*

[110] NALINI, José Renato. *Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte.* Pronto para partir? São Paulo: RT, 2011. p. 51.

[111] VERNANT, Jean-Pierre. *Les origines de la pensée grecque.* 10ème éd. Paris: PUF, 2009. p. 116 *et seq.*

coube igualmente à civilização helênica esboçar os traços fundamentais de certa função civilizatória (que se transmuda em exercício "civilizante") da morte[112].

Essa função civilizatória, consoante já registramos, traduz-se, além da reflexão sobre a morte, em demarcar os limites materiais de sua repercussão. A partir dessa demarcação, podemos projetar uma quarta perplexidade específica do Homem em relação à morte: uma perplexidade jurídica, vertida em comandos normativos organizadores dos bens daqueles que faleceram. Na quase totalidade das sociedades ocidentais, essa tarefa é desempenhada pelo Direito das Sucessões, do qual trataremos, neste primeiro capítulo, de acordo com a metodologia explicitada, isto é, fixando a ausência de consenso no que tange às bases filosóficas e sociológicas que lhe subjazem.

A perplexidade jurídica é consectário do realismo diante da finitude: o que resta depois de terem sido mobilizados os conceitos metafísicos e as decepções pós-modernas são simplesmente aquelas despedidas sobre as quais quase nenhuma especulação poética ou filosófica se atreve a falar. O cotidiano de quem lida com a morte consumada, a exigir maturação: nenhuma morte cruel, voluntária ou heróica, mas sim um final idoso e previsível, o qual deixa transparecer o horizonte daquelas questões em aberto, que ainda assim – apesar de toda a história da cultura – resiste a qualquer resposta. O lado material desse desamparo, ao menos, é resolvido com a juridicização da morte: o Direito das Sucessões, do qual passamos a tratar.

1.2 Fundamentos filosóficos e sociológicos do Direito das Sucessões

Entre 1882 e 1883, um dos principais autores do movimento literário realista (ou naturalista) francês, Émile ZOLA, insere no último volume de "Capitane Burle" um pequeno escrito intitulado "Como se morre" (*Comment on meurt*). Menos de uma centena de páginas foram necessárias para que o autor estudasse a dimensão social da "morte natural", mostrando seus rituais e impactos dentro dos diversos estratos sociais de que se compunha a França do final do séc. XIX. Como era próprio do cenário intelectual da época, ZOLA elaborou um esquema narrativo, a partir do qual as ações dos personagens (pertencentes a diferentes estratos sociais)

---

[112] VERNANT, Jean-Pierre. *L'individu, la mort, l'amour.* Paris: Gallimard, 2007. p. 133 *et seq.*

obedecerão ao determinismo da respectiva camada social a que pertencem. Dez anos depois, em 1893, o mesmo autor publica “Como se casa” (*Comment on se Marie*), obedecendo aos mesmos padrões narrativos.

Deste último escrito, recolhemos excerto significativo aos propósitos do primeiro capítulo desta dissertação:

> No século XVII, o amor, na França, é um senhor de penacho, magnificamente vestido, que avança pelos salões precedido por uma música grave. Obedece a um cerimonial muito complicado, não arrisca um só passo que já não esteja regulamentado. Desta maneira, permanece perfeitamente nobre, com uma ternura refletida, com uma alegria honesta.
> No século XVIII, o amor é um velhaco que se desalinha. Ama como ri, pelo prazer de amar e de rir, almoçando uma loura, jantando uma morena, tratando as mulheres como deusas boas, cujas mãos abertas distribuem o prazer a todos os seus devo-tos. Um alento de volúpia percorre a sociedade inteira, conduz a ronda das pastores e das ninfas, seios decotados que fremem sob as rendas: época adorável em que a carne era rainha, grande fruição cujo sopro longínquo chega até nós ainda tépido, com o odor dos cabelos soltos.
> No século XIX, o amor é um rapaz comportado, correto como um notário, recebendo rendas do Estado. Frequenta a sociedade, ou vende alguma coisa numa loja. A política ocupa-o, os negócios tomam-lhe o dia das nove horas da manhã às seis da noite. Quanto a suas noites, ele as entrega ao vício prático, a uma amante que ele paga ou a uma mulher legítima que o paga.
> Assim é que o amor heróico do século XVII, o amor sensual do século XVIII, tornou-se o amor positivo que é tratado como uma ação na bolsa.
> [...]
> É preciso ver o homem moderno com suas múltiplas ocupações, vivendo lá fora, devorado pela necessidade de conservar sua fortuna e aumentá-la, a inteligência tomada por problemas sempre renovados, a carne adormecida pela fadiga de sua batalha cotidiana, ele próprio transformado em pura engrenagem na gigantesca máquina social em plena atividade. Ele tem amantes como quem tem cavalos, para exercitar-se. Se se casa, é porque o casamento tornou-se uma operação como qualquer outra, se tem filhos é porque sua mulher o quis[113].

As verdades cruas narradas por Émile ZOLA, a um só tempo, expõem as vísceras da realidade normada subjacente ao ordenamento normante e conduzem este item “1.2” até seu objetivo precípuo, qual seja explorar a construção Direito das Sucessões a partir de seus (variáveis) aspectos eminentemente filosóficos e sociológicos, demonstrando, por fim, que o conceito de herança intestada já foi arquitetado ao redor das mais diversas concepções. Esse ponto de partida, salientando os diversificados e contraditórios fundamentos que já foram atribuídos ao Direito das Sucessões, é fundamental ao recorte metodológico do segundo capítulo, qual seja a opção por um estudo dogmático-jurídico da indignidade sucessória.

---

[113] ZOLA, Émile. *Como se casa. Como se morre.* 2.ed. Traduzido por Duda Machado. São Paulo: 34, 2001. p. 9-11, *passim.*

1.2.1 Postura metodológica

O Direito das Sucessões constitui, por excelência, a perplexidade jurídico-civil do Homem frente à morte. Segundo José de Oliveira ASCENSÃO, o Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte[114]. Nessa ordem do pensar, esse ramo do Direito Civil cumpre uma função civilizatória tão relevante quanto difícil, demarcando as repercussões materiais do "escândalo" representado pela morte. Este item "1.2", vimos dizendo, articula-se com a metodologia explicitada, qual seja fixar o dissenso no que tange às bases filosóficas e sociológicas que subjazem ao Direito das Sucessões a fim de, na segunda parte desta dissertação, romper com esse tipo de fundamentação e adotar uma Teoria da Argumentação Jurídica cuja racionalidade seja condizente com o Estado Democrático de Direito.

O escorço histórico a que se dedica a próxima seção limita-se ao singelo objetivo supracitado, de maneira que, novamente, impõe-se o exercício de síntese. O rol dos autores referidos não aspira à exaustividade, cujos vastos limites evocam a noção de unidade; antes, busca a noção do plural, fornecendo exemplos suficientes à demonstração dos variados fundamentos que foram atribuídos ao Direito das Sucessões e daqueles que ainda se lhe podem atribuir.

1.2.2 Escorço histórico

A partir de 1824, o Direito das Sucessões conheceu, por parte de um dos maiores expoentes da "Escola Filosófica do Direito" alemã, profunda análise histórico-comparativa. Edouard GANS dedicou à temática o monumental "O Direito das Sucessões em desenvolvimento histórico-mundial" (uma tradução aproximada do título original, *"Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung"*[115]). O subtítulo da obra ("*Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte*") deixa entrever os caracteres explicitamente hegelianos que conformam o intelecto de GANS:

---

[114] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Sucessões. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 11.

[115] Consultamos os seguintes exemplares: GANS, Edouard. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung.* Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Berlin: Maurer, 1824. Erster Band; _____. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung.* Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Berlin: Maurer, 1825. Zweiter Band; _____. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Stuttgart: Cotta, 1829. Dritter Band; _____. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Stuttgart: Cotta, 1835. Vierter Band.

desenvolver uma "história universal do Direito", verdadeira reação científica à "Escola Histórica" (considerado pelo autor como "afilosófica") e ao seu desafeto pessoal, Friedrich Carl von SAVIGNY[116].

Trinta e quatro anos depois, a Academia Real da Bélgica anunciou um concurso destinado a premiar a melhor dissertação que abordasse a "verdadeira origem do Direito das Sucessões". Inscreveu-se o comercialista italiano Carlo-Francesco GABBA, o qual logrou êxito a partir do "Ensaio sobre a verdadeira origem do Direito de Sucessão" (*"Essai sur la véritable origine du Droit de Succession"*[117]). Em mais de duzentas páginas, GABBA esquadrinhou as idas e vindas dessa perplexidade genérica do Homem frente à morte, indo muito além de quaisquer limites dogmáticos.

Nas primeiras páginas do ensaio de GABBA já se pode entrever uma dicotomia que norteará toda a sua pesquisa, sintetizada na seguinte questão: a transmissão dos bens que eram do *de cujus* tem por fundamento a vontade (testamentária) do *de cuius* ou a vontade presumida (legitimária) de aquinhoar os que lhe são próximos? De pronto, GABBA admite as variações históricas entre esses dois paradigmas[118], aos quais voltaremos durante essa seção.

"O estudo da história do Direito das Sucessões é uma tarefa das mais laboriosas e das mais difíceis"[119], escreveu Pellegrino ROSSI. Essa tarefa, por nós encampada dentro dos objetivos já bem delimitados, será abrandada pelo sólido apoio bibliográfico encontrado nas obras de GABBA e de GANS. Tais serão nossos referenciais bibliográficos no escorço histórico do qual passamos a tratar.

---

[116] Edouard Gans fez questão de registrar na Introdução deste trabalho as críticas frontais à Escola Histórica (GANS, Edouard. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung.* Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Berlin: Maurer, 1824. p. X *et seq.* Erster Band). Para os desdobramentos históricos dessas afirmações, confiram-se JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne.* Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle. Paris: PUF, 2005. p. 55-63, *passim;* LERMINIER, Eugène. *Introduction générale à l'histoire du droit.* Paris: Alexandre Mesnier, 1829. p. 307-365, *passim.*

[117] Consultamos o exemplar GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. Tome XII. A íntegra do tema a ser versado pelas dissertações foi: *"Établir la véritable origine du droit de succession; rechercher si ce mode de transmission découle de la nature des choses ou s'il n'est qu'un établissement créé dans un but d'utilité civile; exposer la doctrine des principaux auteurs qui ont traité cette question; proposer une solution motivée".*

[118] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 15. Tome XII.: "*le droit de succession peut être défini par nous, le droit de tout propriétaire de transmettre ses biens après sa mort à des personnes qui les tiennent soit immédiatement de lui, soit en vertu d'une loi qui fait dériver la volonté du propriétaire de ses affections naturelles».*

[119] ROSSI, Pellegrino. *Cours d'économie politique*. 3ème éd. Paris: Guillaumin, 1854. 26ème léçon. Tome Second.

1.2.2.1 Antiguidade oriental

Na Antiguidade, mesmo civilizações que se orientavam por distintas "ideologias funerárias"[120], a organização das relações sucessórias se dava sob o signo coercivo da solidariedade familiar. Isso porque a regulação era exclusivamente costumeira, não havendo autoridades centrais que veiculassem diplomas legislativos a esse respeito. Segundo GABBA, inexistindo sucessão de direito, restava uma sucessão de fato, a qual se caracterizava pela imobilidade, isto é, o grupo familiar mantinha o poder sobre os bens deixados[121].

No antigo direito dos Hindus, o Direito das Sucessões era tido como o ramo mais prestigiado em razão de sua complexidade. Ao passo que o direito dos contratos, por exemplo, obedecia às leis da razão e do bom-senso, o direito das sucessões conservava algo de arbitrário e, logo, irredutível a princípios gerais[122]. Em síntese extremamente apertada, pode-se dizer que a sucessão entre os hindus era prerrogativa da descendência legítima da figura paterna, limitada ao quarto grau da descendência em linha direta – considerava-se não haver interesse do pai em contemplar a descendência mais distante[123]. Noutras referências bibliográficas, encontra-se:

> Se o Direito de Propriedade foi perdendo a influência religiosa, o patrimônio familiar, em certa medida e através do Direito das Sucessões, conservou-se preso ao princípio que lhe deu nascimento, principalmente no Oriente. Nesse sentido, o modelo hindu dá uma idéia bastante nítida. O patrimônio, pertencendo à família (esta como entidade uma e indivisível),

---

[120] Tomo de empréstimo a expressão de VERNANT, Jean-Pierre. *L'individu, la mort, l'amour.* Paris: Gallimard, 2007. p. 103 *et seq.* No sentido veiculado por este autor, trata-se da maneira como cada grupo humano se pensa e se define em face da alteridade radical entre vida e morte. O termo ganha relevância *pari passu* ao avanço de toda a filosofia ocidental, levando Montaigne a observar que *"philosopher c'est apprendre a mourir".* Cf. MONTAIGNE, Michel Eyquem de. *Essais*. Paris: Gallimard, 1965. p. 148. Chapitre XX. Livre Premier.

[121] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 18. Tome XII.

[122] Confira-se, nesse sentido, COLEBROOKE, Henry Thomas. *Two treatises on the Hindu law of inheritance.* Calcutta: A.H. Hubbard, 1810. Preface: *"the law of successions is arbitrary and irreducible to fixed and general principles, it is complex and intricate in its provisions; and requires, on the part of those entrusted with the administration of justice, a previous preparation by study; for its rules and maxims cannot be rightly understood, when only hastily consulted as occasions arise. Those occasions are of daily and of hourly occurrence: and, on this account, that branch of law should be capefully and diligently studied".*

[123] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 19. Tome XII.

destinava-se a uma dupla finalidade: aos deveres do culto dos mortos ou deveres piedosos e aos fins sociais do direito hereditário[124].

O antigo direito chinês davla conta da civilização onde mais fortemente se constatou o poder coesivo da família, cuja autoridade oferece suporte análogo ao próprio Estado[125]. Por conseguinte, o patrimônio do pai, em sua morte, não sai do círculo da família, a qual é sua única e infalível herdeira. Os filhos sucedem ao pai em qualquer grau e em pé de igualdade – o primogênito não gozava de prerrogativas. GABBA[126] e GANS[127] são concordes em refutar a possibilidade de testamento na civilização chinesa.

O regime sucessoral dos hebreus é objeto de diversas – e interessantíssimas – discussões doutrinárias; nosso propósito, contudo, obriga à síntese. GANS reconhece que nenhuma outra civilização reconheceu, tão fielmente, a ligação entre o parentesco e a herança[128]. GABBA adiu que esse aspecto é oriundo da compreensão judaica a respeito do Direito de Família, segundo a qual os princípios, por exemplo, da boa-fé e da probidade tinham maior relevância do que no Direito Obrigacional[129]. Só há aparentes testamentos hebreus, os quais se resumem (salvo os destinados a regrar a porção de cada filho) a confirmar a ordem da sucessão legítima dentro do círculo familiar[130].

---

[124] NASCIMENTO, Walter Vieira. *Lições de história do direito.* 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 95.

[125] GANS, Edouard. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung.* Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Berlin: Maurer, 1824. p. 98. Erster Band.

[126] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 20. Tome XII: *"on ne peut douter que le prétendu testament du père de famille chinois ne consistât tout simplement à confirmer ou à déclarer de plus près l'ordre de la succession déjà établi par la coutume. Il était permis au père de famille d'exclure de sa succession quelqu'un de ses héritiers légitimes, mais cela seulement pour lui infliger un châtiment dont il devait indiquer les motifs".*

[127] GANS, Edouard. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung.* Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Berlin: Maurer, 1824. p. 113 *usque* 123. Erster Band.

[128] GANS, Edouard. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung.* Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Berlin: Maurer, 1824. p. 136. Erster Band: *"Giebt es aber außer dem natürlichen Bande sein frei Geschaffenes, so ist die Lehre von der natürlichem Verwandtschaft um so viel wichtiges im Mosaischen Recht. Kein früheres und kein späteres Recht hat diese Lehre so rein, so sehr dem wahrhaften Begriffe nach aufgefaßt, als das Mosaische".* Confira-se, a título exemplificativo, o texto bíblico contido em Números 36:1-13.

[129] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 21-22. Tome XII: *"Le droit de la famille était ainsi antérieur et plus fort que tout intérêt, plus fort même que la bonne foi dans les contrats; puisqu'il était une cause d'invalidité frappant ipso jure toute aliénation entre vifs. Une pareille institution exclut à elle seule la liberté du droit de succession, parce que, par ce moyen, les propriétés des familles auraient pu être transférées a des étrangers, soit en totalité, soit en partie".*

[130] GANS, Edouard. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung.* Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Berlin: Maurer, 1824. p. 149. Erster Band.

À guisa de conclusão genérica a respeito das civilizações orientais, GANS observa que o poder de partilhar o patrimônio da família entre os filhos, sem favorecer ninguém fora desses lindes, foi reconhecido ao pai de família em todos os povos analisados. Esse poder, contudo, nada tem a ver com poder testamentário, o qual, conceitualmente, agrega, ao menos em possibilidade, a desvinculação do patrimônio do pai da propriedade familiar[131].

1.2.2.2 Gregos

À medida que se desliza a análise ao Ocidente, é possível perceber, ainda com GABBA, um regime sucessoral análogo, isto é, uma constante e perfeita absorção do patrimônio do pai de família por parte do círculo familiar[132]. A justificativa histórica dessa absorção, contudo, sofre uma sensível modificação: o caráter patriarcal das primeiras sociedades é alterado de maneira significativa e paralela à construção da autoconsciência política dessas mesmas sociedades. A propriedade, já se disse antes mesmo da convulsão marxista, pode ser considerada como "lado político do Direito"[133]. À primeva lógica de preservação dos laços familiares é adicionada uma finalidade de extração sócio-hierarquizante[134]. Analisaremos, a seguir, alguns dos principais exemplos.

---

[131] GANS, Edouard. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung.* Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Berlin: Maurer, 1824. p. 150. Erster Band.

[132] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 23. Tome XII; GIORDANI, Mario Curtis. *História da Grécia*. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 198 *et seq.*

[133] LABOULAYE, Edouard. *Histoire de la propriété foncière en Occident.* Paris: A. Durand, 1839. p. 62.

[134] Confira-se, igualmente, TROPLONG, Raymond-Théodore. *Droit civil expliqué.* Des donations entre-vifs et des testaments. Bruxelles: A. Labrouet, 1855. p. 6-7. § 1.430. Tome Second. Da mesma forma, GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 38-39. Tome XII*: "Comme la constitution de l'État reposait sur les priviléges d'une partie de la population, la conservation même de l'État exigeait que ces privilèges pussent se perpétuer dans la descendanee de ceux qui en étaient investis. Et comme la propriété constituait un privilége politique, elle ne devait pas plus sortir des familles privilégiées que tous les autres. Ainsi, la succession des biens était à l'époque qui nous occupe, une succession nécessaire et invariable dans la descendanee de la caste dominante et seule maîtresse du territoire. Suite non interrompue des familles et perpétuation de biens dans leur sein, voilà deux phénomènes inséparables et également nécessaires dans la constitution des États primitifs. [...] Dans l'enfance des peuples, c'est l'esprit de famille qui a présidé à une telle succession; à l'origine des constitutions politiques ce fut un principe tout à fait différent. En effet on ne peut parler d'esprit de famille, lorsque les affections de famille ne sont pas plus fortes que les sentiments politiques, lorsque l'homme, loin de voir dans sa famille tout son monde, n'y demeure que comme dans une forteresse, du haut de laquelle il exerce sa puissance et sa supériorité dans la société extérieure. L'esprit de maison, esprit d'orgueil aristocratique, sied beaucoup mieux à ce dernier état de chose"*

O regime sucessoral grego, genericamente considerado, conecta-se intimamente com a religião da família. Na herança, avulta o caráter de sujeição aos deveres do culto, não o benefício pecuniário do herdeiro[135]. Esse caráter passivo será retomado na discussão a respeito da "necessariedade" do Direito Romano.

A civilização grega, paradigma civilizatório inclusive no que tange ao culto de seus mortos[136], desconhece o testamento na qualidade de expressão soberana de vontade. A possibilidade de disposição testamentária depende da inexistência de descendentes sangüíneos, hipótese em que o testamento, para atingir o fim a que se destina, enxerta – em verdadeira metáfora jurídica – o beneficiado dentro do círculo familiar[137]. Consistia, na justa expressão de GABBA, n"uma prolongação artificial da descendência natural e, conquanto parecesse obra da liberdade do proprietário, não deixava de ser, em verdade, uma submissão à necessária sucessão familiar"[138].

O capítulo VI do Livro XI das "Leis" platônicas bem o demonstra:

> *L'ATHÉNIEN. Je trouve, Clinias, que les anciens législateurs ont été faibles et qu'en faisant leurs lois, ils n'ont considéré et eu dans l'esprit qu'une petite partie des affaires humaines.*
> *CLINIAS. Comment cela ?*
> *L'ATHÉNIEN. C'est que, effrayés de ces plaintes, ils ont porté une loi qui permet à chacun de disposer de ses biens absolument et entièrement comme il lui plaît. Mais toi et moi, nous ferons une réponse plus convenable aux citoyens de ta cité qui sont sur le point de mourir.*
> *CLINIAS. Quelle réponse ?*
> *L'ATHÉNIEN. Mes amis, leur dirons-nous, il vous est difficile à vous, qui n'avez qu'un jour à vivre, de juger de vos affaires, et de plus, comme le recommande l'inscription de la pythie, de vous connaître vous-même, dans l'état où vous êtes à présent. En conséquence, moi qui suis législateur, je déclare que ni vous, ni vos biens n'appartenez à vous-mêmes, mais à toute votre famille, tant celle du temps passé que celle du temps à venir, et que votre famille avec ses biens appartiennent davantage encore à l'État. Cela posé, tandis que vous êtes en butte à la maladie ou à la vieillesse, si quelqu'un surprend votre bonne foi par ses flatteries et qu'il vous engage à tester autrement qu'il ne convient, je ne le souffrirai pas autant qu'il dépendra de moi, et, en faisant ma loi, je n'aurai en vue que le bien de l'État et celui de votre*

---

[135] GANS, Edouard. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung.* Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Berlin: Maurer, 1824. p. 399 *et seq*. Erster Band.

[136] FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *La cité antique.* 26ème éd. Paris: Hachette, 1920. p. 7-20, *passim.*

[137] GANS, Edouard. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung.* Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Berlin: Maurer, 1824. p. 385-386. Erster Band: "*Das Attische Testament hat zu seinem Inhalte, die Adoption eines nicht eingebornen Sohnes. [...] Weil das Testament nothwendig eine Adoption einschließt [...] so folgt der Satz von selbst: wer bürtige Kinder hat, hat nicht das Recht über sein Vermögen zu testiren"*.

[138] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 42. Tome XII. Trata-se de tradução livre do trecho: «*Cette adoption, de celui qui devenait héritier, était plutôt chez les Athéniens une prolongation artificielle de la descendance naturelle, et quoiqu'elle parût l'œuvre de la liberté du propriétaire, elle n'était en réalité qu'une soumission à cette nécessité de la succession de famille, qui était impérieusement commandée par la constitution politique de l'État».*

famille et je tiendrai moins de compte de l'avantage de chaque particulier, et ce sera justice[139].

Analisando a obra de PLATÃO, Carlo Francesco GABBA conclui que, segundo o fundador da Academia de Atenas, o Direito das Sucessões deveria simplesmente ser suprimido. Isso porque os bens nunca pertenceram a quem quer seja; eram de propriedade da família ou, em última análise, do Estado[140].

1.2.2.3 Romanos[141]

---

[139] PLATON. Les lois. In: *Œuvres.* Traduites du grec par Victor Cousin. Œuvre numérisée par J. P. Murcia. Paris: Pichon, 1832. Tome Huitième.

[140] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 90. Tome XII.

[141] Em virtude do caráter fundante de que se reveste o embrião jurídico romano em relação ao Direito Civil, é impossível que citemos todos os autores que trataram da matéria. Em sua opressora maioria, os romanistas dedicam páginas aos mesmos aspectos e à mesma metodologia de exposição. Esta nota de rodapé tem por finalidade esclarecer a inviabilidade de, a cada aspecto, referir a dezena de autores que o descreveu, razão pela qual consignaremos aqui as obras efetivamente consultadas. As citações porventura existentes nessa seção restringir-se-ão ao apontamento de alguns desses autores, os quais explicitaram aspectos de tal idiossincrática maneira que julgamos imprescindível sua individualização. Seguem, pois, as obras consultadas: ACCARIAS, C. *Précis de droit romain.* 2ème éd. Paris: Cotillon, 1874. Tome I; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. Volume II; ARIAS RAMOS, José. *Derecho romano.* 6. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954. Volumen II; ARNDTS, Ludwig. *Lehrbuch der Pandekten*. 6. Aufl. München: J. G. Cotta, 1868; BIONDI, Biondo. *Diritto ereditario romano.* Milano: Giuffrè, 1954; BONFANTE, Pietro. Famiglia e successione. In: _____. *Scritti giuridici varii*. Torino: UTET, 1916. Volume I; CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1957. Volume I; CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*. 2ème éd. Paris: Plon, 1928; CZYHLARZ, Karl von. *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts.* 19. Aufl. Wien: [s.ed.], 1933; DIDIER-PAILHÉ, Emmanuel. *Cours élémentaire de droit romain.* 3ème éd. Paris: Larose et Forcel, 1887. Tome premier; FADDA, Carlo. *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano.* Milano: Giuffrè, 1949. Volume I; GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire du Droit Romain.* 6ème éd. Paris: Arthur Rousseau, 1918; GIUFFRÈ, Vincenzo. *Il diritto dei privati nell'esperienza romana*. Napoli: Eugenio Jovene, 1998; HUNTER, William Alexander. *A systematic and historical exposition of Roman Law.* Translated by Ashton Cross. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 1903; JENCKEN, Henry; TOMKINS, Frederick J. *A compendium of the modern Roman Law.* London: Butterworths, 1870; JOLOWICZ, Herbert Felix. *Roman foundations of modern Law.* Oxford: Clarendon Press, 1957; KASER, Max. *Das römische Privatrecht.* Das Altrömische, das vorklassische und klassische Recht. München: C.H. Beck, 1955. Erster Abschnitt; LAGRANGE, H. *Manuel de droit romain.* 13ème éd. Montreal: C. Théoret, 1897; LÉVY-BRUHL, Henri. Observations sur le régime successoral des XII Tables. In: _____. *Nouvelles études sur le très ancien Droit Romain.* Paris: Recueil Sirey, 1947; LINGENTHAL, Karl Eduard Zachariä von. *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*. 3. Aufl. Berlin: Weidmann, 1892; LONGO. Giannetto. *Diritto romano.* Diritto di famiglia. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1953; MACKELDEY, Ferdinand. *Manuel de droit romain.* Traduit de l'allemand par Jules Reving. 2ème éd. Bruxelles: Société Typographique Belge, 1841; MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*. 5ème éd. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1891. Tome troisième; MONIER, Raymond. *Manuel élémentaire de droit romain.* 4ème éd. Paris: Domat-Montchrestien, 1948. Tome prémier; MÜHLENBRUCH, Christian Friedrich. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 4. Aufl. Halle: C.H. Schwetschke, 1844. Dritter Teil; PEROZZI, Silvio. *Istituzioni di diritto romano*. Firenze: G. Barbèra, 1906; RAMSAY, William Wardlaw. *A manual of roman antiquities.* London: Griffin Bohn, 1863; SCHIRMER, Theodor. *Handbuch des römischen Erbrechtes.* Leipzig: J.A. Barth, 1863. Erster Theil; SOHM, Rudolf. *Institutionen*: Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1949; WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrecht.* 6. Aufl. Frankfurt am Main: Rutten & Loening, 1887. Dritter Band; VANGEROW, Karl

Aos artífices embrionários da Ciência Jurídica, apresentou-se cedo a necessidade de regular os bens deixados por aqueles que faziam a passagem. A premência de tal realidade conduziu o Direito Romano a uma exceção radical no dogma jurídico vigente, segundo o qual a *ob-ligatio* jungia de tal modo a personalidade de credores e devedores que, ao mesmo tempo em que fazia recair a execução sobre seus corpos, tornava impensável uma mutação subjetiva na relação jurídica[142]. Daí dizer-se que *"a história da obligatio é a história do progressivo abrandamento da força do vínculo"*[143].

Nesse contexto, uma transmissão global do patrimônio pareceu uma exceção conveniente à satisfação dos anelos pragmáticos dos juristas romanos: admitia-se ao princípio da intransmissibilidade das obrigações a eficácia excepcional da sucessão hereditária, onde débitos e créditos se transmitem do defunto para o herdeiro, investindo est'último no *universum ius de cuius*, colocando-o na mesma e idêntica situação jurídica em todas as relações da vida[144].

O desenvolvimento do fenômeno jurídico-sucessório em Roma acompanha, *pari passu*, o evolver da noção da família romana e as relações de poder que lhe subjazem. É por essa razão que desenvolveremos, em primeiro plano, rápida caracterização da estruturação familiar romana durante seus diferentes períodos históricos.

Durante a história romana, a origem do direito das sucessões é discernida a partir de um jogo de aproximações e distinções do vínculo religioso que une toda a família derredor dos deveres impostos pelo culto. A transmissão hereditária dos bens da família, condicionada à preservação dos deveres litúrgicos – entre os quais

---

Adolph von. *Lehrbuch des Pandekten*. 6. Aufl. Marburg: Elwert, 1854. Zweiter Band; VOCI, Pasquale. *Diritto ereditario romano.* Introduzione – Parte generale. Milano: Giuffrè, 1963. Volume I; VOLTERRA, Edoardo. *Istituzioni di diritto privato romano*. Roma: La Sapienza, 1972.

[142] Exemplos históricos confirmam a tese: a relação obrigacional, no Código de Hammurábi, tinha por princípio a *Lex Tallionis*, de forma que não havia ainda o cunho patrimonialista da execução civil, tendo o credor quase um direito real sobre o devedor (*manus injectio*). Em 326 a.C., com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, a execução do credor insolvente passa a incidir sobre o patrimônio *(bonorum venditio*). Para essas e demais precisões históricas, confira-se PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 22 *et seq*. Tomo XXII. Interessante abordagem é feita, igualmente, por GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano.* Firenze: Fratelli Cammelli, 1905. p. 53-54. Volume VI.

[143] BRASIELLO, Uco. Obbligazione. In: *Nuovo Digesto Italiano*. *Apud* MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p.12. Volume IV.

[144] TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil.* 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1929. p. 577-578. Volume I. A doutrina, aliás, faz pródigo uso de expressões que designam a "*entrada do sucessor na posição do de cuius*". Cf. BIONDI, Biondo. *Diritto ereditario romano.* Milano: Giuffrè, 1954. p. 34-35.

se encontra a devoção pelo *pater*: em vida, observando a *potestas* que lhe é própria; em morte, ofertando-lhe as exéquias merecidas –, não implica ruptura, antes continuidade da "religião da casa"[145]. Essa maneira de pensar justifica, por exemplo, o fato de o filho emancipado, despido dos vínculos agnatícios, não gozar da qualidade de herdeiro[146].

Sendo a família romana uma verdadeira micro-sociedade, o "fato morte" – pairando sobre a figura centralizadora do *pater*[147] – se reveste, por um lado, de uma significação jurídico-social desconhecida dos dias atuais. Durante a evolução do Direito Romano, observa-se apenas – pelo gradativo enfraquecimento da *potestas* do *pater familias* e pela progressiva substituição do parentesco agnatício pelo cognatício – a tendência para se chegar à família moderna em sentido amplo.

Com efeito, no direito pré-clássico, a família se caracteriza por ser rigidamente patriarcal, e por constituir um agrupamento que goza de relativa autonomia em face do Estado[148]. As questões são soberanamente decididas pelo *pater familias*, com a assistência, em certos casos, de um conselho familiar.

Os poderes do *pater famílias*, portanto, são absolutos sobre as pessoas e coisas a ele submetidas. Quanto às pessoas, ele é o chefe militar da família, seu sacerdote e juiz, tendo poder "proverbial"[149], de vida e de morte sobre todos os

---

[145] FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *La cité antique.* 26ème éd. Paris: Hachette, 1920. p. 76 *et seq.* Confira-se, ainda, o capítulo XI de PLATON. Les lois. In: *Œuvres.* Traduites du grec par Victor Cousin. Œuvre numérisée par J. P. Murcia. Paris: Pichon, 1832. Tome Huitième.

[146] Segundo Lévy-Bruhl (LÉVY-BRUHL, Henri. 'Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto'. In : _____. *Nouvelles études sur le très ancien Droit Romain.* Paris: Recueil Sirey, 1947. p. 80), esse procedimento de emancipação não é comum, exatamente pela importância desempenhada pela família nesse contexto. Em outros textos, tal como RAMSAY, William Wardlaw. *A manual of roman antiquities*. London: Griffin Bohn, 1863. p. 247 *et seq*, podemos encontrar compendiadas as várias hipóteses de emancipação. No mesmo sentido, aqueles que herdavam de quem não tinha *sui heredes* (normalmente os agnatos colaterais ou os *gentiles*), não eram considerados sequer *heredes* (isto é, continuadores do *de cuius*), senão meros adquirentes dos "ativos" patrimoniais. Cf. GIUFFRÈ, Vincenzo. *Il diritto dei privati nell'esperienza romana.* Napoli: Eugenio Jovene, 1998. p. 307.

[147] A predominância do *pater* se dava por três dimensões principais, através das quais a família era patriarcal (indiscutível supremacia do homem), patrilocal (exclusiva residência do grupo no local determinado pelo homem) e patrilinear (primazia da descendência masculina). Cf. GIUFFRÈ, Vincenzo. *Il diritto dei privati nell'esperienza romana.* Napoli: Eugenio Jovene, 1998. p. 425 *et seq.*

[148] Confira-se, no original, na "Carta XLVII" de SÉNÈQUE. Lettres à Lucilius. In: *Œuvres complètes de Sénèque le philosophe.* Traduites du latin et organisées par Jean Baillard. Paris: Hachette, 1861. Tome deuxième: "*Ne voyez-vous donc pas avec quel soin nos pères faisaient disparaître ce qu'a d'odieux le nom de maître et d'humiliant celui d'esclave ? Ils appelaient l'un père famille et l'autre familiaris, terme encore usité dans les mimes. Ils instituaient la fête des serviteurs, non comme le seul jour où ceux-ci mangeraient avec leurs maîtres, mais comme le jour spécial où ils avaient dans la maison les charges d'honneur et y rendaient la justice: chaque ménage était considéré comme un abrégé de la République".*

[149] GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire du Droit Romain.* 6ème éd. Paris: Arthur Rousseau, 1918. p. 136.

membros da família[150]. José Carlos Moreira ALVES sumariou quatro desdobramentos desse poder (*ius vitae et necis; ius noxae dandi; ius vendendi; ius exponendi*[151]). Não se trata, contudo, de uma propriedade tecnicamente dita; tem as características, antes, de uma "magistratura doméstica"[152].

Somente ingressa na família quem o *pater familias* quiser: até os filhos de sua esposa ele deverá reconhecê-los como seus. Para que uma pessoa *alieni iuris* saia de sua família é necessário que o *pater familias* o consinta, pela emancipação ou pela extinção da *manus maritalis*. Não há, em Roma, o que modernamente se denomina maioridade. No período histórico, morto o *pater familias*, a família se divide em tantas quantas forem os *filii familias* que passam a *patres familias*, por ficarem sem ascendentes masculinos vivos a que estejam sujeitos.

Quanto às coisas, tudo aquilo que os *filii familias* adquirissem ingressaria no patrimônio da família *proprio iure*, do qual era titular o *pater familias*. Desde cedo, porém, o *pater* entregava ao *filius* pequena quantia ou alguns bens (*peculium* – pecúlio), para que este os administrasse, no exercício de uma profissão ou do comércio. O domínio desse pequeno patrimônio continuava a ser do *pater*, o qual, a qualquer momento, podia tomá-lo. Morto o filho, o pai recuperava os bens que constituíam esse pecúlio, a que os autores modernos dão a denominação de *peculium profecticium*, isto é, *profectum a patre* (saído do pater familias). Essa situação será paulatinamente modificada durante a história do Direito Romano até o

---

[150] A justificação filosófica da extensão desses poderes no contexto romano é exemplarmente descrita por Sêneca. Consultamos SÉNÈQUE. Des bienfaits. In: *Œuvres de Sénèque.* Traduites du latin par Joseph Baillard. Paris: Félix Alcan, 1886. Livre troisième. Chapitre onzième: "*Mais, dira-t-on, on a accordé aux pères une action privilégiée. Pourquoi cette considération exclusive que la loi a bien voulu avoir pour les bienfaits paternels, ne s'étendrait-elle pas aux autres bienfaits? Je réponds que nous avons consacré, par une législation exceptionnelle, la dignité des parents, parce qu'il importait que leurs enfants fussent élevés: il fallait les exciter puissamment à remplir une tâche pénible et d'un succès incertain. On ne pouvait pas leur dire comme aux bienfaiteurs: 'Choisissez les objets de vos dons; ne vous en prenez qu'à vous-même, si vous vous êtes trompé : n'assistez que ceux qui en sont dignes. » Dans l'éducation de leurs enfants, rien n'est laissé au choix: il n'y a que des voeux à former; et c'est pour les encourager à courir cette chance qu'il a fallu leur donner quelque pouvoir.".* Confira-se, igualmente, a fantástica crônica histórica elaborada por BERNARD, Marie-Paul. *Histoire de l'autorité paternelle en France.* Montdidier: Radenez, 1863.

[151] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 315 *et seq*. Volume II.

[152] A expressão é de PAGET, Auguste-Philippe. *De la puissance paternelle dans le droit romain et le droit français.* Paris: Pichon, 1869. p. 20. Interessante reflexão a respeito da caracterização jurídica do poder exercido pelos pais sobre os filhos, isto é, se seriam direitos reais ou direitos pessoais, é encontrada na "Metafísica dos Costumes". Immanuel Kant cunha a contemporizadora expressão: "direitos a pessoas que têm afinidade com direitos a coisas" (*"Von dem auf dingliche Art persönlichen Recht"*). A justificação dessa nomenclatura pode ser encontrada nos §§ 22 a 29 de KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten.* Suttgart: Philipp Reclam, 2007. p. 124 *et seq.*

Direito Justinianeu, quando será virtualmente extinta, vindo o *filius*, ainda que *alieni iuris,* ostentar patrimônio próprio.

O Direito Romano antigo, caracterizado pela plenitude de poderes atribuídos ao chefe da família, motivou uma célebre contenda sustentada por Pietro BONFANTE e diversos outros romanistas, em especial Vincenzo ARANGIO-RUIZ, a respeito da possível analogia entre o soberano, no plano político, e o *pater famílias*, no plano privado[153]. BONFANTE esclarece sua convicção nas linhas inaugurais de sua obra: "*la famiglia e la gente non erano quasi uno Stato o un qualche cosa di intermedio tra la famiglia e lo Stato: erano precisamente uno Stato"*[154].

Essa concepção política da organização familiar será determinante da fisionomia do Direito das Sucessões, matéria que interessa a esta dissertação. Isso porque a assunção do *pater familias* como soberano político daquele grupo implica, no mínimo, dois consectários: a soberana desigualdade entre o *pater* e todos os demais membros da família[155], de um lado, e a alternatividade de que se revestia a escolha da sucessão (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*).

---

[153] Em verdade, é possível encontrar registros muito antigos a respeito dessa constatação e sua íntima conexão com o Direito das Sucessões. Confira-se, a título de exemplo, o texto de VICO, Giovanni Battista. *Principî di scienza nuova.* Milano: Fortunato Perelli, 1857. p. 189-190. Libro Secondo: *"Gli Eroi si dovettero dire in sentimento di 'signori delle famiglie', a differenza de' famoli, i quali, come vedremo appresso, vi erano come schiavi; siccome in tal sentimento heri si dissero dai Latini e indi hereditas fu detta l'eredità, la quale con voce natia latina era stata detta familia. Talchè da questa origine hereditas dovette significare una dispotica signoria; come da essa Legge delle XII Tavole ai padri di famiglia fu conservata una sovrana potestà di disponerne in testamento, nel capo: UTI PATER FAMILIAS SUPER PECUNIA TUTELAEVE REI SUAE LEGASSIT ITA IUS ESTO. Il disponerne fu detto generalmente legare, ch'è proprio de'Sovrani; onde l'erede vien a essere un legato; il quale nell'eredità rappresenta il padre di famiglia defunto; e il figliuoli non meno che gli schiavi, furon compresi ne'motti, rei suae e pecuniae. Lo che tutto troppo gravemente n'approva la monarchica potestà che avevano avuto i Padri nello stato di natura sopra le loro famiglie, ecc."*

[154] BONFANTE, Pietro. Famiglia e successione. In: _____. *Scritti giuridici varii*. Torino: UTET, 1916. p. 42. Volume I. A título de curiosidade, referimos que a semelhante conclusão chegou o publicista Jellinek, em JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre.* Berlin: 1905. p. 306-307: *"Der Römer hat selbständige, vom Staate nicht abgeleitete und nicht einmal von ihm kontrollierte Herrschergewalt, die einer Staatsgewalt gleicht. Von einer kleinen Monarchie unterschied sich, an unseren Begriffen gemessen, die römische Familie nur dadurch, dass sie kein Gebiet hatte, sondern reiner Personenverband war".*

[155] Conquanto não seja nosso objetivo oferecer argumentos a favor da concepção de Pietro Bonfante, registre-se, a título de honestidade intelectual, as ponderadas objeções de Vincenzo Arangio-Ruiz, segundo o qual a existência da antítese "público v. privado" implicava a igualdade entre o *pater* e *filius* nas matérias que diziam com o Direito Público. Essas observações podem ser encontradas, segundo o próprio Bonfante, em ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Le genti e la città. In: *Annuario dell'Università di Messina.* 1914. De nossa parte, encontramos idênticas objeções (ou seja, sustentando a igualdade do *pater* e dos *filius* no espaço público) em dois textos principais. O primeiro é o clássico curso de MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*. 5ème éd. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1891. p. 83, § 326 *et seq*. Tome troisième. O segundo, encontra-se em MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law:* its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas. London: John Murray, 1870. p. 136-137: *"But among the races understood to be comprised within the Roman empire, Gaius could find none which exhibited an institution resembling the Roman "Power of the Father," except only the*

Essa realidade culminou na assertiva de LÉVY-BRUHL, segundo o qual

> a sucessão é intimamente ligada, em Roma, à *patria potestas,* ou, de uma maneira ainda mais larga, ao parentesco agnatício. **Ela não tem nada que ver com afeição**. **A idéia segundo a qual a *pietas* obriga um romano a deixar seus bens a um parente próximo não aparece antes da época imperial**. **Até lá, e sobretudo na época arcaica, é um princípio puramente jurídico (agnação) que domina as instituições familiais**.[156]

Em interessante abordagem interdisciplinar, com o fim de esmiuçar as diferentes funções que a sucessão adquire no contexto romano, BONFANTE estabelece um paralelo com famosa monografia de um biólogo da época (DOHRN. *Das Prinzip des Funktionswechsel.* Leipzig: 1875). Segundo DOHRN, a sucessão de funções de um mesmo órgão engendra uma mutação deste mesmo órgão. Cada função é resultante de muitos componentes, dos quais um constitui a função fundamental/primária, enquanto outro representa uma função acessória/secundária[157]. O esmaecer da função principal e o predomínio da função acessória modifica a "função total" do órgão, de maneira que a mutável importância proporcional das funções implica proporcional reestruturação do órgão como um todo.

Asiatic Galata?. There are reasons, indeed, as it seems to me, why the direct authority of the ancestor should, in the greater number of progressive societies, very shortly assume humbler proportions than belonged to it in their earliest state. The implicit obedience of rude men to their parent is doubtless a primary fact, which it would be absurd to explain away altogether by attributing to them any calculation of its advantages; but, at the same time, if it is natural in the sons to obey the father, it is equally natural that they should look to him for superior strength or superior wisdom. Hence, when societies are placed under circumstances which cause an especial value to be attached to bodily and mental vigour, there is an influence at Avork which tends to confine the Patria Potestas to the cases where its possessor is actually skilful and strong. When we obtain our first glimpse of organised Hellenic society, it seems as if supereminent wisdom would keep alive the father's power in persons whose bodily strength had decayed. […] The Roman law, however, with its remarkable tendency to innovate on ancient usage only just so far as the exigency of the commonwealth may require, preserves both the primeval institution and the natural limitation to which I conceive it to have been subject. In every relation of life in which the collective community might have occasion to avail itself of his wisdom and strength, for all purposes of counsel or of war, the filius familias, or Son under Power, was as free as his father. It was a maxim of Roman jurisprudence that the Patria Potestas did not extend to the Jus Publicum. Father and son voted together in the city, and fought side by side in the field; indeed, the son, as general, might happen to command the father, or, as magistrate, decide on his contracts and punish his delinquencies. But in all the relations created by Private Law, the son lived under a domestic despotism which, considering the severity it retained to the last, and the number of centuries through which it endured, constitutes one of the strangest problems in legal history".

[156] Segundo LÉVY-BRUHL, Henri. 'Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto'. In: _____. *Nouvelles études sur le très ancien Droit Romain*. Paris: Recueil Sirey, 1947. p. 92. Trata-se de tradução livre, e por nós grifada, do trecho: "*La succession est intimement liée, à Rome, à la patria potestas, ou, d'une manière plus large, à la parenté agnatique. Elle n'a rien à voir avec l'affection. L'idée que la pietas oblige un Romain à laisser ses biens à un proche parent n'est apparue, on le sait, qu'à l'époque impériale, et se manifeste par la création de la querela inofficiosi testamenti. Jusque là, et surtout à l'époque archaïque, c'est le principe purement juridique de l'agnation qui domine les institutions familiales".*

[157] BONFANTE, Pietro. Famiglia e successione. In: _____. *Scritti giuridici varii.* Torino: UTET, 1916. p. 155. Volume I.

Imaginar que a transmissão do acervo hereditário, no contexto romano pré-clássico, obedece a critérios de funcionalidade econômico-financeira consiste, segundo BONFANTE, num estrabismo histórico, o qual desconsidera o longo processo histórico que se inicia com a sucessão política no comando da família[158]. Trata-se, originária e substancialmente, de uma sucessão na soberania e na perpetuação dos deveres do culto[159], e muitos são os argumentos aduzidos pelo autor italiano[160]. A construção jurídica do "legado" foi responsável, em grande parte, por essa patrimonialização tardia das relações sucessórias. É da própria etimologia do vocábulo, aliás, que Pietro BONFANTE conclui pelo seu distanciamento jurídico do testamento romano[161].

---

[158] BONFANTE, Pietro. Famiglia e successione. In: _____. *Scritti giuridici varii*. Torino: UTET, 1916. p. 116. Volume I: *"il più antico contenuto dell'hereditas, se infine i principî che regolano l'hereditas nel diritto romano ci permettano di concludere che l'hereditas primitiva non avesse altro scopo che quello di operare il trpasso della sovranità. [...] Anche nel diritto storico l'erede succede pure ne' sacra della familia: ora i sacra appunto, il culto religioso, sono un elemento grave di tutti quegli organismi primitivi, una funzione della quale è investito il signore del gruppo, come in tutte le società politiche dell'evo antico, nelle quali l'elemento religioso è parte integrante del diritto pubblico e ufficio civile il sacerdozio".* No mesmo sentido, LÉVY-BRUHL, Henri. Observations sur le régime successoral des XII Tables. In : _____. Nouvelles études sur le très ancien Droit Romain. Paris : Recueil Sirey, 1947. p. 35: "*Ainsi, d'après cette doctrine, la succession romaine, à l'époque la plus ancienne, consiste essentiellement dans le remplacement du paterfamilias défunt aux fonctions qu'il exerçait. Elle a un caractère bien plutôt 'politique' (au sens large de ce mot) et religieux qu'économique. Sans doute, l'heres acquiert les biens, et même, en principe, en tant que successeur du de cujus, il a voaction au patrimoine tout entier, mais c'est là un attribut secondaire et une conséquence indirecte de son titre: avant tout, il est le chef, le nouveau paterfamilias".* Confira-se, ainda, LASSALE, Ferdinand. *System der erworbenen Rechte.* Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwickelung. Leipzig: Brockhaus, 1861. p. 30 *et seq.* Zweiter Theil.

[159] As relações entre o religioso e o jurídico eram muito estreitas, como o constatou o próprio Cícero a respeito da transmissão, do dever de sacrifício aos deuses, na exata ordem em que se deferia o acervo hereditário. Confira-se, a título de exemplo, o texto de Confira-se, no original latino: CICÉRON. Des Lois. In: *Œuvres complètes.* Traduites du latin par J.-P. Charpentier. Paris: C.L.F. Panckoucke, 1840. p. 137. Chapitre XIX: "*Hoc posito haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut, ne morte patris familias sacrorum memoria occideret, iis essent ea adiuncta ad quos eiusdem morte pecunia venerit. Hoc uno posito, quod est ad cognitionem disciplinae satis, innumerabilia nascuntur quibus implentur iuris consultorum libri. Quaeruntur enim qui adstringantur sacris. Heredum, causa iustissima est; nulla est enim persona quae ad vicem eius qui e vita emigrarit propius accedat. Deinde qui morte testamentove eius tantundem capiat quantum omnes heredes: id quoque ordine, est enim ad id quod propositum est adcommodatum. Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis quae eius fuerint quom moritur usu ceperit plurimum possidendo. Quarto qui, si nemo sit qui ullam rem ceperit, de creditoribus eius plurimum servet".*

[160] Entre os principais, registre-se: a sucessão de todos os débitos do *de cuius*, incluindo os *ultra vires*; a importância da indicação nominal, no testamento, do herdeiro; a impossibilidade de atribuir bens individuais na instituição do herdeiro; a sucessão *ipso iure* dos *suus*; a revogação absoluta do testamento anterior por um testamento posterior válido; a incapacidade testamentária ativa dos *filius famílias*; a incompatibilidade absoluta da sucessão testamentária com a intestada. Consultamos BONFANTE, Pietro. Famiglia e successione. In: _____. *Scritti giuridici varii.* Torino: UTET, 1916. p. 130-149, *passim*. Volume I.

[161] BONFANTE, Pietro. Famiglia e successione. In: _____. *Scritti giuridici varii.* Torino: UTET, 1916. p. 150-151. Volume I.

O principal documento assemelhado à legislação desse período é a Lei das XII Tábuas (450 a.C.), segundo a qual o herdeiro precisa reunir cinco condições principais[162]: a) ser escolhido entre os *"sui"*; b) ser do sexo masculino; c) ser púbere; d) ser único; e) ser designado por testamento do *de cuius*. Trata-se do "sistema sucessório do *ius civile antiquum*"[163].

Nesse contexto, vigora o que a doutrina romanista alemã denomina de "*formelles Notherbenrecht*" [164], isto é, a "necessariedade formal do direito à herança" , a significar que o testador, desde que observasse, no testamento, as formalidades exigidas, podia deserdar até os parentes mais próximos. Essa é a regra, por exemplo, do antigo *ius civile*, segundo o qual a sucessão necessária formal decorre da seguinte regra: *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* (os *sui heredes* devem ser instituídos ou deserdados[165]).

O sistema da Lei das XII Tábuas dava à sucessão *ab intestato* caráter puramente agnatício, porquanto apenas os parentes agnados (*sui heredes, adgnati*

---

[162] LÉVY-BRUHL, Henri. Observations sur le régime successoral des XII Tables. In: _____. *Nouvelles études sur le très ancien Droit Romain*. Paris : Recueil Sirey, 1947. p. 43 *et seq.*

[163] No *ius civile antiquum*, havia três classes (ordines) de herdeiros designados na lei (*heredes legitimi*): os sui *heredes*, os *adgnati* e os *gentiles*. Não era, portanto, o parentesco cognatício que dava a posição de heres suus (tanto que o filho emancipado não era *heres suus* do pater famílias), mas sim o agnatício. Entre os *heredes sui* se admitia a *successio in locum*; quando esta não ocorria, eles sucediam per capita. Por outro lado, os *heredes sui* adquiriam a herança automaticamente, sem que fosse necessária, portanto, a aceitação; e não podiam renunciá-la, ainda que o quisessem (necessariedade formal). Essa ordem pode ser conferida em JUSTINIANO. *Cuerpo de derecho civil.* Traducido al castellano del latino por D. Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molina, 1897. p. 129-130. Tomo III. A citação escolástica é (D., XXXVIII, 16, *De suis et legitimis heredibus,* 1, 1-11).

[164] WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrecht.* 6. Aufl. Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rutten & Loening, 1887. p. 141, § 576. Dritter Band: *„gewisse Personen darf der Erblasser bei der Erbeseinsetzung nicht übergehen; er muß sie entweder einsetzen, gleichgültig auf wie viel, oder enterben".* Salientaram esse aspecto, ainda, MÜHLENBRUCH, Christian Friedrich. *Lehrbuch des Pandektenrechts.* 4. Aufl. Halle: C.H. Schwetschke, 1844. p. 237 *et seq*, § 165. Dritter Teil, e, na doutrina italiana, VOLTERRA, Edoardo. *Istituzioni di diritto privato romano*. Roma: La Sapienza, 1972. p. 803; BONFANTE, Pietro. Famiglia e successione. In: _____. *Scritti giuridici varii*. Torino: UTET, 1916. p. 169-170. Volume I.

[165] José Carlos Moreira Alves, conquanto não o indique, faz referência ao texto encontrável no *Corpus Iuris Civilis.* Confira-se em JUSTINIANO. *Cuerpo de derecho civil.* Traducido al castellano del latino por D. Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molina, 1889. p. 54. Tomo I: *"Non tamen, ut omnimodo valeat testamentum, sufficit haec observatio quam supra euimus. sed qui filium in potestate habet, debet curare ut eum heredem instituat vel exheredem nominatim faciat: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem ut, etsi vivo patre filius mortuus sit, nemo ex eo testamento heres existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. sed non ita de filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus fuerat antiquitati observatum: sed si non fuerant heredes scripti scriptaeve vel exheredati exheredataeve, testamentum quidem non infirmabatur, ius autem adcrescendi eis ad certam portionem praestabatur. sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat et inter "ceteros" hoc facere. Nominatim autem exheredari quis videtur sive ita exheredetur TITIUS FILIUS MEUS EXHERES ESTO, sive ita FILIUS MEUS EXHERES ESTO, non adiecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet".* A citação escolástica é (*Instit.,* II, *De exheredatione liberorum,* 13).

e gentiles) eram chamados a ela. Esse sistema – como o próprio GAIO o reconhecia[166] – era muito estrito, pois o parentesco cognatício, que a pouco e pouco vinha ganhando terreno, não era levado em consideração. Por isso, no direito clássico, surgem movimentos de reação contra esse estado de coisas, representado, de início, pelo *ius honorarium*, e, posteriormente, pelo *ius civile*, por meio de *senatusconsultus* (mormente os de Tertuliano e de Orficiano) e de constituições imperiais.

No Direito Clássico (230 a.C. / 130 a.C.), a evolução da família decorre, principalmente, da atuação, nos fins da República, do pretor, e, no Principado, dos imperadores e jurisconsultos[167]. Nos fins da República, o pretor, no âmbito do *ius honorarium*, inicia a adaptação da família às novas condições sociais de Roma[168]. Assim, para permitir ao *pater familias* que se utilize melhor dos serviços das pessoas a ele sujeitas (*alieni iuris* e escravos), concede a terceiros a ação contra o *pater familias* com referência a negócios jurídicos que ele realize por meio de *alieni iuris* ou de escravo. Sob a influência de concepções filosóficas, o pretor estabelece, mediante a *bonorum possessio unde cognati*, direito de sucessão entre cognados, quando não há agnados. Esse poder, ilimitado até então, passa a conhecer limites.

O sistema decorrente da reunião dos princípios do *ius civile antiquum*, do *ius honorarium,* dos *senatusconsultos* e das constituições da época imperial, além de não ser harmônico, não mais correspondia às tendências do direito justinianeu. Daí a reforma geral feita pelo Imperador Justiniano nas Novelas CXVIII (de 543 d.C.) e

---

[166] "*18.Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates. quod ius quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere".* A citação escolástica do trecho transcrito é (GAIUS, III, 18).

[167] MONIER, Raymond. *Manuel élémentaire de droit romain.* 4ème éd. Paris: Domat-Montchrestien, 1948. n. 189 *et seq.* Tome premier.

[168] CUQ, Édouard. *Manuel des institutions juridiques des romains*. 2ème éd. Paris: Plon, 1928. p. 132-133: *"La famille naturelle, fondée sur le mariage et les liens du sang, comprend deux groupes de personnes: les cognats et les alliés. § 1º. Les cognats sont les personnes qui descendent d'un auteur commun. Le lien que la nature établi entre elles peut se former soit à la suite d'un mariage légitime, soit en dehors du mariage. Dans le premier cas, l'enfant est cognat de ses père et mère et de leurs parents; dans le second, il n'est cognat que de sa mère et des parents de sa mère. [...] L'alliance n'est pris en considération que dans un petit nombre de cas, pour l'application de la loi Cincia, de l'édit de postulando, des empêchements à mariage. [...] La cognation, au contraire, confère des droits importants. Sous l'influence d'une doctrine philosophique dont Cicéron s'est fait l'interprète, le Préteur, le sénat, les empereurs, ont attribué à la parenté naturelle de nombreuses prérogatives. La principale consiste à donner vocation à la succession ab intestat. C'est un principe nouveau qui s'introduit dans la législation et qui aura pour résultat d'ébranler les fondements de l'organisation patriarcale et aristocratique de la famille. À côté de ce droit de succession reconnu à tous les cognats, on a accordé des droits spéciaux à certains d'entre eux: 1º à la mère : droit de garde des enfants en cas de mauvaise conduite du mari ou lorsqu'ils sont en tutelle, droit de correction, droit à la succession ab intestat de ses enfants; [...] 2º aux descendants: droit à l'obsequium et à la reverentia, droit à des aliments en cas de besoin".*

CXXVII (de 548 d.C.). Caracterizam-na, principalmente, dois fatos: a) não se faz distinção entre agnados e cognados; homens e mulheres; *sui iuris* e *alieni iuris*; b) assimilação das *bonorum possessiones* à sucessão *ab intestato* do antigo *ius civile*, só se falando, então, de *hereditas*.

Nos fins da República, registre-se, a opinião pública passa a ser infensa às pessoas que, em seus testamentos, deserdavam, sem motivo ponderável, certos parentes próximos. Principia a noção de que o testador tinha o dever de afeição (*officium pietatis*) a eles; daí dizer-se que o testamento, que contivesse tais deserdações, era *inofficiosum* (inoficioso, isto é, contrário ao *officium pietatis*). Começou-se a admitir então, que esses parentes que o testador havia deserdado pudessem atacar o testamento, por meio da querela *inofficiosi testamenti* perante o Tribunal dos Centúnviros. Daí ser lugar comum na doutrina pandectista a atribuição, a esse Tribunal, a importante função de consolidação do que viria a ser o direito à legítima[169].

Já no Direito Pós-Clássico, as modificações promovidas pela legislação justinianéia devem muito à influência da recém adotada religião católica, com a qual vêm de arrasto uma série de valores comuns à cristandade (humildade, solidariedade, piedade). Essa associação de valores recebeu, de alguns autores, a nomenclatura de *humanitas*[170].

Segundo RICCOBONO, a apropriação poético-literária da *humanitas* por parte de SÊNECA nutre íntima relação, de um lado, com o advento da filosofia estóica e, de outro, com a fundamentação teórica de certa estrutura política: o

---

[169] Confira-se WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrecht.* 6. Aufl. Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rutten & Loening, 1887. p. 146, § 578. Dritter Band: "*Die Pflichttheilsberechtigung des römischen Rechts verdant ihren Ursprung und ihre Ausbildung der Praxis des Centumviralgerichts. Bei Streitigkeiten zwischen den im Testamente Eingesetzen und den Intestaterben setzte sich dieses Gericht über Testamente hinweg, in welchen den nächsten Verwandten nicht wenigstens ein Theil Dessen zugewendet war, was sie bei Richterrichtung eines Testamentes nach gesetzlicher Regel erhalten haben würden. Dieser Theil heißt eben der Pflichttheil".* No mesmo sentido, ARNDTS, Ludwig. *Lehrbuch der Pandekten.* 6. Aufl. München: J. G. Cotta, 1868. p. 713 *et seq*, § 466; MÜHLENBRUCH, Christian Friedrich. *Lehrbuch des Pandektenrechts.* 4. Aufl. Halle: C.H. Schwetschke, 1844. p. 240, § 166. Dritter Teil.

[170] Para amplo desenvolvimento da temática, confira-se o clássico SCHULZ, Fritz. *Prinzipen des Römischen Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1954. p. 128 *et seq.* Na literatura italiana, cf. RICCOBONO JR., Salvatore. 'Humanitas'. Fonte di progresso del diritto. In: *Studi in onore di Biondo Biondi.* Milano: Giuffrè, 1965. p. 593 *et seq.* Tomo II; DI MARZO, Salvatore. *Istituzioni di diritto romano.* 5.ed. Milano: Giuffrè, 1945. p. 12 *et seq.*

Império é a projeção geográfica de um sentimento comum a todos os homens, não só aos concidadãos da *civitas*[171].

Esses acontecimentos dizem de perto com a temática aqui enfrentada, mormente com a Novela CXV de Justiniano, a partir da qual o caráter da necessariedade é estendido até o conteúdo das disposições testamentárias, de maneira que a certas pessoas o *de cujus* deve deixar uma parcela variável do patrimônio. Trata-se do advento da "necessariedade material do direito à herança" (*"materielles Notherbenrecht"*[172]). É na Novela XVIII que se pode encontrar uma quantificação numérica da porção constitutiva da legítima a partir da constatação declinada por Justiniano no *Praefatio*, no que tange ao contraste entre pais ricos e filhos pobres[173]. O Imperador achou por bem quantificar a legítima – ao contrário do que ocorria no direito clássico, em que era constituída por um quarto do patrimônio do testador (*Lex Falcidia*) – em: (a) 1/3 do monte-mor, caso o *de cujus* tenha até quatro filhos; (b) ½, em havendo mais de quatro filhos[174].

Muito embora alguns autores situem as primeiras compilações da indignidade sucessória no Direito Romano na *Lex Papia Poppaca* (séc. I a.C.)[175], essa categoria jurídica não conhece, nessa época, desenvolvimento linear, tratando-se, antes, de casos singulares, os quais se tornam mais e mais numerosos ao sabor das idiossincrasias caprichosas dos *pater familiae*[176], muitas vezes por causas que sequer ofendiam a sua pessoa, mas que acabavam sendo aceitas pelos pretores.

---

[171] RICCOBONO JR., Salvatore. 'Humanitas'. Fonte di progresso del diritto. In: *Studi in onore di Biondo Biondi.* Milano: Giuffrè, 1965. p. 601. Tomo II: *"Seneca, nativo di Cordova, pone nella humanitas l'anima vivificatrice del regnum, la fondamentale virtù della monarchia universale. La sua anima supera i limiti angusti della patria cittadina e si innalza nella visione luminosa della patria universale. Così egli infonde uno spirito nuovo alla dottrina che professa, vi dà il suo suggello personale, il suo pathos. Seneca chiama fratelli e amici gli schiavi e dalla terra di esilio può esclamare: 'Ogni luogo è patria mia, perchè da ogni luogo posso guardare il cielo'. L'Homo homini lupus di Plauto diviene nella profonda spiritualità di Seneca l'homo sacra res homini".*

[172] MÜHLENBRUCH, Christian Friedrich. *Lehrbuch des Pandektenrechts.* 4. Aufl. Halle: C.H. Schwetschke, 1844. p. 239, § 166. Dritter Teil.

[173] JUSTINIANO. *Cuerpo de derecho civil romano.* Traducido por Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, 1898. p. 94. Tercera Parte.

[174] JUSTINIANO. *Cuerpo de derecho civil romano.* Traducido por Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, 1898. p. 95. Tercera Parte. No original latino, lê-se: *"Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despicere Semper erubescentes, talique modo determinare causam, ut, si quidem unius est filii pater aut mater, aut duorum vel trium, vel quatuor, non trincium eis relinqui solum, sed etiam tertiam propriae substantiae partem, hoc est uncias quatuor, et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quatuor habuerit filios mediam eis totius substantiae relinqui partem."*

[175] TEWES, August. *System des Erbrechts nach heutigem römischen Rechts.* Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1863. p. 94.

[176] PACIFICI-MAZZONI, Emidio. *Studio storico della successione legittima*. Modena: Carlo Vicenzi, 1870. p. 47 e 119, §§ XXI e LXIV. No mesmo sentido, PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité*

Segundo alguns autores, as causas mais remotas seriam, entre outras: a) o tutor que venha a se casar com sua protegida, contrariando decreto do Senado; b) o magistrado que tenha se casado com mulher da província, na qual exercia seu cargo, afrontando mandato imperial; c) matrimônio de adúlteros; d) não vingar a morte do autor da herança, sem o seu conhecimento; e) fugir da obrigação da tutela do filho do testador; f) a viúva que procedia mal no ano do luto[177].

Os parentes mais próximos (via de regra, os cognatos) teriam de esperar cerca de dois séculos para que os pretores, através da *querela inofficiosi testamenti*, dessem compostura jurídica ao que se poderia chamar de "sucessão necessária material", em que a necessariedade é visualizada sob um ângulo que privilegia o direito do familiar a não ser excluído por motivo que não se aproximasse da *iusta causa irascendi*[178]*.* Coube aos pretores, em momento posterior, a paulatina delimitação dos casos suscetíveis de indignidade[179], os quais vieram experimentar relativa uniformização tão somente na Novelas CXV[180].

A Novela CXV é, para os nossos propósitos, o principal pronunciamento justinianeu a ser estudado, em virtude de arrolar as hipóteses de indignidade que os pretores vinham coletando há tempos. Essa temática, dada a sua relevância e considerada a linha de raciocínio a ser desenvolvida na segunda parte desta dissertação, merece tratamento no quarto capítulo. Por ora, à título de conclusão

---

Pratique de Droit Civil Français. 2ème éd. Paris: LGDJ, 1956. p. 97. Tome IV; BIONDI, Biondo. *Diritto ereditario romano.* Milano: Giuffrè, 1954. p. 204. No estágio histórico aqui explorado não há uma nítida diferenciação entre a indignidade e a deserdação, cuja previsão apartada em grande parte das legislações contemporâneas poderia suscitar críticas às nossas considerações de ordem histórica. Feito o registro, destacamos que grande parte das observações a respeito do desenvolvimento histórico são comuns a ambos institutos.

[177] BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano.* 3.ed. Milano: Giuffrè, 1956. p. 666; DE GOYTISOLO, J. Vellet. *Panorama de derecho de sucesiones.* Madrid: Civitas, 1984. p. 304 *et seq.*. Volume II. Para um amplo rol de hipóteses em que se dava a exclusão da herança por indignidade, vide o fabuloso estudo histórico de NARDI, Enzo. *I casi di indegnità nel diritto successorio romano.* Milano: Giuffrè, 1937. p. 79-205, *passim.*

[178] O adjetivo "material" se opõe à vetusta necessariedade, compreendida, esta, na qualidade de "dever jurídico" de aceitar a herança, ainda que consistisse exclusivamente em dívidas. Para essas observações, vide GIUFFRÈ, Vincenzo. *Il diritto dei privati nell'esperienza romana.* Napoli: Eugenio Jovene, 1998. p. 304-305, 316-317; WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrecht.* 6. Aufl. Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rutten & Loening, 1887. p. 4. § 528. Dritter Band.

[179] DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge.* Bruxelles: Émile Bruylant, 1946. p.76-77. Tome Neuvième: *«Sous l'Empire, cette liberté d'exhéréder reçut certaines limites. Les héritiers les plus proches, qui pensaient ne pas avoir d´mérité, pouvaient attaquer les testament qui les exhérédait (querela inofficiosi testamenti). La jurisprudence qui s'établit à propos de ces actions dégagea une série de justes causes d'exhérédation , dont la plupar devinrent des cas d'indignité légale de succéder, tant ab intestat que par testament*». Ainda nesse sentido, ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil.* Traducido por Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. 3.ed. Barcelona: Bosch, 1981. p. 5. Volume II. Tomo I.

[180] ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano.* 9.ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1947. p. 549.

dessa seção, basta frisar que esse documento inovou à medida que promoveu a fusão entre a sucessão necessária formal e a sucessão necessária material, consolidando a noção de que os casos de exclusão do herdeiro do monte sucessório se daria, tão somente, nos casos previstos[181].

Considerado o propósito que anima este primeiro capítulo, convém que se registre, em especial, uma vertente a respeito do fundamento filosófico que inspira o Direito das Sucessões, no Império Romano do Oriente. Tratam-se dos pareceres de TEÓFILO, jurisconsulto dos tempos do Imperador Justiniano[182], relacionando a feitura do testamento ao *ius naturae et gentium*. Segundo TEÓFILO, tão somente as formalidades extrínsecas do testamento estão ao alcance do *"ius civile"*; sua essência, não[183].

Segundo José Carlos Moreira ALVES, "o sistema de sucessão *ab intestato* resultante dessas Novelas CXV é, realmente, uma criação original do direito justinianeu, e exerceu grande influência na formação do direito sucessório moderno"[184]. Naturalmente, o eminente civilista faz referência à compreensão hodierna, segundo a qual o Direito das Sucessões deve se basear na solidariedade, no afeto e proximidade familiais. O alçar essa compreensão ao patamar de fundamento primeiro e último do Direito das Sucessões, como vimos demonstrando até agora, carece de qualquer suporte histórico. Basta um relance aos estágios primevos do Direito Romano, mormente no que tange ao fenômeno da necessariedade formal, para chegar-se à conclusão evidente que o afeto passa ao largo da noção romana de família e de sucessão. Fixemos este ponto para os fins aos quais se dedica este primeiro capítulo.

Especificando o contexto romano até a categoria jurídica que nos interessa, cumpre ressaltar, segundo José Carlos Moreira ALVES, que a *indignitas*, a qual conhece extraordinário desenvolvimento na época imperial, se caracteriza pelo fato

---

[181] CZYHLARZ, Karl von. *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts.* 9. Aufl. Wien: F. Tempsky, 1908. § 140; SOHM, Rudolf. *Institutionen*: Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1949. § 100 *et seq;* LINGENTHAL, Karl Eduard Zachariä von. *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*. 3. Aufl. Berlin: Weidmann, 1892. p. 165 *et seq.* §§ 41-45.

[182] Em verdade, autores mais antigos costumam atribuir a Teófilo a colaboração junto a Triboniano para elaborar a coleção de leis encomendada pelo Imperador Justiniano. Cf. FICKER, Franz. *Histoire abrégée de la littérature classique ancienne.* Traduite de l'allemand par M. Theil. Paris: Hachette, 1837. p. 342 *et seq.* Tome Premier.

[183] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 98. Tome XII.

[184] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 481-482. Volume II.

de não ser incompatível, nem com a delação, nem com a aceitação da herança. O Fisco, na maioria dos casos, se apodera (*eripere*) dos bens hereditários (e a eles se dá a denominação de *ereptorium*) adquiridos pelo indigno, isto é, pelo herdeiro (ou legatário) que teve certos comportamentos contrários à pessoa do *de cuius*, ou à vontade deste, ou à lei[185].

Esse dado histórico inocula mais uma dúvida no que diz com o caráter puramente moral dessa pecha de indignidade no cenário romano, já que os bens, de cuja propriedade foi alijado o indigno, não eram devolvidos ao monte-mor, tampouco eram atribuídos aos sucessores do indigno em seu lugar, como sucede hoje. Já que esses bens eram destinados ao Fisco, não é difícil imaginar que possa ter havido influência, ou estímulo, ao arbítrio na atuação dos *pater familiae* e dos pretores na operacionalização da indignidade sucessória.

1.2.2.4 Regimes econômicos feudais

O feudalismo assiste a uma degenerescência da propriedade alodial, de modo que a posse das terras, na esmagadora maioria da população européia, adquiria um caráter permanente de concessão vassálica[186]. Em termos jurídicos, segundo GABBA, assiste-se à "vitória do usufruto sobre a propriedade"[187]. A História do Direito, em geral – e as relações jurídico-sucessórias, em especial –, é permeável a essas radicais mudanças sócio-estruturais. É possível perceber uma ruptura

---

[185] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 517. Volume II.

[186] Confira-se LABOULAYE, Edouard. *Histoire de la propriété foncière en Occident.* Paris: A. Durand, 1839. p. 277-278: *„Cet esprit de la bande germaine, esprit de compagnonage et d'association, domina le territoire comme il avait dominé les individus. Il fallut que les terres, comme les hommes, s'enchaînassent à un chef, à un seigneur, par un lien mutuel de protection et de fidélité; cet assujettissement fut le travail de l'époque germaine et de l'enfantementdes fiefs. De gré ou de force, tout propriétaire qui ne put être chef dut être vassal. Trois causes, dont la racine est la même, contribuèrent à détruire la propriété allodiale (propriété tout individuelle et indépendante) et a la confondre dans la propriété bénéficiaire (propriété hiérarchique), seule capable, à ce degré de civilisation, de former d'un grand territoire un État, et de la masse des propriétaires une société. Ces trois causes ce furent la violence des grands, l'usage des vassalités et, les donations à l'Église. Je ne parle ici que de la première. Les faits et les lois, tout nous atteste que du sixième au dixième siècle les petits propriétaires d'alleux furent peu à peu dépouillés ou réduits à la condition, soit de vassaux, soit de tributaires par les envahissemens des grands propriétaires et des comtes. Les capitulaires abondent en dispositions répressives; mais ces menaces sans cesse renouvelées n'attestent que la persévérance du mal et l'impuissance du gouvernement».*

[187] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 73. Tome XII.

jurídica (entre tantas outras) do período inaugurado com o desenvolvimento do Direito das Sucessões até então[188].

Como o direito do vassalo, escreve GANS, não consiste na propriedade sobre o feudo, a raiz da sucessão feudal não reside em qualquer direito subjetivo de seus sucessores. A relação de vassalagem, de caráter estritamente pessoal, exclui a sucessão ordinária. O direito do herdeiro cinge-se a uma nova atribuição daquele feudo que fora concedido aos seus ancestrais, sem qualquer caráter (jurídico) de continuidade[189].

Em alguns recantos, de maneira excepcional, o Direito Romano resistia[190] e foi na Itália onde mais germinou a preservação das fontes justinianas[191]. Na França medieval, por outro lado, GABBA ressalta os *Coutumes*, através do qual se

---

[188] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 75. Tome XII: *"Maintenant, sur la base d'une transmission invariable et perpétuelle , quels étaient de plus près les traits caractéristiques de la succession dans le fief? Ils découlent directement de l'essence et du but de la constitution féodale. Puisque le possesseur du fief n'était pas propriétaire, mais ne possédait qu'à titre de concession de son seigneur, la succession dans le fief ne pouvait pas être réglée suivant l'intérêt des vassaux, ni porter aucune trace du droit de succession, mais le but même de la conservation du fief et le caractère du rapport féodal lui dietaient uniquement la loi. La succession ordinaire, celle qui a pour base les rapports privés qui existent entre le successeur et le dernier possesseur, est tout à fait incompatible avec le fief. La succession féodale est tout autre chose".*

[189] GANS, Edouard. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Stuttgart: Cotta, 1835. p. 211. Vierter Band.

[190] LABOULAYE, Edouard. *Histoire de la propriété foncière en Occident.* Paris: A. Durand, 1839. p. 308-309: *« Au midi de la France, où la population gallo-romaine était Tiche et nombreuse , où la conquête des Wisigoths n'avait point ébranlé la législation romaine, où cette uniformité dans l'esprit de la législation avait effacé toute distinction entre les provinciaux et les vainqueurs, les propriétés libres ou, comme on les nomma alors, les alleux se maintinrent, et avec les alleux la loi romaine, qui tout à la fois cause et effet de la liberté des terres, protégea les alleux contre la loi féodale et, contre-balançant l'esprit germain, força ce qu'il y eut de fiefs dans le Midi à se prêter aux formes et à l'esprit de la législation romaine. Cette persistance des lois romaines , qui conserva la civilisation dans les provinces du Midi et rendit ces grandes cités méridionales libres et florissantes à une époque où le Nord était plongé dans la plus épaisse barbarie, a vivement frappé M. de Savigny dans sa belle Histoire du droit romain au moyen âge. Mais avant lui, trois jurisconsultes du Midi, Cazeneuve, Dominicy, avaient rattaché la liberté des terres et des hommes à la loi romaine; Hauteserre surtout, esprit exact et vif, qui a suivi avec un détail infini cette loi romaine dans toutes ses manifestations et a montré comment et par où le droit coutumier a fait invasion dans les usages romains ».*

[191] A esse respeito, confira-se GANS, Edouard. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Stuttgart: Cotta, 1829. p. 231. Dritter Band: *"Dann aber ist das Justinianische Recht in Italien so früh bekannt und wirksam gewesen, daß die einheimischen Ausarbeitungen desselben sich keiner großen Ausbreitung zu erfreuen hatten. Wie wichtig nun auch die Glossatorenschule für das Studium des Römischen Rechts im Mittelalter geworden ist, so ist doch dadurch der schon mitgetheilte Inhalt des Römischen Rechts nicht verändert worden, und wir dürfen dasselbe ein für allemal als eine Grundlage der Italienischen Rechtsbildung anerkennen, ohne uns um die Controversen, die dasselbe zu Wege brachte, zu bekümmern. Nur wo die Verschiedenheit der Ansichten auf die weitere Italienische Rechtsbildung Einfluß hatte, darf dieselbe nicht unerwähnt bleiben. Das eigentliche Italienische Recht des Mittelalters, wie es sich als Product sowohl des Römischen, Canonischen und Longobardischen darstellt, ist in den Statuten der Städte enthalten, die sich von der Mitte des zwölften Jahrhunderts ab bilden, aber erst im dreizehnten allgemein werden, und zu festen Sammlungen heranwachse".*

disseminou a celebérrima expressão (*le mort saisit le vif*) originária do que se denomina, modernamente, "princípio da *saisine*"[192]. Essa máxima, diz GANS, repousa sobre a convicção de que a propriedade do defunto pertence, imediatamente, aos herdeiros. Em outras palavras: constatada a morte, o herdeiro é tomado pela sua herança, é dizer pelo *de cujus*[193].

Em que pese os regimes econômicos feudais serem atrelados à extensão milenar da Idade Média (convencionalmente iniciada no ano 476 d.C., quando o Império Romano do Ocidente primeiro cede ao rei Odoacro, estendendo-se até as Grandes Navegações, em 1453 d.C., quando Constantinopla foi tomada pelos turcos otomanos), para os propósitos deste primeiro capítulo bastam as noções rapidamente expendidas nesses parágrafos. Pretendeu-se salientar aqui mais uma maneira de compreender o fenômeno jurídico-sucessório.

À guisa de conclusão, importa referir que a Idade Média significou – e a metáfora é sugestiva – a morte da liberdade política, tal como o Feudalismo significou a morte da liberdade civil[194]. Para o Direito das Sucessões, essa constatação representa o atrelamento de sua fundamentação a elementos puramente materiais, situados no plano da suserana propriedade.

1.2.2.5 Glosadores

A queda do Império Oriental sepulta o estudo dos textos romanos, os quais conhecerão seu renascimento no séc. XII. A vida econômica vacilava em seus primeiros passos errantes, quando se ressentiu da ausência de uma normatização sistemática. Se é certo que a passagem dos séculos modificou a realidade política, geográfica e econômica da Europa, a vida civil, retomando seu caminho, reclamava um guia.

Essa disparidade de épocas, contudo, fez com que o *Corpus Iuris Civilis* exigisse uma adaptação. A caixa mágica, onde os séculos depositaram a sacralidade das vetustas compilações dos jurisconsultos, relembra a lenda de Pandora: adaptação exige interpretação e, portanto, interpolação. Segundo GABBA,

---

[192] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 79. Tome XII.

[193] GANS, Edouard. *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Stuttgart: Cotta, 1829. p. 149. Dritter Band.

[194] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 77. Tome XII.

a tônica desse momento histórico é o dissenso doutrinário. Os glosadores, BÁRTOLO incluso, retomando a discussão que apontamos a respeito de TEÓFILO, altercavam a respeito da origem do testamento: as seleções tendenciosas que faziam do *Corpus Iuris Civilis* serviam tanto a alternativa do *ius naturae et gentium* quanto do *ius civile*[195].

1.2.2.6 Comentadores

No séc. XVI, as condições da discussão aqui travada sofrem uma substancial modificação. O método adotado pelos intérpretes medievais convinha à sua época: o organismo jurídico encontrava-se, à época, reduzido à inércia. O Direito Romano, tal como recebido através da legislação justinianéia, tinha condições de permanecer estratificado, sujeito, quando muito, a glosas grosseiras. O desenvolvimento comercial da Idade Moderna tirou a Ciência Jurídica da inércia, voltando a exigir-lhe operabilidade.

O renascimento da civilização européia indagou a Ciência do Direito e os seus cultores souberam responder à altura: a Escola de DONEAU e de CUJÁCIO não é mais subserviente à letra ancestral do Direito Romano. Ao segundo, em particular, o Direito Romano não desempenha outro papel se não o de instrumento, tendente a confirmar ou robustecer suas teses. Segundo GABBA, eis a razão pela qual CUJÁCIO se insere na distinta linha dos continuadores dos trabalhos de ULPIANO, PAULO e PAPINIANO[196].

---

[195] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 100. Tome XII: *"Ce n'est pas une interprétation du droit romain, d'après son esprit; c'est plutôt cette interprétation tout extérieure, consistant en des combinaisons factices de textes du Corpus Iuris. Cela posé, nul motif n'existait pour que ces doctrines dussent tomber d'accord, mais comme il est possible de combiner de mille façons et avec les résultats les plus différents, les textes détachés d'une législation aussi étendue que la législation romaine, tantôt elles devaient aboutir à tirer l'origine du testament du jus nalurae et gentium, tantôt à la puiser dans le tut civile".*

[196] Trata-se de tradução livre do trecho encontrável em GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 110. Tome XII: *"Il est très-raisonnable que chacun songe à sa postérité, suivant les affections de son âme et les penchants de son cœur. Qu'il n'y eût pas eu de testament chez les Germains, ni chez les Athéniens avant Solon, cela ne prouve rien contre mon avis, de même que l'exemple des Perses, chez qui l'inceste était pratiqué légalement, ne suflït pas pour détruire la turpitude naturelle d'un pareil dérèglement. Je conviens que les formalités de la testamentifaction appartiennent au droit civil, et ce n'est que par ce motif que chaque nation a eu sa forme particulière de testament. Cependant le droit de tester, considéré in se, est et sera toujours un acte du droit privé que le droit public ne fait que réglementer".*

Aos propósitos deste primeiro capítulo, impõe-se que destaquemos dois aspectos principais a respeito de CUJÁCIO: de um lado, a sua adesão a tese de TEÓFILO, a respeito da origem do Direito das Sucessões concernir ao *ius naturae et gentium*; de outro, sua intuição de que esse ramo do Direito Civil repousa sobre a solidariedade do homem sobre sua posteridade. Quanto a esse segundo aspecto, impõe-se a transcrição integral do texto que lhe é atribuído por GABBA:

> É muito razoável que todos pensem em sua posteridade, seguindo as afeições de sua alma e as inclinações de seu coração. Que não haja testamento entre os germânicos, nem entre os atenienses antes de Sólon, isso não prova nada contra minha opinião, tal como o exemplo dos persas, em que o incesto era praticado legalmente, não é suficiente para destruir a imoralidade natural de tal desordem. Concordo que as formalidades da feitura dos testamentos pertencem à lei civil, e é por esta razão que cada nação teve a sua forma particular de vontade. No entanto, o direito de testar, considerada em si mesma, é e será sempre um ato de direito privado regulado pelo direito público[197].

1.2.2.7 Doutrinas do Direito Natural

A Filosofia do Direito, desde os seus primórdios até o começo do séc. XIX, foi a doutrina do direito natural, vertida em algumas dicotomias variáveis de acordo com o momento histórico (jusnaturalismo, jusracionalismo, etc.)[198]. Carlo Francesco GABBA, homem do primeiro cartel do séc. XIX, não demonstra constrangimento ao afirmar na sua multicitada obra:

> A Ciência do Direito surgiu realmente no séc. XVII, a partir dos autores do Direito Natural; ela mesma conservou esse nome durante muito tempo. Esse ponto de partida dos escritores do Direito Natural foi precisamente o método dos intérpretes do séc. XVI; eles perseguiriam a tarefa de espiritualizar o estudo do Direito Romano, até o ponto de extrair uma verdadeira ciência filosófica. [...] Uma demonstração exata da existência de princípios gerais exsurge do estudo do Direito Romano, e o movimento filosófico da Europa depois do Renascimento, acordará, no séc. XVII, para a necessidade de repousar o Direito sobre uma base científica e erigi-la a um corpo sistemático de doutrinas.[199]

Os demiurgos dessa aproximação entre a Filosofia e o Direito, Hugo GROTIUS e Samuel von PUFENDORF, reunirão os institutos, tanto de Direito

---

[197] *Ad. L 13, Dig., Qui testam. fac.poss. Apud* GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 112. Tome XII.

[198] RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 5. Aufl. Stuttgart: K. F. Koehler, 1956. p. 106 *et seq,* § 3º.

[199] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 115. Tome XII. Tradução livre.

Público, quanto de Direito Privado, sob a régua do "ditado da Razão"[200]. Revestindo-se o Direito, pois, de uma forma sistemática de compreensão, a questão da origem do Direito das Sucessões conhecia uma nova fase: cessava de ser objeto de considerações esparsas para ter seu estudo subordinado a questão mais gerais, das quais esse estudo dependia. Sendo o regime hereditário, afirma GABBA, uma dimensão do regime proprietário, é a partir deste último que os autores desse movimento doutrinário de que cuidamos neste item "1.2.2.7" estudaram o Direito das Sucessões. Uma das principais dicotomias, no que tange à justificação jurídica da propriedade, foi a sustentada entre os que adotavam a tese jusnaturalista da ocupação primitiva[201], de um lado, e os que perfilhavam a tese jusnaturalista do caráter convencional[202], de outro.

Como dito, a natureza do Direito das Sucessões, nesse contexto, adquire um caráter lateral. Estamos em condições de nos questionar se, considerado o exposto nas linhas introdutórias desta dissertação, essa subalternidade sobrevoou os séculos, vindo a aterrissar em nossa época contemporaneamente individualista, avessa à morte. Esse nível secundário de importância, contudo, é o que nos interessa no momento.

Posta nesses termos, a questão passa a ser: como conciliar a sucessão com a propriedade individual primitiva, anteriores à comunidade, pertencente ao homem no estado de natureza? Em que pese as divergências entre GROTIUS e PUFENDORD, arrastadas ao plano do Direito das Sucessões, um ponto comum os conectou: o direito de testar, independentemente do fundamento que lhe informe (Direito Natural ou Direito Posto), só pode ser compreendido por meio da categoria "contrato"[203].

---

[200] GROTIUS, Hugo. *On the rights of war and peace.* Translated by William Whewell. London: John Parker, 1853. p. 4: *"Natural Law is the Dictate of Right Reason, indicating that any act, from its agreement or disagreement with the rational and social nature of man has in it a moral turpitude or a moral necessity; and consequently that such act is forbidden or commanded by God, the auther of nature".* A expressão latina é referida por Gabba: *"Jus naturale est dictatum rectae rationis indicans actui alicui ex ejus convenientia cum ipsa natura rationali et sociali inesse moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem".*

[201] GROTIUS, Hugo. *On the rights of war and peace.* Translated by William Whewell. London: John Parker, 1853. p. 78 *et seq.* O capítulo terceiro é intitulado: *"of the original acquisition of Things".*

[202] PUFENDORF, Samuel von. *Le droit de la nature et des gens.* Système général des principes les plus importantes de la morale, de la jurisprudence et de la politique. Traduit du latin par Jean Barbetrac. Basle: J.R. Thourneisen, 1732. p. 521 *et seq*. Tome Premier. Livre Quatrième. Chapitre VI.

[203] GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 123. Tome XII. Tradução livre.

É o fundamento informador do direito de testar em especial – do Direito das Sucessões, em geral – que separa os referidos pensadores. Ao passo que, para GROTIUS, esse fundamento situa-se no plano do Direito Natural (em sua obra, o testamento é abordado no espaço dedicado às aquisições derivadas[204]), a PUFENDORD parece que o fundamento é uma necessidade puramente prática (forjada pelos homens no Direito Posto)[205].

No contexto do século XVII, convém citar outro autor que contribuiu para o debate, deslizando-o a outro plano. Refiro-me ao "Novo método para aprender e ensinar a jurisprudência", obra escrita por Gottfried Wilhelm LEIBNIZ em 1667. Segundo alguns de seus intérpretes, LEIBNIZ teria encampado uma atitude demasiadamente metafísica ao fundamentar a possibilidade jurídica do testamento na imortalidade da alma: *"'Testamenta vero, mero jure, nullius essent momenti, nisi anima esset immorlalis. Sed quia mortui revera adhuc vivant, ideo manent domini rerum; guos vero hœredes reliquerunt conci« piendi sunt ut procuratores in rem suam*"[206]*.* Para os nossos propósitos, basta o registro do dissenso fundamental entre esses gigantes da Ciência do Direito.

---

[204] GROTIUS, Hugo. *On the rights of war and peace.* Translated by William Whewell. London: John Parker, 1853. p. 110: *"Also we must observe that when we speak of alienation, we include, in that class of processes, testamentary dispositions. For though a testament, like other acts, may assume a certain form by the Civil Law; yet its substance has a close affinity with ownership, and thus, is under Natural Law. For I may alienate my possession, not only simply, but also under condition; not only irrevocably, but revocable, and even retaining in the mean time possession and the fullest power of enjoying it. But alienation under condition, namely the condition of my death, and revocable before that event, while I retain possession and enjoyment in the mean time, is a Testament".*

[205] PUFENDORF, Samuel von. *Le droit de la nature et des gens ou Système général des principes les plus importantes de la morale, de la jurisprudence et de la politique.* Traduit du latin par Jean Barbetrac. Basle: J.R. Thourneisen, 1732. p. 571-572. Tome Premier. Livre Quatrième. Chapitre X: *"Il y a des gens qui soutiennent la négative dans l'une & l'autre de ces questions,& ils se fondent principalement fur la supposition que le pouvoir de tester est de Droit Naturel & non pas de Droit purement Civil. Mais pour bien voir le fond de cette matière, il faut remarquer, que, pour empêcher un nombre infini de fraudes qui peuvent se glisser dans les Testaments écrits, & pour prévenir les grands démêlez, auxquels l'avarice & le désir d'attrapper une chose aussi aisée à aquérir qu'une bonne Succession auroit donné lieu infalliblement ; les Loix Civiles ont réglé avec beaucoup de soin les formes & les formalitez d'un Testament, en sorte qu'il n'y a rien sur quoi elles entrent dans un plus ample détail.Comme donc on présume que toute personne en âge d'homme fait, & tirée, par l'éducation, de la crasse ignorance des Paisans les plus grossiers, ou connoit par elle-même, ou peut apprendre de gens mieux instruits comment un Testament doit être fait selon les Loix: quiconque a déclaré ses dernières volontez d'une manière qu'il savoit ou devoit savoir n'être pas suffisante pour rendre l'acte valable en Justice malgré les oppositions, est censé n'avoir pas agi bien sérieusement; d'autant plus qu'on a beaucoup de tems pour penser à faire son Testament. Lors donc qu'un Testament n'est pas conforme aux réglemens des Loix Civiles, on soupçonne aisément ou qu'il y a eu quelque fraude de la part des intéressez, ou que le Testifteur n'é:oit pas en son bon sens, ou qu'il a fait son Testament à la hâte , &àla sollicitation d'autrui, plutôt que de son pur mouvement".* Na transcrição desse excerto, mantive a grafia das palavras no original.

[206] *Apud* TROPLONG, Raymond-Théodore. *Droit civil expliqué.* Des donations entre-vifs et des testaments. Bruxelles: A. Labrouet, 1855. p. 10-11. Tome Premier: *"Dire que les morts vivent encore,*

1.2.2.8 Doutrinas críticas

Nessa seção, a análise de alguns autores selecionados deixará entrever o caráter profundamente sociológico de suas elucubrações. A compreensão desses autores serve aos nossos propósitos de demonstrar um viés crítico do Direito das Sucessões, fazendo apelo a categorias não-jurídicas.

A mais expressiva crítica ao Direito das Sucessões, mormente no que tange à figura do testamento, se deu na Assembléia Nacional de 1791, no escaldo da Revolução Francesa. Àquela oportunidade, ROBESPIERRE vociferava na tribuna: "O homem pode dispor da terra cultivada por ele, quando ele mesmo é reduzido a poeira? Não, a propriedade do homem depois de sua morte deve retornar ao domínio público da sociedade"[207].

Nesse mesmo contexto político-filosófico, corporificou-se o repúdio à manutenção de certa ordem estamental - passível de ser perpetuada caso tivesse seus contornos passíveis de determinação mesmo além da vida dos atores que compõem tal *status quo* – na voz de outro parlamentar. Refiro-me ao que Orosimbo NONATO chamou de "surtos tribunícios"[208] do Conde de MIRABEAU[209].

---

qu'ils sont toujours propriétaires de leurs biens, que leurs héritiers ne sont que des procureurs, c'est certainement aller jusqu'à un point qu'il-n'est pas nécessaire d'aborder, et qu'il faut laisser à des théories métaphysiques dont la jurisprudence n'a pas besoin". A mesma crítica é encontrável em GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: *Mémoires couronnés et autres mémoires*. Bruxelles: Académie Royale, 1861. p. 140-141. Tome XII.

[207] Trata-se de tradução livre do trecho encontrável em Cf. GUIZOT, François. *Histoire parlementaire de France.* Paris: Michel Lévy, 1861. p. 300. Tome neuvième: "*L'homme peut-il disposer de cette terre qu'il a cultivée lorsqu'il est lui-même réduit en poussière? Non, la propriété de l'homme après sa mort doit retourner dans le domaine public de la société*".

[208] NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 9. Volume I.

[209] Seja-nos permitido a citação integral do aparte, encontrável em COMTE DE MIRABEAU, Honoré Gabriel Riqueti. Discour. In: CUZACK, P. *Du droit d'aînesse et du partage de succession dans les landes.* Bayonne: [s.ed.], 1852. p. 25-26: "*Eh quoi! N'est-ce-pas assez pour la société les caprices et les passions des vivants ? Nous faut-il encore subir leurs caprices et leurs passions quand ils ne sont plus? N'est-ce pas assez que la société soit actuellement chargée de toutes les conséquences résultants du despostions testamentaires depuis au temps immerioal jusqu'a ce jour ? Faut-il que nous lui preparions encore tout ce que les testaeurs futurs peuvent ajouter de maux par leus dernières volontés, trop souvent bizarres, denaturées, même? N'avons nous pas vu une foule de ces testament où respiraient tantôt l'orgueil, tantôt la vengeance: ici un injuste éloignement, la une predilection aveugle? La loi casse les testaments appélles 'ab irato'; mais touts ces testaments qu'on pourrait appeller...'a moroso', 'a delirante', 'a superbo', la loi ne les casse point. Combien de ces actes signifiés aux vivants par les morts, ou la folie semble se disputer à la passion, ou le testateur fait de telles dispositions de sa fortune qu'il n'eût osé de son vivant en faire la confidence à personne, des dispositions telles en un mot qu'il a besoin pour se les permettre de se detacher entièrement de sa mémoire et de penser que le tombeau serait son abri contre le ridicule et les reproches! Je ne sais, messieurs, comment il serait possible de concilier la nouvelle législation française, où tout est ramené*

Da mesma maneira, Léobon LAROMBIÈRE, não sem certa tristeza, constatava o desenvolvimento à fórceps do Direito das Sucessões, rebocado exclusivamente pelo interesse econômico: "*C'est en effet une fatalité de nos institutions ou plutôt de la société humaine, que jamais il ne meure un homme, sans que son décès ne procure à un autre plus ou moins de profit pecuniaire. Telle est la loi des successions*"[210].

Em 1830, sectários do saint-simonismo francês enviaram à Câmara dos Deputados um manifesto socialista. Entre outras propostas, o manifesto continha uma acalorada defesa do caráter absolutamente aristocrático e iníquo da transmissão hereditária do patrimônio, razão pela qual exigiam a abolição de todo o Direito das Sucessões[211].

No capítulo sétimo do Livro IV de sua obra, Antoine-Eugène BURET fez uma análise do Direito das Sucessões sob um prisma econômico, contando, principalmente, com severas críticas ao direito de testar. Através da herança, o ser humano se torna uma imagem da sociedade: "ele não morre, ele se continua, até o último momento de sua existência, ele trabalha pelo futuro, porque ele espera gozar de uma porção dele mesmo através de seus filhos: a herança une as gerações, daí porque é eminentemente um direito social"[212].

De acordo com BURET, a transmissão da propriedade por testamento devia ser inteiramente suprimida, ou mais severamente limitada do que na legislação

---

au grand et admirable principe de l'égalité politique, avec la loi que permettrait à un père, à une mère d'oublier à l'égard de leurs enfants ces principes sacrés d'égalité naturelle avec une loi qui favoriserait des distinctions que tout réprouve, et accroîtrait ainsi dans la société ces disproportions résultant de la diversité des talents et de l'industrie, au lieu de les corriger par l'égale division des biens domestiques...Les pères n'ont pensé qu'à leur empire et ils ont oublié leur paternité. Ils en ont été punis en faisant naître dans le coeur de leurs enfants, à la place des sentiments naturels d'amour et de respect, de motifs de crainte et des vues secrètes d'intérêt. [...] Oh ! étouffons ce germe de distinctions futures...Dans notre précédent gouvernement, une multitude de victimes étaient sacrifiées par la barberie des lois féodales ou par l'orgueil paternel à la décoration d'un premier-né. Alors les ordres religieux, les bénefices, les couvent, les places de faveur appelaient les rebutés des famille".

[210] LAROMBIÈRE, Léobon Valéry Léon Jupile. *Théorie et pratique des obligations.* Commentaire des titres III & IV, du Code Napoleón. Paris: A. Durand, 1857. p. 242. Volume I.

[211] O texto faz parte de uma série de reivindicações enviada à *"Chambre des Députés"*, em 1830, por representantes do movimento "saint-simonista", como Saint-Amand Bazard e Barthélemy Prosper Enfantin. Cf. REYBAUD, Louis. *Études sur les réformateurs ou socialistes modernes.* 7ème éd. Paris: Guillaumin, 1864. p. 104 *et seq*. Tome premier. À página 106, encontramos o elucidativo excerto: *"Mais en vertu de cette loi, ils demandent l'abolition de tous les privilèges de naissance, sans exception, et par conséquent la destruction de l'héritage, le plus grand de ces privilèges, celui qui les comprend tous aujourd'hui, et dont l'effet est de laisser au hasard la répartition des privilèges sociaux, parmi le petit nombre de ceux qui peuvent y prétendre, et de condamner la classe la plus nombreuse à la dépravation, à l'ignorance, à la misère".*

[212] BURET, Antoine-Eugène. *De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France*. Paris: Paulin, 1840. p. 379. Tome second.

atual. A morte – e a expressão é forte – é "uma verdadeira expropriação por causa de utilidade social; é preciso conservar-lhe esse caráter de utilidade e de justiça" ("*La mort est une véritable expropriation pour cause d'utilité sociale; il faut lui conserver ce caractère d'utilité et de justice*"). O direito de testar é, segundo BURET, condenado pela experiência: *"ouvrez l'histoire: vous verrez les testaments accélérer à Rome la décadence des mœurs impériales, et créer au profit de l'intrigue et de la corruption une industrie lucrative"*[213].

A proposta de BURET chegou a adotar um número: 1/4 ou 1/5, aproximadamente, deveria ser a fração da herança a ser "devolvida" à sociedade. O autor justifica o verbo por meio de uma metáfora: o homem não é filho só de sua família, senão de toda a sociedade, a qual lhe permitiu, através de sua organização jurídico-econômica, a fruição dos bens que comporão o espólio. Nesse sentido, a sociedade é, também, titular de um direito à sucessão[214]. Unidas a essa idéia, parecem estar propostas de SAINT-SIMON, entre as quais se encontra a extinção do direito à herança aos parentes colaterais além do 6º grau[215].

A Joseph-Pierre PROUDHON, da mesma forma, pareceram inaceitáveis as conseqüências sociais oriundas da concentração patrimonial a que se presta o Direito das Sucessões. Resgatando o estágio do Direito Romano em que uma única via era possível[216], PROUDHON propõe ser necessário que o herdeiro, ciente dessas conseqüências, adquira a herança alternativamente: ou a título de herdeiro legítimo, ou a título de herdeiro testamentário[217].

Comparativamente aos críticos de matriz socialista, a reflexão de Karl MARX apresenta-se algo mais elaborada. Segundo esse pensador, um dos grandes erros cometido pelos asseclas de SAINT-SIMON foi o de terem tratado o Direito das Sucessões não como efeito legal, mas sim como causa econômica da revolução social de então – isso não os impediu, absolutamente, de eternizarem a propriedade

---

[213] BURET, Antoine-Eugène. *De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France*. Paris: Paulin, 1840. p. 385. Tome Second.
[214] BURET, Antoine-Eugène. *De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France*. Paris: Paulin, 1840. p. 388-389. Tome Second.
[215] SAINT-SIMON, Claude Henri. *Doctrine saint-simonienne.* Résumé générale. 2ème éd. Paris: [s.ed.], 1830. p. 108.
[216] PROUDHON, Joseph-Pierre. *Théorie de la propriété*. 2ème. éd. Paris: Lacroix, 1866. p. 109 *et seq.*
[217] PROUDHON, Joseph-Pierre. *Qu'est-ce que la propriété?* Recherches sur le principe du droit e du gouvernement. Paris: Prévot, 1841. p. 308: *"La liberté n'est point contraire aux droits de succession et de testament : elle se contente de veiller à ce que l'égalité n'en soit point violée. Optez , nous dit-elle, entre deux héritages, ne cumulez jamais. Toute la législation concernant les transmissions, les substitutions, les adoptions , et si j'ose employer ce mot, les coadjutorcries, est à refaire".*

privada da terra e dos demais meios de produção em seu sistema de sociedade. De acordo com MARX, proclamar a supressão do direito de herança como ponto de partida da revolução social significaria apenas desviar a classe trabalhadora do verdadeiro centro de atenção da sociedade contemporânea. Do mesmo modo, seria algo inteiramente banal pretender suprimir as leis sobre os contratos, concluídos entre comprador e vendedor, enquanto subsistir a atual situação de troca de mercadorias[218]. Nas palavras do autor, "O desaparecimento do direito de herança será o resultado natural de uma mudança social que suplantará a propriedade privada dos meios de produção. Sem embargo, a abolição do direito de herança não pode ser jamais o ponto de partida de tal remodelação."[219]

Não só em nome da igualdade foi criticamente perspectivado o Direito das Sucessões; à luz da liberdade, as ponderações não são menos lúcidas. O direito à herança foi estudado por importantes nomes do liberalismo inglês clássico[220]. Respeitados os objetivos metodológicos atribuídos a este primeiro capítulo, restringiremos nossa análise a dois em especial: Jeremy BENTHAM e John Stuart MILL.

Existem dois textos imprescindíveis à compreensão de Jeremy BENTHAM sobre o Direito das Sucessões, ao longo dos quais fica demonstrada a grave repercussão da Revolução Francesa em suas idéias, inclusive seu desagrado com os rumos tomados na suposta defesa da liberdade e igualdade. Em 1795, vem à luz

---

[218] Consultamos o texto de MARX, Karl. *Bericht des Generalrats über das Erbrecht*. In: *Marx und Engels Werke.* Berlin: Dietz, 1961. p. 370 *et seq.* Sechzehnter Band. Adaptamos o texto original, cujo teor vernacular é: *"Es war einer der großen Irrtümer, die vor vierzig Jahren von Aposteln des Saint-Simon begangen wurden, daß sie das Erbschaftsrecht nicht als die legale Wirkung, sondern als die ökonomische Ursache der sozialen Revolution behandelten. Dieses verhinderte sie ganz und gar nicht, in ihrem System der Gesellschaft das Privateigentum in Land und in den andern Produktionsmitteln zu verewigen. Allerdings dachten sie, die wählbaren und lebenslänglichen Eigentümer könnten bestehen, wie Wahlkönige bestanden haben. Die Aufhebung des Erbschaftsrechts als den Ausgangspunkt der sozialen Revolution zu proklamieren, würde nur die Arbeiterklasse von dem wahren Punkt der Aufmerksamkeit für die heutige Gesellschaft ablenken. Es wäre ein ebenso abgeschmacktes Ding, die Gesetze der Kontrakte zwischen Käufer und Verkäufer aufzuheben, während der heutige Zustand des Austausches von Waren fortbestände; es würde falsch in der Theorie und reaktionär in der Praxis sein".*

[219] MARX, Karl. *Bericht des Generalrats über das Erbrecht*. In: *Marx und Engels Werke.* Berlin: Dietz, 1961. p. 368. Sechzehnter Band. Trata-se de tradução livre do trecho: *"Das Verschwinden des Erbschaftsrechts wird das natürliche Resultat eines gesellschaftlichen Wechsels sein, der das Privateigentum im Produktionsmittel verdrängt, aber die Abschaffung des Erbrechts kann niemals der Ausgangspunkt einer solchen Umgestaltung sein".*

[220] A análise aprofundada dos pensadores liberais, no que tange ao Direito das Sucessões, pode ser encontrada em ERREYGERS, Guido. Views on inheritance in the history of economic thought. In: _____; VANDEVELDE, Toon. *Is inheritance legitimate?* Ethical and economic aspects of wealth transfers. Berlin: Springer, 1997. p. 16 *et seq.*

"Supply without burthen or Escheat vice taxation"[221], onde se encontra uma inusitada modificação *"Law of escheat"* feudal (algo similar à disciplina da herança vacante)

Em 1802, pelas mãos do tradutor Étienne DUMONT, sobrevêm os "Tratados de legislação civil e penal"[222] em língua francesa. Nessa obra seminal à Ciência do Direito da virada do séc. XVIII ao séc. XIX, BENTHAM desvela uma oposição constante entre dois princípios cardinais de sua obra – segurança e igualdade – e, ante a inexorabilidade da escolha, dava primazia ao primeiro[223]. A reconciliação entre segurança e igualdade não seria, contudo, uma "guerra eterna". Todavia, "o único mediador entres esses interesses conflitantes, é o Tempo. Quem quer seguir os conselhos da igualdade, sem contrariar aqueles da segurança, deve aguardar a época que finda as esperanças e as queixas: a morte"[224]. Essa afirmação, segundo ERREYGERS, confere o tom ao tratamento conferido por BENTHAM ao Direito das Sucessões: sua proposta deve ser compreendida na qualidade de contemporização entre liberdade (compreendida como segurança) e igualdade[225].

A partir do vigoroso combate a qualquer noção de "direito natural" à herança, BENTHAM atribui importante função ao testamento, o qual representa, além de emanação direta do direito de propriedade, "um instrumento posto nas mãos dos indivíduos de maneira a prevenir calamidades privadas, corrigindo iniqüidades da lei"[226]. Qualquer perversão decorrente desse poder é exceção e como tal deve ser tratada.

---

[221] Consultamos o exemplar histórico BENTHAM, Jeremy. Supply without burthen or Escheat *vice* taxation. In: *The works of Jeremy Bentham.* Collected by John Bowring. Edinburgh: William Tait, 1839. p. 586. Part VIII.

[222] Consultamos o exemplar histórico BENTHAM, Jeremy. *Traités de législation civile et pénale*. Précédés de principes généraux de législation et d'une vue d'un corps complet de Droit. Paris: Bossange, Masson & Besson, 1802. Tome deuxième.

[223] BENTHAM, Jeremy. *Traités de législation civile et pénale*. Précédés de principes généraux de législation et d'une vue d'un corps complet de Droit. Paris: Bossange, Masson & Besson, 1802. p. 48. Tome deuxième: *"Quand la sûreté et l'égalité sont en conflit, il ne faut pas hésiter un moment. C'est l'égalité qui doit céder. La première est le fondement de la vie: subsistance, abondance, bonheur, tout en dépend. L'égalité ne produit qu'une certaine portion de bien-être: d'ailleurs , quoi qu'on fasse , elle sera toujours imparfaite : si elle pouvoit exister un jour, les révolutions du lendemain l'auroient altérée: l'établissement de l'égalité n'est qu'une chimère: tout ce qu'on peut i'aire, c'est de diminuer l'inégalité".*

[224] BENTHAM, Jeremy. *Traités de législation civile et pénale*. Précédés de principes généraux de législation et d'une vue d'un corps complet de Droit. Traduits par Étienne Dumont. Paris: Bossange, Masson & Besson, 1802. p. 52. Tome deuxième. Tradução livre.

[225] ERREYGERS, Guido. Views on inheritance in the history of economic thought. In: _____; VANDEVELDE, Toon. *Is inheritance legitimate?* Ethical and economic aspects of wealth transfers. Berlin: Springer, 1997. p. 19.

[226] BENTHAM, Jeremy. *Traités de législation civile et pénale*. Précédés de principes généraux de législation et d'une vue d'un corps complet de Droit. Paris: Bossange, Masson & Besson, 1802. p. 150. Tome deuxième. Tradução livre.

As críticas de John Stuart MILL, um dos pensadores liberais mais influentes do século XIX, direcionam-se ao fato de a sucessão intestada repousar sobre um fundamento altamente duvidoso: transformar a inegável premência de cuidados, por parte dos que não se podem ainda manter, em dogma inquebrantável. Esse fundamento, impressionado por certos modelos comportamentais, impedia, segundo MILL, fossem vistos com discernimento os inconvenientes de ordem econômica, já no que tange à falta de circulação de riquezas e de ordem moral, já no que diz com a debilitação de futuros atores econômicos na deixa de verdadeiras fortunas a bebês[227].

O testamento, ademais, compõe a liberdade de disposição intrínseca à noção de propriedade; a sucessão intestada, não[228]. Essa premissa é suficiente para MILL afrouxar, pouco a pouco, o liame entre os laços familiares e o direito à herança – nesse sentido, sua proposta de abolir qualquer tipo de legitimidade sucessória aos parentes colaterais.

1.2.2.9 Doutrinas jusfilosóficas

Durante o século XIX, algumas das obras européias intituladas "Filosofia do Direito" traziam uma curiosa bipartição: metade da obra era dedicada à construção histórica da disciplina; a outra metade, à análise de institutos de Direito Privado.

---

[227] MILL, John Stuart. *Principles of political economy with some of their application to social philosophy.* Boston: Little & Brown, 1848. p. 264. Chapter II. Second Book: *"The claims of children are of a different nature; they are real, and indefeasible. But even of these, I venture to think that the measure usually taken is an erroneous one; what is due to children is in some respects underrated, in others, as it appears to me, exaggerated. […] Whatever fortune a parent may have inherited, or still more, may have acquired, I cannot admit that he owes to his children, merely because they are his children, to leave them rich, without the necessity of any exertion. I could not admit it, even if to be so left were always, and certainly, for the good of the children themselves. But this is in the highest degree uncertain. It depends on individual character. Without supposing extreme cases, it may be affirmed that in a majority of instances the good not only of society but of the individuals would be better consulted by bequeathing to them a moderate, than a large provision. This, which is a common-place of moralists ancient and modern, is felt to be true by many intelligent parents, and would be acted upon much more frequently, if they did not allow themselves to consider less what really is, than what will be thought by others to be, advantageous to the children".* Grifos nossos. À página 269, encontramos explicitado o inconveniente de ordem moral: *"That a person should be certain from childhood of succeeding to a large fortune, independently of the good will and affection of any human being, is, unless under very favorable influences of other kinds, almost a fatal circumstance m his education".*

[228] MILL, John Stuart. *Principles of political economy with some of their application to social philosophy.* Boston: Little & Brown, 1848. p. 260. Chapter II. Second Book: *"It follows, therefore, that although the right of bequest, or gift after death, forms part of the idea of private property, the right of inheritance, as distinguised from bequest, does not. That the property of a person who has made no disposition of it during his lifetime, should pass first to his children, and failing them, to his nearest relations, may be a proper arrangement or not, but is no consequence of the principle of private property".*

Segundo Heinrich AHRENS, por exemplo, o Direito das Sucessões se constrói derredor do vínculo afetivo que junge os familiares. Esse vínculo conjuga aspectos ativos e passivos, projetando em direção às relações familiares não só um direito à herança, mas igualmente um dever de preservação, de maneira que o comprometimento de qualquer um dos elementos fragiliza todo o plexo jurídico-familiar[229].

De acordo com Luigi MIRAGLIA, a sucessão intestada tem seu princípio nos vínculos de sangue ou no organismo ético da família, que se reflete na comunidade dos bens[230]. Com relação à sucessão testamentária, por outro lado, o autor elabora interessante distinção: “Se o fundamento próximo da sucessão legítimo se dá em relação aos vínculos de sangue e ao condomínio doméstico, o fundamento da sucessão testamentária diz com o direito de propriedade, de maneira que quem é proprietário, pode dispor da coisa como lhe aprouver”[231].

O italiano Antonio ROSMINI adquire grande relevo entre essas obras a que fizemos referência. Em sua "*Filosofia del Diritto*", o autor parte da premissa segundo a qual a família é "um corpo coletivo possuidor de direitos", onde impera o "afeto sobre os filhos". Esse afeto, escreve ROSMINI, justifica a sucessão intestada na exata medida em que se constitui em "fundamento moral da propriedade"[232].

O suíço Jean-Jacques BURLAMAQUI, da mesma forma, situava a sucessão intestada na presumida vontade de beneficiar, com os frutos de seu trabalho, aqueles que lhe eram mais próximos, seguindo os "sentimentos naturais de todo homem". Segundo o autor, "a Natureza mesma nos inclina a esse caminho, nos inspira ao suprimento das necessidades e interesses de nossa família"[233].

Eugène LERMINIER cotejou a sucessão política e a sucessão hereditária, não nos termos em que já o fizera Pietro BONFANTE, senão de modo a extrair dessa comparação o fundamento último do Direito das Sucessões. Segundo LERMINIER, ao passo que a sucessão política deita raízes no consentimento e na liberdade da comunidade política, a sucessão hereditária guarda estreita conexão com certo direito natural do filho (o qual vem ao mundo desprovido das armas

---

[229] AHRENS, Heinrich. *Die Philosophie des Rechts*. Wien: Carl Gerold, 1852. p. 600 *et seq.* Erster teil.
[230] MIRAGLIA, Luigi. *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Impulso, 1943. p. 562.
[231] MIRAGLIA, Luigi. *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Impulso, 1943. p. 564. Tradução livre.
[232] ROSMINI, Antonio. *Filosofia del diritto.* Milano: Boniardi-Pogliani, 1841. p. 544. n. 1289. Volume I.
[233] BURLAMAQUI, Jean-Jacques. *Principes du droit de la nature et des gens et du droit public général.* 2ème éd. Paris: Janet et Cotelle, 1821. p. 459 *et seq.* Tradução livre.

bastantes a defender-se) ao provimento, por parte de seus pais, de suas necessidades[234].

Já no início do séc. XX, Enrico CIMBALI avançou ao ponto de atribuir ao Direito das Sucessões uma "função social". O autor retira esse conceito de uma análise tricotômica a respeito da propriedade sobre a qual recai o direito de herança: coexistem, nela, o elemento puramente individual, o elemento familiar e o elemento puramente social[235]. Esses elementos correspondem, respectivamente, à sucessão testamentária, à sucessão legítima e à eventual vacância (quando os bens passam, no direito brasileiro, por exemplo, ao domínio do Estado). A esses três destinos – vertidos em "direitos", uma vez previstos legislativamente –, CIMBALI atribui o caráter "sacro"[236].

1.3 Conclusões parciais

A partir dessa apertada síntese histórica, podemos atribuir a esse primeiro capítulo da primeira parte o condão de ter assentado aquele objetivo que assinalávamos nas linhas introdutórias: o conceito de herança intestada já foi arquitetado ao redor das mais diversas concepções filosóficas e sociológicas. Esse ponto de partida é fundamental ao recorte metodológico do segundo capítulo, qual seja a opção por um estudo dogmático-jurídico da indignidade sucessória.

Os exemplos cotejados dão conta do histórico dissenso (de natureza filosófica e sociológica) a respeito do fundamento subjacente ao Direito das Sucessões. Nas sociedades primitivas, acentua-se o caráter inercial da herança, preservando dentro do círculo familiar um patrimônio que, apesar de administrado

---

[234] LERMINIER, Eugène. *Philosophie du droit.* 2ème éd. Paris: Charpentier, 1835. p. 183 *et seq.* Confira-se no original: *"Alors l'hérédité politique puise sa raison non dans le sang et dans la nature, mais dans l'utilité, le consentement et la liberté de tous. Mais qu'un enfant reçoive de son père et de sa mère le lait et le pain, plus tard la nourriture intellectuelle, que plus tard encore il hérite du patrimoine paternel, voilà un fait naturel, antérieur à toutes les combinaisons politiques, indestructible. L'enfant a reçu le sang et la vie; il a droit à l'éducation, sans laquelle il ne pourrait être homme; il a droit aux biens de son père, sans lesquels il resterait désarmé au milieu de la société. Entre les parens et les enfans il y a une solidarité dont l'ineffaçable caractère est un des plus riches apanages de la race humaine. Le droit romain nous fournit une expression singulièrement heureuse pour rendre les rapports du père et du fils, heres suus, c'est-à-dire le sang du père, sa propre personnification, le fils revivant dans son auteur, l'identité de l'enfant et du père".*

[235] CIMBALI, Enrico. La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente. In: *Opere complete.* 4.ed. Torino: UTET, 1907. p. 206. Volume I.

[236] CIMBALI, Enrico. La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente. In: *Opere complete.* 4.ed. Torino: UTET, 1907. p. 208-209. Volume I.

pela figura paterna, lhe pertencia. Os escritos de BONFANTE e LÉVY-BRUHL sublinham, em Roma, o caráter profundamente político das relações familiares e sucessórias, descartando qualquer afeição natural.

Nos regimes econômicos feudais, por outro lado, as considerações doutrinárias às quais tivemos acesso atrelam o fundamento do (que sobrou do) Direito das Sucessões a elementos puramente materiais, situados no plano da suserana propriedade.

Os séculos seguintes, passando os movimentos glosadores e comentadores, bem como os teóricos setecentistas do Direito Natural, ocupar-se-ão, em grande parte, das estruturas fundamentais do pensamento jusfilosófico. É dizer: a origem do Direito deve ser buscada no concerto dos homens ou algo além? Alocada em lugar subalterno dessa discussão, o Direito das Sucessões é reduzido à discussão sobre a possibilidade, ou não, de o individuo direcionar seus bens quando da sua morte. A palavra de ordem do testamento é liberdade; não afeto, solidariedade ou amor. As discussões apresentadas, como visto, tendem a defender (oscilando entre argumentos jurídicos e metafísicos) essa liberdade.

As doutrinas críticas (dos revolucionários até PROUDHON e MARX) viram na herança um catalisador das mazelas sociais experimentadas pelo séc. XIX, propondo, quando não a radical abolição, um "direito hereditário da sociedade". O caráter romântico do direito de herança (ressaltando o amor familiar na qualidade de seu fundamento) aparece em CUJÁCIO, mas só toma corpo nos séculos XIX e XX, de acordo com as doutrinas que denominamos de jusfilosóficas.

Importa ressaltar, sobretudo, a diversidade de concepções subjacentes ao rápido apanhado histórico que viemos de demonstrar. Tal é a premissa de que partimos para asseverar, no próximo capítulo, que a perspectiva adotada neste trabalho é a que oferece maior objetividade: a dogmático-jurídica. Essa objetividade é necessária, de um lado, quando se analisa uma categoria jurídica restritiva de direitos, como é a indignidade sucessória, e, de outro, quando a CF exige a fundamentação de todos os pronunciamentos jurisdicionais. Essas questões serão feridas no quarto capítulo desta dissertação.

CAPÍTULO II – RUPTURA JURÍDICA NO DIREITO DAS SUCESSÕES A PARTIR DA NOÇÃO DE INDIGNIDADE SUCESSÓRIA

Em suas *Pandectas*, na primeira página dedicada à categoria de que tratamos, Bernhard WINDSCHEID instiga-nos com uma enigmática observação: a idéia fundamental sobre a qual se baseia a indignidade sucessória guarda relação com uma hipótese em que o Direito reage contra si mesmo[237]. Entre as várias interpretações possíveis, uma delas, no mínimo, se afigura pertinente ao nosso assunto: trata-se de hipótese excepcional em que o ordenamento jurídico flagra uma situação de anormal ruptura no plexo de deveres e direitos que o Direito imputa aos familiares.

Nas páginas introdutórias deste trabalho, tivemos oportunidade de ressaltar nossa escolha, justificando-a em sua ilusória simplicidade. Voltamos a repetir: a singeleza de uma categoria do Direito Privado – tal como a indignidade sucessória –, associada às dificuldades que pretendemos apontar no seu trato jurisprudencial, é tão somente ilusória. A investida racionalizante, suscitada em nossas propostas jurídico-dogmáticas ao tratamento da indignidade sucessória, contra qualquer tipo de arbítrio – e, em especial, o do Poder Judiciário – é extensível, *mutatis mutandis,* a qualquer ramo do ordenamento jurídico brasileiro. A partir da CF, o rigor exigido na fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais é instrumento de controle racional do poder que oculta (e que se oculta).

Dentre as inúmeras – e interessantíssimas – perplexidades jurídicas frente à morte, é inviável que abordemo-las todas. Há que se fazer uma escolha, verticalizar sua análise, restringir o objeto do estudo para que seja possível, enfim, adjetivá-lo – o estudo – "científico", dele extraindo conseqüências que, acreditamos, são extensíveis a outros ramos.

A fim de apreender essas conseqüências, achamos por bem estudar a ruptura (representada, no âmbito do Direito das Sucessões, pela indignidade sucessória) por meio de outra ruptura. A ruptura, pois, a que se dedica este segundo capítulo tem duas dimensões: uma dimensão formal e uma dimensão material. A

---

[237] WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrecht.* 6. Aufl. Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rutten & Loening, 1887. p. 398, n.º 669. Dritter Band: *„Das Rechtsinstitut der Erbunwürdigkeit beruht auf demselben Grundgedanken, wie das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; auch hier reagirt das Recht gegen sich selbst“*.

primeira ruptura (formal) é metodológica, considerada a estrutura desta dissertação: no primeiro capítulo, dedicamo-nos a contextualizar a construção do Direito das Sucessões ao redor de concepções filosóficas e sociológicas no grande horizonte da genérica perplexidade do Homem em relação à Morte. Fizemos questão de ressaltar, então, que essas concepções não guardavam unanimidade nem em suas premissas, nem em suas conclusões. Essa ausência de consenso, a nosso ver, justifica a razão pela qual o tratamento da matéria, no marco de um Estado Democrático de Direito, deve se pautar por argumentos exclusivamente jurídicos e pela segurança que lhes é própria.

Essa ruptura formal impedirá que a densidade semântica da palavra (indignidade) se expanda – tal como o próprio WINDSCHEID parecia temer quando criticava o uso, por parte dos pandectistas, do latinismo "*Indignität"* ao invés de *"Erbunwürdigkeit*"[238] – para além do efeito jurídico previsto no Direito das Sucessões brasileiro. Da ruptura formal cuidaremos em primeiro lugar, no item "2.1", por meio de algumas especificações terminológicas.

A segunda ruptura (material) é conteudística, considerada a categoria da indignidade sucessória como eficácia excepcional, a qual impede seja o herdeiro beneficiado por qualquer parcela da herança através de uma interessante presunção: "como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão" (art. 1.816, CC). A sistematização e o regime dessa ruptura conteudística no ordenamento jurídico brasileiro serão abordadas na seqüência do item "2.2".

2.1 Especificações terminológicas

O tema de que se ocupa esta dissertação é a indignidade sucessória. A fim de que afinemos a nossa linguagem, determinando com precisão o objeto de estudo, convém que, antes mesmo de explorar o que significa essa negação (indicada pelo prefixo "in-"), detenhamo-nos, durante algumas linhas, sobre a qualidade negada (dignidade).

---

[238] WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrecht.* 6. Aufl. Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rutten & Loening, 1887. p. 433 (nota de rodapé n.º 3), § 669. Dritter Band: *"Die Bezeichnung Erbunwürdigkeit ist aus einem doppelten Grunde nicht ganz passend. Einmal weil die Unwüdigkeit sich nicht bloß auf Erbschaften bezieht; sodann weil der Ausdruck Unwürdigkeit für manche hierher gehörige Fälle zu stark ist, z.B. bei formlosen Widerruf der Erbeseinsetzung. Aber eine bessere Bezeichnung bietet sich nicht dar. Das Fremdwort Indignität scheint mir noch weniger empfehlenswerth und erlaubt überdieß keine adjectivische Bezeichnung".*

Estas observações terminológicas coadjuvarão o propósito final desta dissertação – delimitar, através de determinada teoria da argumentação jurídica, o arbítrio judicial na ampliação dos requisitos subjetivos e objetivos previstos no art. 1.814 do CC – na exata medida em que enfatizam que "indignidade sucessória" nada mais é do que uma categoria do Direito das Sucessões, sem qualquer prejuízo, em que pese a parecença lexical, à dignidade humana do herdeiro reputado sucessoriamente indigno. Noutras palavras, a ignomínia das condutas selecionadas pelo legislador não podem forçar determinada interpretação judicial, ignorando os limites dogmáticos da categoria.

A dignidade humana já ocupou boa parte dos grandes pensadores da História, tendo seu conceito oscilado de acordo com as tendências filosóficas respectivas: o Homem, dotado de dignidade, já foi definido como um ser político (ARISTÓTELES), que ri (RABELAIS), que pensa (DESCARTES), que julga (KANT), que trabalha (MARX), que crê (BERGSON), que nasce da união biológica entre macho e fêmea da espécie humana (COMTE-SPONVILLE)[239]. Sua proteção jurídica, qualquer que seja sua natureza, alcançou esplendor normativo no séc. XVIII, quando importantes documentos constitucionais objetivaram impor um anteparo entre o Estado e o indivíduo. A partir desses fatos, alguns autores questionaram se, no meio desse caminhar juridicizante do Homem, não houve alguma mudança na natureza do objeto protegido, isto é, se a forja do Direito não teria, sob o pretexto de proteger, "fabricado" algo diverso[240].

Especificamente com relação ao conceito de dignidade humana, o mesmo pode ser compreendido sob duas perspectivas principais: (A) uma de natureza ontológica; (B) outra, de natureza deontológica. A perspectiva de natureza ontológica, por sua vez, pode ser subdividida em (A.a) uma perspectiva mais histórica, de um lado, e (A.b) uma perspectiva mais axiológica, de outro[241].

A doutrina costuma cindir a análise da perspectiva ontológico-histórica (A.a) em, no mínimo, três momentos principais. O (A.a.a) primeiro momento diz com o pensamento clássico, de acordo com o qual a *dignitas* traduzia medida qualitativa

---

[239] Retiramos a síntese histórica de COMTE-SPONVILLE, André. *Présentations de la philosophie.* Paris: Albin Michel, 2000. p. 161-173, *passim.*

[240] Confira-se, a título exemplificativo, a instigante obra de EDELMAN, Bernard. *Quand les juristes inventent le réel.* La fabulation juridique. Paris: Hermann, 2007, mormente a partir do capítulo terceiro da segunda parte (*"La fabrique de l'homme*"), na página n.º 195 e seguintes.

[241] Os caracteres principais desta sistematização foram retirados da obra de PELE, Antonio. *La dignidad humana – sus orígenes en el pensamiento clásico.* Madrid: Dykinson, 2006.

dos indivíduos. PLATÃO, por exemplo, compreendia que os homens não eram todos iguais, sendo que apenas alguns seriam dignos[242].

O (A.a.b) segundo momento diz com o pensamento filosófico-cristão, segundo o qual a dignidade humana é contemplada na qualidade da "imagem de Deus" (*imago Dei*). Nesse paradigma, avultam os nomes de SANTO AGOSTINHO (defensor do conceito de dignidade heterônoma, isto é, vinda da instância divina, externa ao Homem) e PICCO DELLA MIRANDOLA (que investe em uma visão relativamente mais antropocêntrica, fundada no livre-arbítrio do indivíduo que pode, por meio dos núcleos ético, ontológico e metafísico, transcender sua condição bestial)[243].

O (A.a.c) terceiro momento diz com o pensamento kantiano e a compreensão do homem como fim em si mesmo. Immanuel KANT propõe um enfoque moral à dignidade humana, a qual deixa de ser um atributo de Deus, da Natureza ou da Razão. O filósofo iluminista funda esse atributo a partir da conhecida dicotomia: "todas as coisas possuem um valor ou uma dignidade; aquilo que pode ser substituído por um equivalente possui um preço, e aquilo que não pode ser substituído possui uma dignidade"[244].

Há tentativas de identificar a dignidade humana em perspectiva axiológica, isto é, identificando-a como "valor". O conceito de valor, por sua vez, pode ser entendido de diversas formas, entre as quais citamos, exemplificativamente, a definição de caráter material exposta por Miguel REALE, segundo o qual "os valores, enquanto tais, possuem realidade que é também a-espacial e atemporal – ou seja, apresentam um modo de ser"[245].

No cenário brasileiro, destacamos, a título meramente exemplificativo, a iniciativa metodológico-sistematizante de Maria Celina Bodin de MORAES em artigo intitulado "O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo". A autora – após demonstrar, em linhas gerais, que o conceito de dignidade, antes de inoculado nas Constituições e diplomas internacionais

---

[242] Retiramos a síntese de HUFEN, Friedhelm.*Staatsrecht II.* 2. Aufl. München: C.H. Beck, 2009. p. 130 *et seq;* bem como de PELE, Antonio. *La dignidad humana – sus orígenes en el pensamiento clásico.* Madrid: Dykinson, 2006. p. 82.

[243] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 30 *et seq.*

[244] KANT, Immanuel.*Metaphysiche Anfangsgründe der Tugendlehre.* Hamburg: Meiner, 1990. p.109-110. Tradução livre.

[245] REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 187.

modernos, experimentou ampla elaboração no plano filosófico e político[246] – se dispõe a problematizar a dignidade nos limites da Ciência Jurídica, desdobrando-a em quatro "princípios jurídicos" principais.

O primeiro deles conecta-se com a *igualdade*, de modo que o sujeito moral reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; o segundo, com a *integridade psicofísica,* de tal modo que os iguais são merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica; o terceiro, com a *liberdade,* de acordo com o que o sujeito dispõe de autodeterminação; e o quarto, com a *solidariedade,* segundo a qual o sujeito é parte do grupo social, tendo a garantia de não vir a ser marginalizado.[247]

Maria Celina Bodin de MORAES defende a existência de certa "cláusula geral de tutela da pessoa", prescindindo de um número aprioristicamente determinado de situações jurídico-subjetivas tuteladas, porque o objetivo da proteção "é o valor da personalidade humana, sem limitações de qualquer gênero, ressalvadas aquelas postas no interesse de outras pessoas, dotadas de igual dignidade"[248].

A conclusão da autora perfilha uma perspectiva axiológica da dignidade humana, já que afirma que a tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, em estanques *fattispecie*, devendo, antes, ser apresentada como problema unitário[249].

Já a perspectiva deontológica implica a afirmação de que a dignidade humana traduz uma norma de determinado ordenamento jurídico, isto é, importa em um "dever-ser" (*sollen)*, além de um mero "ser" (*sein).* Diversamente da perspectiva

---

[246] MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 114-119, *passim.*

[247] De acordo com a síntese da autora: *"De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social".* Consultamos MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 120. O aprofundamento desses quatro princípios, que não encontra espaço neste momento, pode ser conferido das páginas 121 a 139 do referido artigo.

[248] MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 140.

[249] MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 141.

ontológica, na qual se pressupõe que a dignidade seja um estado de coisas conferido por determinado fato externo, a perspectiva deontológica encara a dignidade como enunciado normativo positivado em certo texto. Na CF, por exemplo, encontramo-la nos artigos 1º, III; 226, § 7º; 227, *caput*; 230, *caput.*

Conquanto esta dissertação não vá utilizar esses desdobramentos conceituais para o fim a que se propôs, os parágrafos anteriores desempenham o relevante papel de precisão terminológica de nosso estudo. Isso porque, ao se falar de indignidade sucessória, a parecença sintática pode inspirar um equívoco semântico. A comparação entre a expressão utilizada pelo CC e a expressão utilizada, por exemplo, pelo Código Civil alemão (BGB), para designar a mesma categoria jurídica, demonstrará nosso ponto.

O uso de expressões – em vez de substantivos unos – na designação dos objetos de pensamento parece sugerir a reunião de distintas propriedades em um mesmo objeto. Explicamo-nos: a fim de designar a mesma categoria jurídica (isto é, de exclusão da herança dependente da conduta do herdeiro) com o mesmo nível de precisão, é necessário, em português, dizer-se "indignidade sucessória"; em alemão, "*Erbunwürdigkeit*". O substantivo, quando redigido em língua alemã, deixa entrever uma unidade semântica apta a afastar – assim nos parece – qualquer mal-entendido. Parece ficar claro que não se cuida de um bloco significativo ("indignidade") que recaia sobre o herdeiro ("sucessória"); trata-se de uma categoria jurídica (leia-se: juízo de valor negativo atribuído pelo ordenamento jurídico), cujos efeitos estão pré-determinados pela lei.

As conseqüências dessa reflexão, em nossa forma de ver, ultrapassam o plano meramente lexical; salientam, em verdade, que o herdeiro que pratica alguma das condutas previstas no art. 1.814 do CC não se encontra, por esse fato, desprovido de sua dignidade humana, ao talante da convicção moral do magistrado. Noutras palavras, tal qual o acusado, independentemente do crime perpetrado, tem direito à observância, por parte do Estado, do devido processo penal, também o réu, em ação de indignidade sucessória, independentemente da ignomínia de que se revestem os crimes contra familiares, tem direito à observância fiel à normatividade do CC.

Essas observações sublinham, no mínimo, um ponto de extrema relevância: ao abordarmos, em seguida, a indignidade sucessória, não estamos (como a prefixação “in” poderia sugerir) analisando uma categoria jurídica que desprovê o

indivíduo de algo que lhe é inerente; analisamos, tão somente, uma categoria jurídica cuja eficácia restringe-se à exclusão do herdeiro em relação à herança – nada mais.

Feitas essas observações a respeito do que não vamos tratar, cabe, de imediato, passar às especificações terminológicas atinentes à indignidade sucessória. O termo "indignidade" já foi empregado nos mais diferentes contextos, dos quais o jurídico é apenas um dos mais restritos. Ante a amplitude do conceito, faremos três especificações terminológicas de maneira a fixar em qual sentido o vocábulo "indignidade" será estudado nesta dissertação. As hipóteses rejeitadas, as respostas imperfeitas formam em volta do problema um traçado pleno de lacunas, mas que define a forma da solução futura. Já é quase haver descoberto a solução o fato de haver definido com cuidado os aspectos que a solução não pode ter[250].

Em primeiro lugar, restringiremos nossa análise ao mundo jurídico, isto é, certa concepção de indignidade da qual derivem efeitos jurídicos. Trata-se da **indignidade jurídica.** Essa especificação – de certa forma, já adiantada nos parágrafos antecedentes – afasta de nossa análise as várias situações em que a indignidade foi empregada por questões de estilística poética ou em transnominação de determinadas qualidades morais[251].

Contextualizada a indignidade como caracterização da qual se possam extrair conseqüências jurídicas, a segunda especificação consiste em apontar quais são as conseqüências jurídicas que serão analisadas – noutras palavras, contextualizar topologicamente essas conseqüências. Como já dissemos, esta dissertação tem como objeto a eficácia excludente que o ordenamento jurídico brasileiro atribui, no âmbito do Direito das Sucessões, aos herdeiros que agirem de

---

[250] GUITTON, Jean. *A arte de viver e pensar.* Traduzido por Daniel Innocentini. São Paulo: Paulinas, 1962. p. 54.

[251] Os exemplos são pródigos na obra ciceroniana. Para fins de citação, utilizaremos a forma escolástica de registro: *De inventione,* II, XXXV, 107: *"dignitatem ostendere, et cetera ea, quae personis ad honestatem et amplitudinem sunt adtributa, cum conquestione, sine arrogantia, in se esse [demonstrabit], ut honore potius aliquo quam ullo supplicio dignus esse videatur; deinde ceteros proferre, quibus maiora delicta concessa sint"; De inventione,* II, LII, 157: *"Rerum expetendarum tria genera sunt; par autem numerus vitandarum ex contraria parte. Nam est quiddam, quod sua vi nos adliciat ad sese, non emolumento captans aliquo, sed trahens sua dignitate, quod genus virtus, scientia, veritas"; De oratore,* I, XLIII, 194: *"ex his enim et dignitatem maxime expetendam videmus, cum vera virtus atque honestus labor honoribus"; De Partitione Oratio,*VII, 28: *"Quorum primus locus est in personis nostris, disceptatorum, adversariorum; e quibus initia benevolentiae conciliandae comparantur aut meritis nostris efferendis aut dignitate aut aliquo genere virtutis, et maxime liberalitatis".* As citações, retirei-as do sítio eletrônico http://www.thelatinlibrary.com/cic.html em 10.12.2011. Para demais exemplos, confira-se o interessante estudo LÉVY, J.P.H. Dignitas, gravitas, auctoritas testium. In:*Studi in onore di Biondo Biondi*. Milano: Giuffrè, 1965. p. 29-49, *passim.* Volume II.

determinada forma. Trata-se da **indignidade jurídico-sucessória.** Essa especificação afasta de nossa análise os vários ramos do ordenamento jurídico brasileiro em que a (in)dignidade tem sido empregada, tal como explicado, por exemplo, no referido artigo de Maria Celina Bodin de MORAES.

Por fim, é necessário fazer ainda a terceira especificação terminológica, no que tange ao ponto de vista a partir do qual a indignidade jurídico-sucessória será estudada. Trata-se da **indignidade jurídico-sucessória dogmaticamente considerada.** Essa especificação, como será demonstrado nas próximas seções, afasta de nossa análise as dimensões da indignidade jurídico-sucessória estudadas pela Filosofia do Direito (2.1.1.1) e pela Sociologia do Direito (2.1.1.2). A importante tarefa de conceituar a **indignidade jurídico-sucessória dogmaticamente considerada** será desenvolvida no item "2.2.1.1.2.2". Por ora, nos incumbe, tão somente, especificar a dimensão dentro da qual desenvolveremos a discussão.

2.1.1 Dimensões conceituais da indignidade sucessória

Mesmo no âmbito do Direito das Sucessões, como deixamos claro na seção precedente, é possível a adoção de várias leituras do mesmo fenômeno jurídico. Qualquer juízo depreciativo a respeito de qualquer uma delas não pode ser universalmente demonstrado – trata-se de mero preconceito sedimentado por séculos de batalha epistemológica, da qual só se pode aproveitar o aprimoramento histórico do Direito. Trata-se, sobretudo, de considerar as "tarefas e áreas"[252] que distinguem essas dimensões conceituais.

A seguir o conselho de CÍCERO, o tratamento científico de qualquer matéria deve iniciar pela tentativa de sua definição, visando à clareza na elucidação do assunto[253]. A definição do que seria a indignidade sucessória pode ser perspectivada em diversos níveis. Para a explicação de nosso recorte epistemológico, três distintos níveis – representantes de três leituras distintas – bastarão.

---

[252] HOLLERBACH, Alexander. Ciência do Direito. Traduzido por Eduardo Schenato Piñeiro. In: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.14.

[253] CICÉRON. *Des devoirs.* Traduit du latin par Charles Appuhn. Paris: Garnier, 1933. Livre premier. Chapitre troisième.

2.1.1.1 Dimensão filosófico-jurídica

Na década iniciada em 1950, ponderando os avanços e recuos históricos que a autonomia da Ciência do Direito experienciara até então, Salvatore PUGLIATTI indagava: qual a verdadeira fisionomia dessa disciplina? É filosofia, é história, é técnica ou seria arte? A metáfora através da qual Salvatore PUGLIATTI ilustra a situação parece-nos adequada ao presente momento – a Ciência do Direito, segundo o autor, foi chamada a comparecer no Tribunal da Filosofia para defender-se da acusação de "abuso do título de ciência"[254]. Nesta seção do trabalho, com o exclusivo fim de justificar nosso método, pretendemos enfrentar essa acusação.

A fim de podermos justificar a recusa da dimensão filosófico-jurídica na qualidade de método para este trabalho, cumpre esclarecer o que entendemos por esse olhar específico, distinto daquele que caracteriza a Sociologia do Direito e daquel'outro, que caracteriza a Dogmática Jurídica. Quando se afirma que a Filosofia é a ciência dos primeiros princípios, o que se quer dizer é que a Filosofia pretende elaborar uma redução conceitual progressiva, até atingir juízos com os quais se possa legitimar uma série de outros juízos integrados em um sistema de compreensão total[255].

É certo que um fio comum a diversas escolas filosóficas consiste, exatamente, na busca do universal. Essa busca dialoga com o que Slavoj ŽIŽEK

---

[254] Confira-se, no original, em PUGLIATTI, Salvatore. La giurisprudenza come scienza pratica. In: *Rivista italiana di scienze giuridiche.* 1950. p.49: *"Una situazione di crisi accentuata (patologica, dunque, non fisiologia, come è quella crisi perpetua in cui si sostanzia il processo di ogni organismo vivente) pare caratterizzi in questo nostro tempo travagliato il diritto, le discipline che si occupano del diritto (filosofia, storia, scienza), e persino le attività che presiedono alla aplicazione pratica di esso (tecnica, arte forense, attività giurisdizionale). Già la prima guerra mondiale aveva aggravato le condizioni anormali degli organismi sociali ed accelerato il processo critico...La seconda guerra mondiale rese assai più grave e complessa la crisi di cui parliamo; ed essa ora presenta una notevole varietà di aspetti: quasi altrettanti nodi che sono venuti al pettine e vogliono essere sciolti. Oggi più che mai la scienza giuridica, come è stato detto argutamente, è chiamata a comparire al tribunale della filosofia, per difendersi dall'accusi di abuso del titolo di scienza. Il processo – si può dire – permanente, nella sua fase più acuta può farsi risalire ad un secolo fa, ma sembra che oggi si abbia fretta di giungere alla sentenza. Qual'è la vera fisionomia di questa disciplina: è filosofia, è storia, è scienza, è tecnica, è arte?...Il giurista, dunque, farà forse bene a stare in attesa, non indifferente ma vigile, della sentenza: troppo spesso accade di riscontrare tra i giuristi atteggiamenti di imperturbabile sicurezza che non ingiustificatamente sono stati censurati. Del resto, se non può senza cauzione ritenersi che 'vera e grande scienza è quella che si apre alla filosofia o in essa si conclude', è però innegabile che 'non può lo scienziato rimanere estraneo a quello stimolo più profondo che è rinchiuso nell'esigenza del sapere filosofico".*

[255] REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7.

chamou de "condição paraláctica da filosofia como tal"[256], a qual reuniria, de maneira algo inusitada, DESCARTES, SPINOZA e KANT.

René DESCARTES é categórico: "tendo considerado o quanto um mesmo homem, com o seu mesmo espírito, criado desde a infância entre franceses ou alemães, torna-se diferente do que seria se vivesse sempre entre chineses ou canibais"[257], o *cogito* só poderia surgir nos interstícios de sistemas substanciais partilhados[258]. A razão, nesses termos, vincula-se inerentemente à perda das identidades substanciais partilhadas[259].

B. (de) SPINOZA, mais que DESCARTES, é a personificação do pensador deslocado. O filósofo de Amsterdã escreve a partir da dúvida radical de si mesmo e das intersecções consúteis entre a Cristandade (Bento de S.) e o Hebraísmo (Baruch S.). A dimensão universal da razão é experienciada ontologicamente, de modo que o filósofo, na sua condição de "duplamente excluído", contemplou a irrelevância da lógica própria de grupos étnicos em face da relevância filosófica de um antagonismo que cruze diagonalmente todos os grupos[260].

Ao menos na vertente político-filosófica do pensamento kantiano, a aspiração à universalidade da razão também pode ser constatada, sendo usual apontar-se "Da paz perpétua" como a principal obra dessa vertente[261]. Nesse escrito de menos de cem páginas, Immanuel KANT se propôs a estabelecer algumas condições para que os Estados soberanos coexistissem em Paz, a qual estaria correlacionada a certa concepção cosmopolita do Direito[262]. Para o filósofo

---

[256] ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe.* Traduzido por Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 32: "a definição de paralaxe é: o deslocamento aparente de um objeto – mudança de sua posição em relação ao fundo – causado pela mudança do ponto de observação que permite nova linha de visão".

[257] DESCARTES, René. *Discours de la méthode.* Pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences. Paris: Cluny, 1943. p. 85.

[258] ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe.* Traduzido por Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 20.

[259] Salientando a perspectiva de que o "cogito" se reveste de um caráter não-substancial, "não se podendo falar dele positivamente; basta fazer isso para que sua função se perca", confira-se o interessante trabalho de KARATANI, Kojin. *Transcritique:* on Kant and Marx. Translated by Sabu Kohso. Cambridge: MIT Press, 2003. p. 134 *et seq.*

[260] ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe.* Traduzido por Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 21.

[261] HÖFFE, Otfried. *Kleine Geschichte der Philosophie.* 2. Aufl. München: C.H.Beck, 2008. p. 222.

[262] Trata-se de uma progressão de universalidade, adotada por Kant como necessária à Paz Perpétua, perpassando: a) Direito Político (*Staatsbürgerrecht*) dos homens em determinado povo (*ius civitatis*); b) Direito das Gentes (*Völkerrecht*) dos Estados nas suas relações recíprocas (*ius gentium*); c) por fim, o Direito Cosmopolita (*Weltbürgerrecht*), considerados os homens e os Estados, na sua relação externa de influência recíproca, como cidadãos de um estado universal da humanidade (*ius cosmopoliticum*). No paradigma desse último estágio, a violação do Direito ocorrida num ponto da

de Königsberg, o termo "público" consiste na universalidade transnacional do exercício da Razão[263]. O ponto alto do alcance universal da razão ordenadora culmina, em 1789, na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A contraposição histórica ao núcleo comum entre os três autores suprarreferidos foi denominada de "Contra-Revolução", caracterizada pelo combate às idéias partilhadas pelo conjunto dos entusiastas da Revolução Francesa. Trata-se, simultaneamente, do ataque à Declaração de 1789 – no que tange à universalidade contida no substantivo "Homem" – e da apologia ao nacionalismo. Essas duas características congregaram grandes pensadores de várias partes da Europa ao redor da insistência em "declinar a humanidade no plural", na elegante expressão de FINKIELKRAUT[264]. A despeito de suas interessantíssimas constatações, não há espaço aqui para dissecar todos os autores pertinentes. Cumpre ressaltar tão somente, para frisar ainda uma vez a inadequação da dimensão filosófica para os propósitos deste trabalho, as graves objeções teóricas à pretensão de universalidade da Razão[265].

ŽIŽEK afiança a existência da "lacuna paraláctica" por meio dessas e mais outras comparações, sublinhando a passagem de KANT para HEGEL como

---

terra é sentida em todos os outros. Para essas observações, vide KANT, Immanuel. Zum ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf. In: HARTENSTEIN, G. (hg.). *Immanuel Kant's sämmtliche Werke.* Leipzig: Leopold Voss, 1868. p. 415-416, em nota de rodapé. Sechster Band. Confira-se, entre os intérpretes italianos de Kant, BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 96 *et seq.*

[263] ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe.* Traduzido por Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 22.

[264] FINKIELKRAUT, Alain. *La défaite de la pensée.* Paris: Gallimard, 1987. p. 29.

[265] Cite-se, a título de exemplificação, BURKE, Edmund. Riflessioni sulla rivoluzione francese. In: *Scritti Politici.* A cura di Anna Martelloni. Torino: UTET, 1963. p. 256-257, em tradução livre: *"Nós não nos deixamos esvaziar de nossos sentimentos para nos encher artificialmente, como pássaros embalsamados num museu, de palha, de cinzas e de insípidos fragmentos de papel exaltando os direitos do homem".* Para BURKE, naturais são sentimentos como o temor a Deus, o respeito ao rei, o afeto pelo parlamento. O que essa "pretendida naturalidade" estimulada pela Revolução proporia seria *"uma servil, licenciosa e degradada insolência, uma espécie de liberdade que dura apenas poucos dias de festa, e que nos torna justamente dignos de um eterna e miserável escravidão".* HEGEL, por sua vez, questionará a "sociedade civil mundial" teoricamente proposta por KANT, considerando-a uma noção abstrata sem conteúdo substancial, à qual falta a mediação do particular e a força da realidade total. A única maneira de apreender-se substancialmente o sujeito é identificá-lo com o Estado-nação. Na mesma ordem de pensamentos, confira-se DE MAISTRE, Joseph. *Considérations sur la France.* Lyon: Rusand, 1834. p. 102-103: *"La Constitution de 1795, tout comme ses aînées, est faite pour l'homme. Or, il n'y a point d'homme dans le monde. J'ai vu, dans ma vie, des Français, des Italiens, des Russes, etc; je sais même, grâces à Montesquieu, qu'on peut être Persan: mais quant à l'homme, je déclare ne l'avoir rencontré de ma vie; s'il existe, c'est bien à mon insu".* Para análise minudente da adoção do pensamento nacionalista e seus consectários filosófico-históricos, bem como vasta bibliografia a respeito dos "contra-revolucionários", confira-se a primeira parte (*"L'enracinement de l'ésprit"*) do trabalho de FINKIELKRAUT, Alain. *La défaite de la pensée.* Paris: Gallimard, 1987. p. 13-70, *passim.*

emblemática de uma especialíssima forma de lacuna: a "paralaxe ontológica". KANT afirma a lacuna da finitude, do acesso negativo ao “numenal”, mantendo a referência da "coisa-em-si" ("*Ding an sich"*) como entidade inacessível. HEGEL, por sua vez, radicalizando o esquematismo transcendental, transforma o conhecimento incompleto do objeto em característica positiva do próprio objeto. Segundo ŽIŽEK, a transição é simbólica na medida em que HEGEL, descartando o caráter meramente epistemológico da lacuna, introduz uma lacuna na própria textura da realidade:

> A limitação de Kant não está em ter permanecido dentro dos limites de oposições finitas, em sua incapacidade de alcançar o Infinito, mas, ao contrário, na própria busca de um domínio transcendente além do reino das oposições finita: Kant não é incapaz de alcançar o Infinito, ele é incapaz de ver que já tem o que está procurando[266].

Demais considerações a respeito dessa vastíssima e complexa temática extrapolariam os humildes fins aos quais se dedica essa se(c)cão metodológica. Resta transpor esse complicador, atinente à miríade de possibilidades interpretativas das teorias de cunho filosófico, à discussão da Filosofia do Direito em particular.

A Filosofia do Direito, já se disse, desde os seus primórdios até o começo do séc. XIX, foi a doutrina do direito natural, vertida em algumas dicotomias variáveis de acordo com o momento histórico: na Antiguidade, girava em torno da oposição entre Natureza e Norma; na Idade Média, entre direito divino e direito humano; na Modernidade, em torno da oposição existente entre a coação jurídica e a razão individual. Dotado de uma teleologia igualmente inconstante (ora a serviço da consolidação do Direito Positivo, ora servindo às lutas revolucionárias), o Direito Natural já foi caracterizado de acordo com quatro vetores principais: oferece juízos de valor jurídico que são determinados quanto ao conteúdo; esses juízos de valor, conforme sua fonte (Natureza, Revelação, Razão), têm validade geral e são invariáveis; esses juízos são acessíveis ao conhecimento humano; e, por fim, têm primazia sobre o Direito Positivo[267].

Uma das missões da Filosofia do Direito, ao contrário da Sociologia do Direito e da Dogmática, é a crítica da experiência jurídica no sentido de determinar as suas condições transcendentais, ou seja, aquelas condições que servem de

---

[266] ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe.* Traduzido por Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 45. Vide, no mesmo sentido, HÖFFE, Otfried. *Kleine Geschichte der Philosophie.* 2. Aufl. München: C.H.Beck, 2008. p. 243.

[267] A síntese histórica é didaticamente esquematizada no § 3º de RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 5. Aufl. Stuttgart: K. F. Koehler, 1956. p. 106 *et seq*.

fundamento à experiência, tornando-a possível[268]. Na Filosofia do Direito deve refletir-se, pois, a mesma necessidade de especulação do problema jurídico em suas raízes, independentemente de preocupações imediatas de ordem prática[269].

As perguntas feitas por um filósofo do Direito são inteiramente distintas das que são feitas por um jurista, como o demonstra Miguel REALE:

> Enquanto que o jurista constrói a sua ciência partindo de certos pressupostos, que são fornecidos pela lei e pelos códigos, o filósofo do direito converte em problema o que para o jurista vale como resposta ou ponto assente e imperativo. Quando o advogado invoca o texto apropriado da lei, fica relativamente tranqüilo, porque a lei constitui ponto de partida seguro para o seu trabalho profissional; da mesma forma, quando um juiz prolata a sua sentença e a apóia cuidadosamente em textos legais, tem a certeza de estar cumprindo sua missão de ciência e de humanidade, porquanto assenta a sua convicção em pontos ou em cânones que devem ser reconhecidos como obrigatórios. O filósofo do direito, ao contrário, converte tais pontos de partida em problemas, perguntando: Por que o juiz deve apoiar-se na lei? Quais as razões lógicas e morais que levam o juiz a não se revoltar contra a lei, e a não criar solução sua para o caso que está apreciando, uma vez convencido da inutilidade, da inadequação ou da injustiça da lei vigente? Por que a lei obriga? Como obriga? Quais os limites lógicos da obrigatoriedade legal? [270]

Não com menor brilho, em outras paragens, já se disse que o jusfilósofo não se contenta em conhecer a realidade empírica do Direito, mas quer investigar-lhe o fundamento, a justificação. Nesse paradigma, a Filosofia do Direito pode, conseqüentemente, ser definida como “o estudo do Direito do ponto de vista de um determinado valor, com base no qual se julga o direito passado e se procura influir no direito vigente”[271].

A dimensão filosófico-jurídica não será a adotada neste trabalho por duas razões principais – ainda que outras se lhes pudessem adir –, as quais se encontram em recíproca influência. A primeira razão diz com a quantidade invencível de filósofos – juristas e não juristas – que se debruçaram sobre o fenômeno jurídico em geral e, alguns, sobre o Direito das Sucessões em especial (sobre a indignidade sucessória, de maneira especialíssima). O bom livro, já se disse, é aquele em que o escritor se limitou ao que havia bem compreendido e sentido, e não se deixou

---

[268] As expressões são as mais variadas. Alguns autores referem a Filosofia do Direito: como "ciência dos princípios supremos do Direito" (MIRAGLIA, Luigi. *Filosofia del diritto*. 2.ed. Napoli: Regia Universita, 1895. Secondo capitolo); como "consideração valorativa do direito" (RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 5. Aufl. Stuttgart: K. F. Koehler, 1956. § 2, p. 9: "*die bewertende Betrachtung des Rechts"*); como "doutrina do direito justo" (STAMMLER, Rudolf. *Die Lehre von dem richtigen Recht*. Berlin: J. Guttentag, 1902). Outras referências são encontráveis em SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Teoria do direito.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 279 *et seq.*

[269] REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10.

[270] REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10.

[271] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 138.

afastar daí. Reconhece-se o mau texto através de sua aparente completude. Uma grande parte da arte (e da ciência) consiste, reconhecendo os inexoráveis limites humanos, escolher e calar[272]. À superficialidade de um tratamento filosófico incompleto, o autor prefere a honestidade intelectual metodologicamente orientada.

A segunda razão, complementar à lacunosidade inevitável denunciada pela primeira, se refere à impossibilidade de se estabelecer um consenso mínimo ao redor das concepções filosóficas. O primeiro capítulo deste trabalho (no que tange à construção do Direito das Sucessões), bem como os parágrafos precedentes, tiveram o propósito de salientar a ausência desse consenso. O breve apanhado que fizemos, salientando tão somente alguns poucos autores, já demonstra que, a despeito de tentarem explicar o mesmo fenômeno, acabam por divergir em relação a pontos fundamentais. A Filosofia não existiria, aliás, se todos os filósofos culminassem em conclusões uniformes, idênticas. A Filosofia é, ao contrário, uma atividade perene do espírito ditada pelo desejo de renovar-se sempre a universalidade de certos problemas, sendo certo que as diversas situações de lugar e de tempo condicionam a formulação diversa de antigas perguntas[273].

A situação é agudizada em sociedades contemporâneas marcadas pelo multiculturalismo, onde grassam visões de mundo das mais diversas[274]. Argumentos filosóficos não partilhados pela maioria da sociedade – desprovidos dos expedientes político-jurídicos da representação popular e do processo legislativo – não a resguardam de severas contradições intestinas no tocante à legitimidade.

A Salvatore PUGLIATTI, contudo, não pretendemos ter atribuído um equívoco completo. É por isso que encerramos essa síntese de argumentos – os quais nos levam a recusar primazia à perspectiva filosófica no presente trabalho – com o mesmo autor: "a verdadeira ciência ou se abre à Filosofia ou nela se conclui". A Ciência do Direito é verdadeira ciência e, acreditamos, pertence à primeira categoria. Essa abertura à – e não esgotamento na – Filosofia do Direito justifica, de um lado, a imprescindibilidade da justificação metodológica até aqui conduzida e exige, de outro, que busquemos resolver os problemas jurídicos de acordo com categorias hauridas da Dogmática Jurídica.

---

[272] GUITTON, Jean. *Nova arte de pensar.* Tradução de Gabriel Martin. São Paulo: Paulinas, 1964. p. 55.

[273] REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 8.

[274] A esse respeito, com ampla bibliografia, o texto do professor OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Cultura da democracia para direitos humanos multiculturais. In: _____ (org.). *Cultura e prática dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3 *et seq.*

2.1.1.2 Dimensão sociológico-jurídica

Como se disse na seção precedente, para que possamos justificar a recusa da dimensão sociológico-jurídica do conceito de indignidade sucessória na qualidade de método desta dissertação, cumpre esclarecer o que entendemos por esse olhar específico, distinto daquele que caracteriza a Filosofia do Direito e daquel'outro, que caracteriza a Dogmática Jurídica. Fixaremos, neste espaço, que um estudo de cunho sociológico não irá responder as perguntas às quais nos propusemos. As conclusões do último capítulo desta dissertação, quando aplicarmos a argumentação jurídico-dogmática como instrumento analítico da indignidade sucessória, robustecerão essa escolha.

Muitas observações de cunho sociológico são extremamente úteis à compreensão da origem de determinadas categorias jurídicas. Exemplos paradigmáticos são encontrados no Direito de Família. A família, sob a miríade de perspectivas que pode ser contemplada, recebeu da antropologia estrutural um especial enfoque: se a sociedade depende da cultura, a família é, no seio da sociedade, a emanação de exigências naturais, cujo atendimento reclama pausas históricas. Caso contrário, sociedade alguma, nem a própria humanidade, poderia existir[275].

Segundo LÉVI-STRAUSS, por exemplo, não há nada mais duvidoso de que haja uma repugnância instintiva, coetânea da gênese humana, ao incesto. A solenidade com que se reveste a proibição do incesto nas civilizações ocidentais bem o demonstra: não existe nenhuma razão para proibir aquilo que, sem proibição, não ocorreria. Sopesando diversos pontos de vista (entre os quais se encontra o defendido por Émile DURKHEIM), o autor conclui ser a proibição do incesto o ponto (cientificamente fundamental) no qual se realiza a passagem da Natureza à Cultura, processo através do qual a Natureza se ultrapassa a si mesma – acende a faísca, sob a ação da qual se forma uma estrutura de novo tipo, mais complexo, superposta às estruturas mais simples da vida psíquica[276].

---

[275] As premissas e conseqüências que envolvem essa afirmação são pormenorizadamente desenvolvidas, por exemplo, no capítulo terceiro de LÉVI-STRAUSS, Claude. *Le regard éloigné.* Paris: Plon, 1983; e nos capítulos terceiro e quarto de LÉVI-STRAUSS, Claude. *Les structures élementaires de la parenté.* Paris: PUF, 1949.

[276] Confira-se o segundo capítulo de LÉVI-STRAUSS, Claude. *Les structures élementaires de la parenté.* Paris: PUF, 1949.

Essa rica teorização sociológica oferece uma explicação possível, por exemplo, a certas escolhas político-legislativas do Direito brasileiro: proibição do casamento entre ascendentes com os descendentes (art. 1.521, I, CC); deserdação por relações ilícitas com a madastra/padastro (art. 1.962, III, CC); a majoração de ½ da pena imposta aos ascendentes que pratiquem crimes contra a dignidade sexual (estupro, favorecimento da prostituição, corrupção de menores) de seus descendentes (art. 226, II, CP).

Nada obstante, seria de heterodoxia gritante uma sentença judicial que reconhecesse a validade do casamento entre avô e neta, ambos indígenas, com base em estudos sociológicos realizados por autores de grande renome, os quais tivessem feito levantamento estatístico comprobatório da aceitação do incesto naquela comunidade indígena. Não menos heterodoxa seria a sentença de absolvição criminal sumária, considerada denúncia atinente ao crime de estupro de vulnerável, do pai que manteve relações sexuais com a filha menor, a qual aquiesceu em obediência, antropologicamente constatada, a padrões culturais de determinada sociedade aborígene, de onde se originam o autor e a vítima do crime.

A heterodoxia dos dois exemplos deve-se, em síntese, ao déficit de legitimidade democrática de ambas as decisões. Não se trata de escolha do intérprete dentro da moldura legal – argumento reiteradamente utilizado para ocultar arbitrariedades –, senão um subjetivismo que se desvincula dos padrões jurídicos democraticamente estabelecidos. A fórmula da soberania (art. 1º, § único, CF) se inverte: em nome daquilo que o magistrado considera ser justo, ele subjuga o que foi considerado justo pelos representantes do povo.

Abstração feita de certos exageros, radicalismos que pretenderam esgotar a Ciência Jurídica na Sociologia Jurídica, o certo é que nos tempos atuais os operadores do Direito não prescindem da consideração de conhecimentos hauridos de estudos sociológicos para a reflexão sobre o fenômeno jurídico[277]. A Sociologia, porém, é uma ciência que tem por objeto a compreensão do fato social, ou da conduta humana em geral, sem se propor o problema específico da aplicação obrigatória das normas que dela resultam. Daí advém a conceituação segundo a qual "a Sociologia é a ciência compreensiva dos fatos sociais, tais como na

[277] A esse respeito, a obra do professor OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Sociologia judiciária*. Brasília: STJ/Enfam, 2010.

realidade são, enquanto que o Direito seria incompreensível sem se configurarem os fatos como os fatos devem ser"[278].

PONTES DE MIRANDA, ainda a título de exemplo, teoriza essa dicotomia por meio de célebre distinção entre "incidência" e "aplicação", cujos planos distintos de análise correspondem, respectivamente, à dimensão jurídico-dogmática e à dimensão sociológico-jurídica[279]. Essa sofisticada arquitetura dimensional impermeabiliza, em alguma medida, a Dogmática Jurídica às críticas (de quando em vez, niilistas[280]) da Sociologia do Direito.

Compreende-se que a Sociologia Jurídica se desenvolva como estudo da conduta jurídica, na qualidade de conduta social, ao passo que a Ciência do Direito não pode deixar de ser ciência normativa, com a finalidade prática de aferir e garantir as formas de relacionamento social sob o prisma de sua licitude ou ilicitude. Trata-se, deveras, de dois olhares distintos sobre o mesmo fenômeno: complementares em sua eficiência; detentoras de especificidades que não autorizam a sua assimilação[281].

---

[278] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 329. O autor prossegue: *"A Sociologia Jurídica, em resumo, é a ciência compreensiva da experiência jurídica, enquanto que a Ciência Jurídica é a ciência compreensivo-normativa dessa mesma experiência, visto como ao jurista interessa saber tanto o que o homem faz como o que o homem deve fazer na sua qualidade de destinatário das regras de direito. Dessa distinção de ordem geral resultam outras não menos relevantes, a começar pela observação de que, enquanto que a Sociologia Jurídica se verticaliza no sentido da eficácia ou da efetividade do Direito, cuidando de determinar pelo menos as leis prováveis ou estatísticas dos comportamentos efetivos, a Ciência do Direito estuda os 'modelos de conduta', para determinar 'os modos de qualificação normativa' dos comportamentos reais, a fim de atribuir-lhes conseqüências já premoduladas da norma juris.*

[279] Confira-se, no original, em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 11. Tomo I: "*A incidência das regras jurídicas nada tem com o seu atendimento: é fato do mundo dos pensamentos. O atendimento é em maior número, e melhor, na medida do grau de civilização. A falta no atendimento é que provoca a não-coincidência entre incidência e atendimento (=auto-aplicação) e a necessidade de aplicação pelo Estado, uma vez que não se tem mais, na quase totalidade dos casos, a aplicação pelo outro interessado (justiça própria, ou de mão própria)".* E, à página nº 16 da mesma obra, prossegue o autor: *"Não importa se a pessoa conhece, ou não conhece a regra jurídica: ela, por ser jurídica, incide, com ou sem esse conhecimento. [...] é falsa toda teoria que ligue ao reconhecimento da regra jurídica a sua força de incidência, ou de aplicação. À incidência da regra jurídica é indiferente o que se passa nas pessoas e até mesmo no que diz respeito aos seus atos de infringência. Essas descidas ao plano psicológico, quando se está a expor teoria geral do direito, são extremamente perigosas, por estranhas ao âmbito do direito. A incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela".*

[280] MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito.* 3.ed. Traduzido por Ana Prata. Lisboa: Estampa, 2005. p. 281.

[281] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 330: *"Emanada a regra de direito, cumpre, depois, saber como foi ela recebida pelos indivíduos e grupos, quais as suas conseqüências no plano dos comportamentos efetivos: à luz dessas pesquisas, torna-se possível aperfeiçoar os modelos jurídico-normativos, bem como orientar o jurista no ato de interpretá-los".*

A esse respeito, por exemplo, pode-se afirmar que nas pesquisas sobre testamentos, o sociólogo do direito procura não apenas saber se e em qual medida foram aplicadas as normas vigentes, mas também conhecer a idade e o estrato social do autor do testamento ou a natureza e qualificação dos bens possuídos, ou o tipo de cartório em que o testamento foi depositado.

Analogamente, os sociólogos do direito, analisando pronunciamentos do Poder Judiciário, preferem os perfis jurídicos aos motivos de fato, as decisões inéditas à força dos precedentes. Nesse tipo de pesquisa, os sociólogos do direito, diferentemente dos juristas, demonstram seu interesse em conhecer o estrato social, a formação cultural, a ideologia política do magistrado, bem como em individualizar os motivos psicológicos, econômicos ou sociológicos que possam ter induzido as partes a iniciar, conduzir até o final, ou interromper a disputa[282].

Toda tese se beneficia da análise de sua antítese. Já se disse, inclusive, que o pensador deveria eleger como livro de cabeceira aquele cujo autor fosse o seu maior adversário teórico, tal como PASCAL tinha MONTAIGNE, como MONTAIGNE tinha SÊNECA[283]. Nessa ordem de idéias, afigura-se-nos conveniente a compreensão de Hans KELSEN a respeito da "pureza" da Ciência do Direito:

> É chamada uma teoria "pura" porque só descreve o Direito e tenta eliminar do objeto dessa descrição tudo o que não seja estritamente jurídico: a teoria objetiva libertar a Ciência do Direito de elementos alienígenas. Essa é a base metodológica da teoria.
> Tal abordagem parece uma obviedade. Nada obstante, um olhar sobre a Ciência do Direito tradicional, como desenvolvida durante os séculos XIX e XX, mostra claramente quão distanciada está da máxima da pureza; de maneira acrítica, a Ciência do Direito tem sido misturada com elementos de teoria psicológica, sociológica, ética e política. Tal adulteração é compreensível, porque essas últimas disciplinas lidam com assuntos que estão proximamente conectados ao Direito. A Teoria Pura do Direito empreende a delimitação do Direito contra essas disciplinas, não porque ignore essa conexão, mas porque deseja evitar a mistura acrítica de disciplinas metodologicamente distintas (sincretismo metodológico) que obscurece a essência da Ciência do Direito e oblitera os limites a ela impostos pela natureza de seu objeto[284].

---

[282] TREVES, Renato. *Sociologia do Direito.* Origens, pesquisas e problemas. 3.ed. Traduzido por Marcelo Branchini. São Paulo: Manole, 2004. p. 215-216.

[283] GUITTON, Jean. *Le travail intellectuel.* Conseils à ceux qui étudient et à ceux qui écrivent. Paris: Aubier Montaigne, 1951. p. 102-103: « *Il est bon de garder auprès de soi l'être insolent qui réveille vos parteis faibles et qui vous force à chercher des preuves, celui qui voit en noir ce vou voyez en clair, afin de mieux jouir de ce qu'on possède ou de tempérer ses certitudes ».*

[284] Não o encontrando no vernáculo, consultamos a prestigiada tradução de KELSEN, Hans. *Pure theory of Law.* Translated by Max Knight. Los Angeles: University of California Press, 1967. p. 1. Tradução livre.

E mais adiante, prossegue o mesmo autor:

> Sociologia do Direito investiga, por exemplo, por qual determinada causa um legislador tenha criado exatamente esta e não outras normas e quais efeitos tenham tido suas disposições. Ela investiga de que modo certos fatos econômicos, certas idéias religiosas, influenciam efetivamente a atividade dos tribunais, por quais motivos os homens adaptam ou não seu comportamento ao ordenamento jurídico. Portanto, não o direito em si é objeto de cognição da sociologia do Direito [...] A Teoria Pura do Direito, como ciência específica do Direito, é direcionada às normas jurídicas; não é direcionada aos fatos; [...] E a Teoria Pura preocupa-se com fatos tão somente na medida em que são determinados por normas jurídicas as quais são os significados dos atos de vontade; e esses significados e suas mútuas relações são o objeto da Teoria Pura do Direito[285].

No cenário brasileiro, alguns analistas se têm dedicado, igualmente, à demonstração da fragilidade a que se encontram sujeitas as pesquisas jurídicas de cunho sociológico. Conquanto não comunguemos com todas as premissas teóricas e respectivas conclusões adotadas pelo professor Fabiano ENGELMANN, é de sua autoria interessante texto, onde se aponta que tanto o comprometimento da reflexão acadêmica a interesses dominantes, de um lado, quanto o acoplamento da perspectiva sociológica do fenômeno jurídico a interesses conjunturais de manutenção de poder institucional, de outro, apresentam óbices metodológicos ao estudo sociológico do Direito[286].

No cenário italiano, a respeito das susceptibilidades a que se encontra sujeita a compreensão sociológica do fenômeno jurídico, embebido em profunda reflexão histórica e epistemológica, Uberto SCARPELLI afirmou:

> A teoria do direito do sociólogo do direito, como cientista empírico, deve permitir em geral pós-visões e previsões com as conexas possibilidades de verificação e de falsificação. [...] O conhecimento empírico é um enxerto que se tentou e ainda se tenta fazer na cultura jurídica: um enxerto perigoso e até agora parcamente bem sucedido, seja pelas crises de rejeição da cultura jurídica seja pela sobreposição daqueles que através da Sociologia querem enxertar não conhecimento empírico, mas ideologia[287].

---

[285] KELSEN, Hans. *Pure theory of Law.* Translated by Max Knight. Los Angeles: University of California Press, 1967. p. 101-102. Tradução livre.

[286] ENGELMANN, Fabiano. Sociologia jurídica no Brasil. In: FERREIRA, Lier P.; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr L. (orgs.). *Curso de sociologia jurídica.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 360.

[287] SCARPELLI, Uberto. Per una sociologia del Diritto come scienza. In: *La sociologia del diritto*: un dibattito. Milano: Giuffrè, 1974. p. 273. Tradução livre.

2.1.1.3 Dimensão dogmático-jurídica

O conceito de "Dogmática Jurídica" já foi estudado por uma miríade de doutrinadores, sob as mais diversas perspectivas[288]. Considerado os limites de espaço e de tempo, para os fins a que se dedica esta se(c)ção metodológica, bastará a exposição sintética de algumas características principais.

Dogmática, do grego *dokéin*, significa ensinar, doutrinar, designando em seu sentido científico uma função diretiva combinada com uma função informativa, ao acentuar o aspecto responsivo da investigação. Trata-se daquela parte da Ciência do Direito que estuda o Direito enquanto norma, sendo alheio ao seu foco científico considerações sobre a justiça ou aspectos político-sociais do Direito[289].

Tornou-se célebre a expressão que caracterizava a dogmática como "matemática social", exortando a cientificidade e autossuficiência de seus conceitos. O já citado Bernhard WINDSCHEID tornou-se expoente desse pensar denominado "pandectista":

> Se a interpretação terminou sua tarefa, sobre o desenvolvimento dos conceitos que se contêm nas proposições jurídicas. A própria noção de proposição jurídica se apresenta também em conceitos, é dizer, em grupos de elementos do pensamento; trata-se de decompor os conceitos em suas partes constituintes e mostrar os elementos do pensamento contidos neles. Se pode ir mais além nessa operação; os elementos descobertos podem, a sua vez, apresentar-se como uma combinação de outros elementos mais simples, e assim sucessivamente. A ciência do Direito tem a tendência de ir o mais longe possível na decomposição dos conceitos. E nisso consiste seu mérito. De fato, a total compreensão do Direito, bem como também a segurança de sua aplicação, depende da exaustiva compreensão do conteúdo dos conceitos que se contêm nas proposições jurídicas. A decisão final é o resultado de um cálculo, cujos fatores são os conceitos jurídicos; o cálculo, naturalmente, produzirá um resultado mais seguro quanto mais determinado seja o valor dos fatores. Ao mesmo tempo, é óbvio que somente a partir da compreensão dos conceitos jurídicos pode revelar-se o verdadeiro sistema dos direitos, a união interna de suas proposições.[290]

---

[288] Por todos, no Brasil, cite-se a investigação realizada por FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

[289] MARQUES, Eduardo Lorenzetti. *Introdução ao estudo do direito.* São Paulo: LTr, 1999. p. 7: *"Estudam-se, assim, os elementos componentes deste conjunto e o funcionamento do todo. Trata-se de terreno altamente técnico".* Confira-se, igualmente, SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Teoria do direito.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

[290] Trata-se de tradução livre do trecho encontrável em WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts.* 9. Aufl. Frankfurt am Main: Rütten & Leoning, 1906. p. 110. Erster Band: „*Wenn die Auslegung ihr Geschäft beendigt hat, handelts es sich um die Entwicklung der Begriffe, welche in den durch sie gewonnenen Rechtssätzen enthalten sind. Auch der eigentliche Gedanke des Rechtssatzes stellt sich noch dar in Begriffen, d.h. in Zusammenfassungen von Denkelementen; es kommt darauf an, die Begriffe in ihre Bestandteile aufzulösen, die in ihnen enthaltenen Denkelemente aufzuweisen. Man kann in dieser Operation mehr oder weniger weit gehen; denn die gefundenen Elemente können sich selbst wieder als Zusammensetzungen anderer, einfacherer Elemente ausweisen, und so fort. Die neuere Rechtswissenschaft hat die entschiedene Tendenz, in der Zerlegung der Begriffe möglichst weit zu gehen. Und dies ist ihr Verdienst. Denn in der Tat hängt von der erschöpfenden*

A “matemática social” sobreviveu tempo suficiente a merecer todo o tipo de crítica[291]. Segundo Robert ALEXY, a objeção mais importante diz com a impossibilidade de se alcançar novos conteúdos normativos por meio da análise e dedução lógicas. O uso, por parte da Ciência do Direito, de procedimentos aparentemente lógicos para fundamentar decisões e normas que não se podem extrair diretamente da lei implicaria encobrir as premissas normativas que são necessárias a uma fundamentação que seja verdadeiramente controlável[292].

Do fato de que a análise lógica do Direito vigente, por si mesma, não seja suficiente para fundamentar normas e decisões, não se segue a conclusão extremista de que a utilização de argumentos sistemático-conceituais na argumentação jurídica seja desnecessária ou nociva. Trata-se, convém repisar uma vez mais, de vislumbrar a temática com preconceitos injustificados, confundindo argumentação dogmática com positivismo exegético.

ALEXY pondera que a conclusão acertada estaria mais próxima de se considerar que o uso de argumentos sistemático-conceituais, em conjunto com outros argumentos – em especial, argumentos práticos de tipo geral –, é necessário e racional. Uma das tarefas mais importantes (e difíceis) da teoria da argumentação jurídica é assinalar os limites e a legitimidade da argumentação sistemático-conceitual. Essas breves linhas alexyanas demonstram dois elementos importantes na confecção desta dissertação: o crescente desprestígio da argumentação dogmática (assimilada a todo tipo de preconceito científico), de um lado, e a sua expiação, ao menos no tratamento da indignidade sucessória.

Em busca da delimitação de um conceito de “dogmática jurídica”, Robert ALEXY recorre a cinco condições: a dogmática jurídica é (1) uma série de enunciados que (2) se referem a normas estabelecidas e à aplicação do Direito, os quais, contudo, não podem ser identificados com a mera descrição dessas

---

Erfassung des Inhalts der in den Rechtssätzen enthaltenen Begriffe nicht nur das volle Verständnis des Rechts ab, sondern auch die Sicherheit seiner Anwendung...die Endentscheidung ist das Resultat einer Rechnung, bei welcher die Rechtsbegriffe die Faktoren sind; die Rechnung muß natürlich ein um so sichereres Fazit ergeben, je fester der Wert des Faktoren steht. Es liegt zugleich auf der Hand, daß erst aus der vollen Erfassung der Rechtsbegriffe sich das wahre System der Rechte, die innere Zusammengehörigkeit seiner Sätze ergeben kann“.

[291] À época, JHERING, Rudolf Von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*. Traduit sur la troisième édition allemande par O. De Meulenaere. 2ème éd. Paris: A. Marescq, 1853. p. 82 *et seq.* Na literatura brasileira, exemplificativamente, confira-se AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1989.

[292] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 311.

normas[293]. Os enunciados (3) estão, entre si, em relação de coerência mútua[294], (4) formando-se e discutindo-se no marco de uma ciência jurídica que funciona institucionalmente[295]. Por fim, os enunciados dogmáticos (5) possuem conteúdo normativo, isto é, podem aduzir-se como argumentos para a decisão de questões para cuja solução não bastem argumentos empíricos.[296]

Daremos espaço maior às razões pelas quais adotamos a Teoria da Argumentação Jurídica deste autor na qualidade de marco teórico no início do capítulo terceiro desta dissertação. Por ora, cumpre apontar a forma como Robert ALEXY compreende essa dimensão jurídico-dogmática aqui adotada. No centro da dogmática, segundo esse autor, situa-se a preocupação com os "genuínos conceitos jurídicos"[297], como "contrato", "ato administrativo", "crime" e, acrescentamos, "indignidade sucessória".

O conteúdo desses conceitos, obedecendo ao primeiro elemento definidor dos enunciados dogmáticos, depende das normas jurídicas que lhes dão compostura jurídica, em nossa análise, no ordenamento jurídico brasileiro. Inexistindo normas que lhes demarcasse o alcance no Direito brasileiro, tais

---

[293] Caso houvesse essa a identificação, a dogmática resumir-se-ia a um registro codificatório (no caso de identificar-se com as normas estabelecidas) ou a uma compilação de precedentes (no caso de identificar-se com as *ratione decidendi* dos julgados). A não-equivalência, porém, não afasta a relação existente: os tribunais com freqüência partem de enunciados dogmáticos, no sentido empregado por Alexy, acabando por desenvolver, em suas decisões, a própria dogmática. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 314.

[294] Por coerência mútua, ALEXY entende que os enunciados dogmáticos: (a) não se podem contradizer; (b) na formulação de distintos enunciados, surgem os mesmos conceitos jurídicos; (c) na medida em que aparecem os mesmos conceitos jurídicos, é possível fundamentar relações de inferência entre eles. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 314.

[295] Robert ALEXY deposita no caráter institucional a diferença principal entre o discurso jurídico e o discurso prático geral, ampliando, no âmbito do primeiro, a discussão no que tange ao tempo e no que tange ao objeto. No que se refere à ampliação temporal da discussão, significa que as conclusões das discussões pretéritas podem ser retomadas e rediscutidas no presente. No que se refere à ampliação da discussão no âmbito do objeto, os efeitos da solução de certa questão são controláveis através das soluções dadas a outras questões. Existe uma provisoriedade mais ou menos estável, pois, da certeza conferida pelo caráter institucional. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 314.

[296] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 314.

[297] RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie.* 7. Aufl. Stuttgart: K.F. Koehler, 1970. p. 219. No mesmo sentido, ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken.* 5. Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 1971. p. 110: "*normative Rechtsbegriffe"* que são aqueles *"die im Gegensatz zu den deskriptiven Begriffen auf Gegebenheiten abzielen, Gegensatz zu den deskriptiven Begriffen auf Gegebenheiten abzielen, die nicht einfach wahrnehmbar oder erfahrbar sind, sondern nur im Zusammenhang mit der Welt der Normen vorstellbar und verständlich werden".*

conceitos – conquanto pudessem servir de referência *de lege ferenda* – não designariam nada. Essa relação entre esses "genuínos conceitos jurídicos" e as normas jurídicas importa na seguinte assunção: a alternância de conceitos implica alternância de normas de regência. Noutras palavras, "quem designa um determinado suposto de fato com um desses conceitos, por conseguinte, subsume esse suposto de fato às normas que constituem esse conceito"[298].

Robert ALEXY acaba por aderir a um critério pragmático na definição do que viriam a ser enunciados dogmáticos: "um enunciado é um enunciado da dogmática se é estabelecido, aceito, ou, ao menos, discutido no marco de uma ciência jurídica que funcione institucionalmente"[299]. O autor exemplifica com quatro clássicas teorias – admitidas na literatura jurídico-penal da Alemanha e respeitando o teor literal do StrGB (Código Penal alemão) – a respeito da materialidade do crime de furto, afirmando que um juiz que decidisse a partir de uma quinta teoria, nunca antes aventada, não estaria decidindo a partir de um enunciado dogmático.

Sobressai a conclusão coerente com o exposto até aqui: o fato de não ser um enunciado dogmático, forjado através dos anos de maturação teórica e de discussões acadêmicas, não invalida, *ipso facto,* a decisão sob o ponto de vista argumentativo. Recai sobre esse juiz hipotético, contudo, o "peso da argumentação": o dever de fundamentar seu afastamento de paradigmas teóricos largamente admitidos e racionalmente objetivados pelo tempo. Voltaremos a esse ponto.

Robert ALEXY problematiza a questão na hipótese das "normas não extraídas da lei", dando como exemplo o célebre axioma do "inadimplemento positivo do contrato"[300]. Essa hipótese não é estranha ao contexto brasileiro: na vigência do Código Civil de 1916, o professor Clóvis do COUTO E SILVA capitaneou prolíficos estudos a respeito dos deveres obrigacionais oriundos do (à época, desprovido de menção legislativa) princípio da boa-fé objetiva[301]. Avulta, nesses casos, a importância da responsabilidade dos estudos acadêmicos e dogmáticos, destinados a fornecer bases mais seguras e previsíveis para as decisões judiciais.

---

[298] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 316.
[299] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 317.
[300] Na literatura alemã, o referencial teórico é STAUB, H. *Die positiven Vertragsverletzungen.* 2. Aufl. Berlin, 1913. Na literatura brasileira, nesse sentido, FRADERA, Vera Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato. In: *AJURIS*. Porto Alegre,vol. 15, n.º 44 (nov. 1988).
[301] COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976.

Em esclarecedora síntese, define ROTTLEUTHNER: “enunciados dogmáticos são os que a maioria dos juristas consideram corretos”[302].

Nessa toada, ALEXY adiciona que um dos principais critérios positivos destinados a aferir o caráter dogmático dos enunciados, nesses casos de ausência de norma legislativamente explicitada, seria a possibilidade de se aduzirem, em prol desse enunciado, argumentos baseados em normas expressas. Esses casos são bem mais corriqueiros e fazem parte da praxe dos Tribunais Superiores brasileiros no tratamento de casos que dividem as cortes do país.

É lugar comum dizer-se que “a visão do jurista é o direito como ‘é’, investigando os aspectos fatuais, avalorativos e ontológicos, ao passo que a visão do filósofo é o direito como ‘dever ser’, investigando os aspectos ideológicos, valorativos e deontológicos”[303]. O jurista buscaria, segundo essa classificação, o direito tal como é; o filósofo, como deve ser[304]. Reconheçamos que o desenvolvimento, tanto da História do Direito, quanto da Filosofia do Direito, torna a Dogmática Jurídica um alvo fácil a esse tipo de distorção e àqueles que dela se aproveitam. De pronto, é de se ressaltar que o signo lingüístico utilizado para designar esse terceiro olhar sobre o fenômeno jurídico evoca séculos de opressão da Razão pela Fé. De acordo com alguns filósofos cristãos,

> El dogma en sentido material es una verdad contenida en las fuentes de la divina Revelación; en sentido formal, es una verdad revelada por Dios y propuesta como tal por el Magisterio de la Iglesia a los fieles con la obligación de creer en ella. Entendido de esta manera, el dogma es una verdad divina y por lo tanto inmutable[305].

---

[302] ROTTLEUTHNER, Hubert R. *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1973. p. 178. Tradução livre do trecho: *“Dogmatische Sätze sind die, welche die Mehrheit der Juristen für richtig hält“*. Essa frase, conquanto possa soar opostamente ao controle racional das decisões jurídicas, só pode ser compreendida na qualidade de argumento de autoridade se for, efetivamente, mal-compreendida. Trata-se de expressão sintética a significar o que ALEXY designar como o conjunto de proposições teóricas estabelecidas pela comunidade jurídico-acadêmica, sufragada pelos séculos e o salutar embate de ideias no plano do tempo.

[303] SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Teoria do direito.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 282.

[304] BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit.* 4ème éd. Paris: Dalloz, 2003. p. 5: *"La théorie générale du Droit se distingue alors nettement de la philosophie du Droit, conçue come métaphysique juridique. La théorie générale part de l'observation des systèmes juridiques, de la recherche de leurs éléments permanents, de leur articulation, pour en extraire les concepts, les techniques, les principales constructions intellectuelles...La philosophie du Droit, quant à elle, est plus de la philosophie que du Droit. Elle tend à dépouiller le droit de 'son appareil technique sous prétexte d'en mieux atteindre l'essence pour en découvrir la signification métajuridique, les valeurs qu'il doit poursuivre, le sens par rapport à une vision totale de l'Homme et du monde...Certes, de grands philosophes comme Platon, Aristote, et, surtout, Kant ou Hegel se sont intéressés au Droit, mais ils se sont plus préoccupés de ce qu'il doit être que de ce qu'il est".*

[305] PARENTE, Pietro; PIOLANTI, Antonio; GAROFALO, Salvatore. *Diccionario de teología dogmática.* Traducido por Francisco Navarro. Barcelona: Editorial Litúrgica Española, 1955. p. 112.

Nenhuma dessas características – uma verdade imutável, cuja divindade exige obediência inquestionável – encontra respaldo na maneira como este trabalho enfrenta as questões atinentes à indignidade sucessória dogmaticamente considerada. Conforme já ressaltado linhas atrás, daremos espaço maior às razões pelas quais adotamos a Teoria da Argumentação Jurídica deste autor na qualidade de marco teórico no início do capítulo terceiro desta dissertação. Por ora, cumpre apontar a forma como Robert ALEXY compreende essa dimensão jurídico-dogmática ora adotada.

O citado autor, pois, procede a uma interessante classificação que, a um só tempo, afirma a relevante função estabilizadora da dogmática e afasta o preconceito da fossilização do Direito: os argumentos dogmáticos podem ser submetidos a um "uso fundamentado" (*"begründende Verwendung dogmatischer Sätze*") e a um "uso não-fundamentado" (*"nicht-begründende Verwendung dogmatischer Sätze*")[306]. O "uso não-fundamentado" de enunciados dogmáticos tem lugar, sobretudo, quando um enunciado dogmático não é posto em dúvida, constituindo opinião dominante. A função estabilizadora da dogmática, aliás, exige que existam argumentos dogmáticos não postos em dúvida, sem o que haveria a possibilidade do mais comezinho argumento estar sujeito à regressão ao infinito.

O "uso fundamentado" de enunciados dogmáticos, por sua vez, não pode – em razão dos contornos conceituais atribuídos aos enunciados dogmáticos – depender exclusivamente das normas ou exclusivamente de argumentos empíricos, sob pena dos enunciados dogmáticos não terem qualquer conteúdo normativo. O "uso fundamentado" deve derivar, segundo os esquemas sucessivos e complementares da "comprovação sistemática em sentido estrito" e da "comprovação sistemática em sentido amplo", de um resultado não-conflitivo entre o enunciado dogmático a ser fundamentado, de um lado, e outros enunciados dogmáticos já aceitos e as normas jurídicas vigentes, de outro[307].

---

[306] A tradução espanhola emprega as expressões "uso justificatório" e "uso não-justificatório" (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica.* La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 250). Em atenção ao verbo "*begründen"* (cf. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 320), contudo, optamos pelas expressões registradas no corpo do texto. Adira-se a essa razão o fato de que o termo "justificação" já foi relacionado ao substantivo "*Rechtfertigung*", distinto do vocábulo empregado por Alexy nesta oportunidade.

[307] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 322.

O resultado não-conflitivo, segundo ALEXY, deve ser aferido a partir da seguinte regra:

> Um enunciado dogmático (S) se encaixa sem contradição na classe dos enunciados dogmáticos já aceitos e das normas jurídicas válidas (K), se nem S nem algum enunciado dedutível de S junto com enunciados já aceitos e as formulações das normas jurídicas válidas está em contradição com algum enunciado de K[308].

Trata-se do que Robert ALEXY denominou de "teste de consistência", viabilizado pelos enunciados dogmáticos em dois níveis distintos: na "comprovação sistemática em sentido estrito", pergunta-se se os enunciados dogmáticos e as formulações de normas jurídicas são entre si logicamente compatíveis; na "comprovação sistemática em sentido amplo", pergunta-se se as decisões em processo de fundamentação com a ajuda de enunciados dogmáticos e as normas jurídicas são compatíveis entre si de acordo com pontos de vista práticos de tipo geral[309]. Isto é, se é verdade que a argumentação jurídica não se reduz à argumentação prática geral, esta constitui a base e a pedra de toque daquela.

Essa precedência do discurso prático geral em relação ao discurso jurídico não é outra coisa do que a retomada do *Leitmotiv* da Teoria da Argumentação Jurídica de Robert ALEXY, no que se refere à "tese do caso especial". No que diz com os argumentos dogmáticos, muitos outros autores corroboram a idéia esposada por nosso referencial teórico. Segundo Joseph ESSER, a argumentação dogmática é uma abreviação da argumentação a partir do conteúdo de justiça, no que tange a certa proposta de solução de determinado conflito, aceito consensualmente. Nessa toada, o mesmo autor afirma que "a dogmática só pode funcionar em virtude da racionalidade do conteúdo original dos dogmas"[310].

Robert ALEXY, a esse respeito, ressalta o caráter permanentemente refutável dos argumentos dogmáticos[311]. Trata-se de reconhecer, como afirmamos em nosso

---

[308] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 322, nota de rodapé n.º 129. Tradução livre do trecho: *"Ein dogmatischer Satz (S) paßt sich dann widerspruchsfrei in die Klasse der bereits akzeptierten dogmatischen Sätze und der geltenden Rechtsnormen (K) ein, wenn weder S noch ein aus S zusammen mit bereits akzeptierten Sätzen und den Formulierungen der geltenden Rechtsnormen ableitbar Satz einem Satz aus K widerspricht"*.

[309] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 323.

[310] ESSER, Joseph. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung.* 2.Aufl. Frankfurt: Athenaurn, 1972. p. 93.

[311] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 325: *"Die*

recorte metodológico, o caráter não-dogmático (no sentido onto-teológico do vocábulo) da argumentação dogmática racionalmente considerada, ou, na elegante expressão de BACHOF, *("Vorläufigkeit des Wahrheitsgehalts juristischer Dogmen"*) [312].

Os propósitos desta dissertação exigem especial menção às derradeiras observações de Robert ALEXY a respeito das distintas funções exercidas pela Dogmática Jurídica. Selecionaremos as funções dos argumentos dogmáticos que mais de perto dizem com os propósitos desta dissertação, os quais podem ser sumariados em seis grupos principais: (1) estabilização; (2) descarga; (3) técnica; (4) controle; (5) heurística.

A (1) "função estabilizadora" (*"stabilisierende Funktion*") diz com a solução de determinado problema jurídico e a sua reprodutibilidade em outros casos e, nessa medida, relaciona-se com o caráter institucional dessa atividade. O amplo espaço do discursivamente possível, como se verá no terceiro capítulo, confere ampla importância à função estabilizadora, possibilitando a fixação de determinadas soluções por largos períodos de tempo. Segundo ALEXY, fosse possível a rediscussão de todas as questões a cada vez que se apresentassem novos problemas jurídicos, isso conduziria a distintos resultados, não raro, para casos iguais, contradizendo a noção mais elementar do "princípio da universalizabilidade" (*"Universalisierbarkeitsprinzip*") e, por conseguinte, um aspecto elementar do "princípio de justiça" (*"Gerechtigkeitsprinzips*")[313].

A função estabilizadora não significa que enunciados dogmáticos uma vez aceitos e consolidados pelo tempo deverão ser observados para todo o sempre; significa, tão somente, que não pode ser abandonado abruptamente. Vislumbra-se, aqui, o princípio da inércia de Chaïm PERELMAN, segundo o qual não é suficiente que haja boas razões em favor de uma ou de outra interpretação. É necessário mais. As razões em favor da nova interpretação devem ser duplamente qualificadas: devem ser, de um lado, melhores razões do que aquelas que sustentam a interpretação que se pretende superar; de outro lado, é necessário que sejam

---

Abhängigkeit der Dogmatik von der allgemeinen praktischen Argumentation bedeutet, daß die Sätze der Dogmatik keinesfalls unumstößlich sind. Sie sind keine Dogmen im herkömmlichen Sinne".

[312] BACHOF, Otto von. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. In: *Veroeffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre.* n.º 30. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 198. Tradução livre.

[313] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 327.

razões suficientes a romper a tradição interpretativa até então. Quem propõe uma nova solução, conclui ALEXY, suporta a "carga da argumentação"[314].

A (2) "função de descarga" (*"Entlastungsfunktion*") constitui desdobramento da função estabilizadora, na medida em que postula a desnecessidade, sem uma razão especial, de nova comprovação dos enunciados. Embora a "função de descarga" ganhe especial relevo na *práxis* do Poder Judiciário, o qual trabalha sob pressão de tempo, sua importância sobreleva igualmente nas discussões acadêmicas, nas quais é impossível discutir todas as premissas o tempo todo[315]. Em certas situações excepcionais – e é importante que se ressalte que a hipótese é contemplada pela teoria alexyana –, contudo, pode-se sentir a necessidade de assumir novas premissas dogmáticas com o fim de eleger uma nova interpretação.

A (3) "função técnica" (*"technische Funktion*") assume a premissa de que o conhecimento de um objeto não prescinde de sua penetração conceitual-analítica. Destarte, a dogmática desempenha uma função de informação, promovendo a capacidade de transmissão do conhecimento jurídico[316]. Essa função é tanto mais necessária quando se reconhece que, com o fim de contemplar da maneira mais completa possível o fenômeno jurídico, é necessário construir conceitos básicos de caráter geral (institutos jurídicos, instituições jurídicas, categorias jurídicas) de maneira a expor, sintética e panoramicamente, as suas relações sistemáticas[317]. Essa função é a que mais aproxima, a nosso sentir, a Dogmática Jurídica da Teoria Geral do Direito. Retomaremos essa análise, no quarto capítulo, em especial no que se refere à importância teórica e prática de se pensar na "indignidade jurídico-sucessória" como "categoria jurídica".

---

[314] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 327:*"Dies bedeutet nun nicht, daß jeder einmal akzeptierte dogmatische Satz über unbegrenzte Zeiträume strikt festgehalten werden muß. Es schließt aber aus, daß er ohne weiteres aufgegeben werden darf. Daß genauso gute Gründe für eine neue Lösung wie für die überlieferte sprechen, reicht nicht aus. Die Gründe für die neue Lösung müssen so gut sein, daß sie nicht nur die neue Lösung, sondern auch den Bruch mit der Tradition rechtfertigen. Es gilt also das Perelmansche Trägheitsprinzip. Derjenige, der eine neue Lösung vorschlägt, trägt die Argumentationslast. Dies zeigt, daß der Stabilisierungseffekt von Dogmatiken nicht überschätzt werden darf. Er wird nicht nur dadurch eingeschränkt, daß einmal akzeptierte dogmatische Sätze verworfen oder abgeändert werden können".*

[315] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 330.

[316] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 331.

[317] KRAWIETZ, W. Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft. In: *Recht und Politik.* Vol. 6. 1970. p. 151. Tradução livre.

A (4) “função de controle” (“*Kontrollfunktion*”) ilustra com propriedade o maior objetivo da opção metodológica que fizemos nesta dissertação: assegurar os necessários caracteres da isonomia e da previsibilidade na aplicação do Direito. Assumir esse propósito, como vimos expondo até aqui, não implica a adoção de um modelo aplicativo exclusivamente subsuntivo, sobre o qual pairam os mais diversos tipos de preconceitos epistêmico-jurídicos.

Robert ALEXY sublinha a importância dessa função, no seu duplo controle de consistência: a “comprovação sistemática em sentido estrito”, na qual se comprova a compatibilidade lógica dos enunciados dogmáticos entre si; e a “comprovação sistemática em sentido amplo”, na qual se comprova a compatibilidade prático-geral das decisões a fundamentar com ajuda dos enunciados dogmáticos. A função de controle exige que os casos não sejam decididos isoladamente, mas em relação com uma série de casos já decididos e – a projeção da segurança jurídica para o futuro, vertida em “universalizabilidade”, salta aos olhos – em relação com outra série, ainda por decidir[318].

A (5) “função heurística” (“*heuristische Funktion*”) diz com o fato de os enunciados dogmáticos representarem um consolidado conjunto de soluções, distinções e pontos de vista que não apareceriam se a cada problema jurídico tivéssemos de começar tudo de novo. Noutras palavras, este instrumental dogmático, conquanto não seja determinante e eterno a partir de sua consolidação, é de evidente utilidade, em conjunto com a função de descarga e a função de estabilização. Robert ALEXY ainda registra, de maneira pertinente a esta dissertação, que este instrumental “sugere perguntas e respostas que de outra maneira seriam impossíveis e estariam fora do campo de visão”[319].

O questionamento, por exemplo, a respeito do caráter taxativo ou exemplificativo do rol do art. 1.814 do CC: tratar-se-ia de questão (ainda mais) relegada ao arbítrio dos juízes, caso não houvesse, como demonstraremos na seqüência, multissecular desenvolvimento doutrinário. Esse desenvolvimento doutrinário, ainda que pouco estudado, introduz a pergunta e sugere a resposta, como demonstraremos no quarto capítulo. Registre-se, portanto, que essa função heurística também influencia de maneira muito próxima a opção metodológica deste

---

[318] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 332.

[319] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 333.

trabalho, instigando o autor a buscar uma demarcação dogmático-argumentativa dos limites da indignidade jurídico-sucessória.

Em suas considerações conclusivas a respeito da argumentação dogmática, Robert ALEXY reafirma o seu compromisso com a racionalidade. A argumentação dogmática é racional porque herdou, considerada a "tese do caso especial", a necessidade daquilo que o autor denominou "*Rückkoppelung*"[320], isto é, o afastamento do dogmatismo, naquela outra acepção referida. Dizendo a mesma coisa em outras palavras, preserva-se a possibilidade (que deve ser rara, obedecendo às funções da estabilidade e da descarga) de que os enunciados dogmáticos voltem a ser fundamentados.

O fato de que os argumentos dogmáticos também possam ser utilizados para encobrir os verdadeiros motivos de uma decisão judicial, a exemplo de qualquer outro objeto do pensamento, em nada altera a utilidade das cinco funções suprarreferidas. Verificar em que medida esse tipo de uso ocorre é tarefa para a qual está aparelhada, por exemplo, a Sociologia do Direito; não a Dogmática Jurídica. Essa constatação, refere ALEXY, não tem nada de especial: também o discurso prático geral é vítima de fundamentações duvidosas e de petições de princípio. Interessa, nessa proposta teórica, mais o fato de que a argumentação dogmática é racional, menos a possibilidade de que possa ser desvirtuada[321]. No balanço da relação entre a argumentação dogmática e a argumentação prática geral, ALEXY sintetiza uma regra: "(J.12) Se são possíveis argumentos dogmáticos, devem ser usados" (*"(J.12) Wenn dogmatische Argumente möglich sind, sind sie zu benutzen"*[322]).

2.1.2 Corte epistemológico

---

[320] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 334. A tradução espanhola empregou o vocábulo "*retroacción*" (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica.* La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 261).

[321] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 3

[322] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 334.

É possível, por uma questão metodológica, visualizar a indignidade sucessória somente sob uma de suas dimensões, em que pese os atores sociais envolvidos em um processo judicial de inventário, por exemplo, estejam quase sempre ligados por vínculos muito mais profundos que o jurídico (como o psíquico e o afetivo). A esses outros vínculos, contudo, dedicam-se belíssimas páginas da Sociologia do Direito e a Filosofia do Direito, não de Dogmática Jurídica. Como dissemos, qualquer juízo depreciativo a respeito de qualquer uma delas não pode ser universalmente demonstrado – trata-se de mero preconceito sedimentado por séculos de batalha epistemológica, da qual só se pode aproveitar o aprimoramento histórico do Direito, cujas perspectivas são distintas e complementares.

Neste trabalho, propusemo-nos a estudar a indignidade sucessória como eficácia jurídica, sob o ângulo específico da Dogmática Jurídica (algumas vezes tomada como sinônimo à Teoria Geral do Direito[323]), enfocando as normas que lhe definem a compostura jurídica. A Teoria Geral do Direito, no plano da exposição enciclopédica dos ramos em que se pode dividir a Ciência do Direito, distingue-se da Filosofia do Direito exatamente por ser um estudo que por inteiro se desenvolve ao nível das diversas formas do conhecimento positivo do Direito, cujos conceitos e formas lógicas ela visa a determinar de maneira global e sistemática. A Teoria Geral do Direito não alimenta qualquer preocupação de indagar das condições ou pressupostos últimos e transcendentais da experiência jurídica, como faz a Filosofia do Direito.

A Dogmática Jurídica, pois, leva a cabo a análise do ordenamento jurídico posto a partir dos conceitos pré-elaborados pela Teoria Geral do Direito. Essa será a lente de análise a partir da qual visualizaremos a categoria da indignidade sucessória, a despeito de tantas – e tão belas – páginas a que tivemos acesso e que

---

[323] A relação entre Teoria Geral do Direito e Dogmática é proposta, entre outros, por Miguel Reale, o qual os distingue segundo um critério de especificidade. Segundo o autor, tanto a Sociologia do Direito quanto a Filosofia do Direito têm de se debruçar sobre os conceitos de dever, obrigação, norma jurídica, direito subjetivo, entre muitos outros. Essas estruturas lógicas fundamentais do raciocínio jurídico seriam comuns a todos estudiosos do fenômeno jurídico: sociólogos, filósofos ou dogmáticos. Confira-se REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 333-334: *"Na realidade, a Dogmática Jurídica, cuja noção entendemos preferível estabelecer de antemão, por motivos de ordem pedagógica, não é senão a especificação da Teoria Geral do Direito no âmbito e em função do ordenamento jurídico e de sua aplicação: é, em suma, a Teoria Geral do Direito focalizada especificamente pelo jurista enquanto jurista. Todas as tentativas de distinção entre Teoria Geral do Direito e Dogmática têm falhado por não se ter visto que entre elas só existe uma relação de gênero e espécie. Por outra palavras, a Dogmática Jurídica não é senão a Teoria Geral do Direito sob o prisma da Ciência Jurídica, como teoria do ordenamento jurídico e suas exigências práticas".*

versavam o mesmo assunto sob diferentes perspectivas. Nossa insistência metodológica de abrir esta seção, com vistas a especificar nosso corte epistemológico, advém, exatamente, desse maravilhamento com as outras perspectivas possíveis.

Até o fim deste trabalho, teremos exposto todas as premissas que nos levam à conclusão de que a dimensão dogmático-jurídica adotada é a que melhor se coaduna com o direito fundamental de todo jurisdicionado brasileiro à fundamentação idônea (art. 93, IX, CF). Como dito, trata-se de uma opção metodológica, certamente não a única – nossa tripartição bem o demonstra. Nosso método não assume o monopólio da razão; representa, simplesmente, a melhor maneira que encontramos de conduzi-la.

A esse respeito, cite-se Georges CHARENSOL, o qual, em sua obra "Como eles escrevem", entrevista diversos escritores a respeito de seus métodos: Paul VALÉRY bate à máquina; Julien BENDA fecha as cortinas e finge que dorme; André MAUROIS se obriga a ficar à mesa durante quatorze horas consecutivas[324]. Essas são receitas; ninguém pensaria, contudo, em erigi-las como máximas universais. Tudo o que se conseguiria seria um sistema maníaco.

Todo erro não está longe de se poder definir assim: um método que se torna um sistema exclusivo de exposição; a "*via*" que se converte em "*veritas*"[325]. Em sua obra multicitada, Jean GUITTON ataca o Materialismo, ao passo que nossa dissertação ataca a jurisprudência que se auto-permite o emotivismo. Poder-se-ia perguntar se esse pequeno sufixo *"ismo"* não é o sinal sensível por onde se manifesta essa prestidigitação que transforma um método em sistema, um acesso num excesso.

Nessa ordem de ideias, tentar definir a natureza jurídica de qualquer instituto significa, sinteticamente, encontrar sua tipificação em moldes jurídicos preexistentes. Nesse sentido, a valiosa lição de Claude DU PASQUIER, ao afirmar que *"determinar a natureza jurídica de uma instituição é determinar-lhe o lugar no sistema de direito*"[326].

---

[324] CHARENSOL, Georges. *Comment ils écrivent.* Paris: Aubier Montaigne, 1932. p. 13 *et seq.*

[325] GUITTON, Jean. *Nova arte de pensar.* Tradução de Gabriel Martin. São Paulo: Paulinas, 1964. p. 48.

[326] DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit.* 3.ed Neuchatel: Delachaux et Niestlé, 1948. p. 144. Tradução livre.

A legislação brasileira, como se verá na seqüência, elenca hipóteses juridicamente aptas, caso haja sentença nesse sentido, a excluir o herdeiro da possibilidade de ser aquinhoado com qualquer quantia do monte sucessório: são as situações dos três incisos do art. 1.814 do CC (no antigo CC/1916, o art. 1.595).

2.2 Sistematização da indignidade sucessória e seu regime jurídico no Código Civil brasileiro

No começo deste segundo capítulo, registramos que este item (2.2) é dedicado à ruptura conteudística, considerada a categoria da indignidade sucessória como eficácia excepcional, a qual impede seja o herdeiro beneficiado por qualquer parcela da herança. Esse impedimento, no marco do ordenamento jurídico brasileiro, parte de uma sugestiva dicção legal: o herdeiro indigno é tido "como se morto fosse antes da abertura da sucessão" (art. 1.816, CC).

A sistematização e o regime dessa ruptura conteudística no ordenamento jurídico brasileiro serão abordadas na seqüência para que, já na segunda parte da dissertação, seja-nos possível investigar, abastecidos de premissas teórico-dogmáticas suficientes, o caráter (taxativo ou exemplificativo) do art. 1.814.

2.2.3 Sistematização da indignidade sucessória no Código civil brasileiro de 2002

Este subitem atinente à sistematização da indignidade sucessória no CC contextualiza a indignidade sucessória de maneira mais abrangente no Direito das Sucessões brasileiro, situando-a na qualidade de uma, entre outras categorias jurídicas de exclusão da herança. Vejamo-las a partir da dicotomia que nos parece fundamental: de um lado, as categorias jurídicas de exclusão da herança que independem de qualquer conduta do herdeiro e, de outro, as categorias jurídicas de exclusão da herança que se originam da conduta do herdeiro.

2.2.3.1 Categorias jurídicas de exclusão da herança no Código civil brasileiro

Façamos apelo, pois, a categorias jurídicas já assentadas na dogmática civilística, já que a doutrina reconhece a esse conceito – “categoria jurídica” – um

fundamental papel, não só filosófico, como prático. Do ponto de vista filosófico, porque uma categoria jurídica de Direito Civil encerra um nível de objetivização racional historicamente desenvolvido[327], ao contrário de um *"juízo moral"* cujo ranço subjetivista obstaculiza sua universalização[328]. Do ponto de vista prático, considera-se que uma só regra seria insuficiente à regulação da miríade de relações sociais sobre as quais o Direito se debruça, daí porque a legislação costuma organizar-se em aglomerados com nível crescente de amplitude: categorias, instituições e ordens[329].

Sublinhando o inegável tributo que essa técnica jurídica de categorização presta à segurança jurídica, o trecho da obra do professor Paul ROUBIER merece transcrição integral:

> O sistema das categorias jurídicas oferece grandes vantagens para a ordem jurídica: graças a ele, as incontáveis nuances, as linhas fluidas dos múltiplos fatos sociais se encaixam em regras bem determinadas, e são, assim, facilmente capturadas pelo Direito, o qual lhes comunica suas virtudes de ordem e simplicidade [...] Evita-se, assim, um salto rumo ao desconhecido : a precisão das condições, a nitidez dos efeitos, em cada categoria, dão a sensação de uma estrutura bem estabelecida, reconhecível por todos[330].

Ora, a categoria jurídica da indignidade sucessória (determinada pelos artigos 1.814 a 1.818 do CC), como se demonstrará até ao final desta dissertação, caracteriza-se, historicamente, por ter seu âmbito restrito às hipóteses legalmente definidas. A ampliação casuística do âmbito da norma do art. 1.814 subverte os

---

[327] O expoente desse fator encontra-se na *Begriffsjurisprudenz* alemã, movimento do séc. XIX que se abeberou no vasto manancial filosófico da Escola Histórica. Para essas observações, vide CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros.* Coimbra: Coimbra, 1995. p. 203. Volume 2. Especificamente a respeito dessa racionalidade lógico-conceitualmente dedutiva, cite-se WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer berucksichtigung der deutschen entwicklung.* Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1952. p. 255 *et seq.*

[328] As condições pragmáticas oferecidas por Direito e Moral são demasiadamente complexas para a extensão desta dissertação. Nesse sentido aqui abordado, contudo, pode-se afirmar, em conjunto com Habermas, o papel "objetivante" do jurídico, de modo que o direito positivamente válido, legitimamente firmado e cobrável através de ação judicial pode tirar das pessoas que agem e julgam moralmente o peso das grandes exigências cognitivas, motivacionais e organizacionais que uma moral ajustada segundo a consciência subjetiva acaba impondo a elas. Para a análise substancial da temática no autor, vide, por exemplo, o décimo capítulo de seu *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

[329] A nomenclatura é de ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit.* 2ème éd. Paris: Recueil Sirey, 1951. p.15.

[330] Trata-se de tradução livre do trecho encontrável em ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit.* 2ème éd. Paris: Recueil Sirey, 1951. p. 16: *«Le système des catégories juridiques offre des très grands avantages pour l'ordre juridique: grâce à lui, les nuances innombrables, les lignes floues des multiples faits sociaux viennent s'encadrer dans des règles bien tracées et sont ainsi aisément saisies par le droit, qui leur communique ses vertus d'ordre et de simplicité».* Essa conclusão é respaldada na doutrina de outro mestre francês, qual seja GÉNY, François. *Science et technique:* en droit privé positif. Paris: Recueil Sirey, 1921. p. 120, § 206. Tome troisième.

limites conceituais da categoria, calcinando, pois, a sensação de segurança jurídica a que aludimos, indo de encontro à sua função de *"renforcer la rationalité et la cohérence du droit"*[331].

A lógica tradicional sugere que uma definição deve conter a indicação do *genus proximum* e da *differentia specifica*, em razão do que aquilo que se define se torna espécie individualizada e distinta das demais. Especialmente na menção à *differentia specifica* é que se precisa ter o cuidado de indicar elementos que sejam definitivos, próprios e indispensáveis de sua estrutura, e não contingentes. Uma atitude científica há de se fixar na referência a dados que são essenciais e que, por si sós, bastem à caracterização do definito. Neste item "2.2", empregaremos essa atitude metodológica na análise da indignidade jurídico-sucessória no ordenamento brasileiro.

2.2.3.1.1 Categorias jurídicas de exclusão da herança independentes da conduta do herdeiro

Esta seção é dedicada ao estudo das categorias jurídicas de exclusão independentes de qualquer juízo de valor a respeito da conduta do herdeiro. Façamos, de pronto, o registro de que não interessam aos propósitos desta dissertação demarcar o acerto teórico entre as discussões terminológicas no que tange ao emprego de "ilegitimidade sucessória", "incapacidade sucessória", entre outros[332].

O CC oferece-nos uma solução contemporizadora: o termo "capacidade" – não bastasse a generosa definição do art. 1º, segundo o qual "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil" – é reservado à "capacidade de testar", no

---

[331] BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit.* 4ème éd. Paris: Dalloz, 2003. p. 221, n.º 191. Com alguma variação conceitual (ao invés de *categoria*, usando o termo "*institution juridique"*), o mesmo caráter sistemático-racionalizante é salientado por outro grande mestre francófono: DABIN, Jean. *Théorie générale du droit.* 2ème éd. Bruxelles: Émile Bruylant, 1953. p. 77, n.º 60. O mesmo autor, em outra obra, envida esforços para descortinar inúmeros aspectos das construções jurídicas que não cabem neste ensaio, mas merecem referência em DABIN, Jean. *La technique de l'élaboration du droit positif.* Bruxelles: Émile Bruylant, 1935. p. 103-230 *passim.*

[332] Existe prolífica bibliografia a respeito do colossal embate, principalmente entre italianos e franceses, a respeito da qualificação do indigno como "incapaz para suceder", "ilegítimo à sucessão", entre muitos outros, cuja pormenorização não pertine ao objeto desta dissertação. Remetemo-nos ao minudente estudo lusitano, onde se pode encontrar a bibliografia complementar, de CRUZ, Branca Martins da. *Reflexões críticas sobre a indignidade e a deserdação.* Coimbra: Almedina, 1986. p. 11-55, *passim.* Prolíficas observações se podem encontrar em ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Sucessões. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 140 *et seq.*

âmbito da "sucessão testamentária". Alguém pode ser incapaz para os atos da vida civil e não lhe faltar "capacidade para suceder", e vice-versa: quem não pode ser herdeiro pode gozar da plena capacidade civil. A capacidade civil é aptidão de uma pessoa para exercer, por si, os atos da vida civil; legitimidade sucessória é a aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo *de cujus.* Obedecendo a essa razão de ordem prática, adotaremos a terminologia "ilegitimidade" no estudo desse primeiro conjunto de categorias.

Segundo o art. 1.798 do CC, no que tange à sucessão intestada, "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". Trata-se da positivação do que já foi denominado "princípio da coexistência"[333]: enquadram-se na categoria da ilegitimidade sucessória as situações não contempladas por ele.

No que se refere à herança testamentária, o art. 1.799 do CC define que podem ainda ser chamados a suceder: os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; as pessoas jurídicas; as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação. Nesse caso, algumas particularidades: como não existe direito de representação na sucessão testamentária, a morte do herdeiro antes do testador não permite transferir a herança aos seus filhos. A legitimidade passiva testamentária relaciona-se com a legitimidade passiva intestada: todos os herdeiros legítimos que têm legitimidade sucessória podem ser beneficiados por testamento (pessoas nascidas ou concebidas – art. 1.798, CC); a recíproca, contudo, não é verdadeira, já que há um leque maior de legitimados na sucessão testamentária[334].

A doutrina costuma reconhecer no art. 1.801 do CC causas de ilegitimidade sucessória relativa, decorrente da elaboração do testamento ou de alguma circunstância de ordem pessoal. Segundo o referido dispositivo, não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; as testemunhas do testamento; o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento. Tais causas impedem que as pessoas referidas

---

[333] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 115.
[334] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 323.

sejam beneficiadas pelo receio de que possam forjar disposições, alterando ou induzindo a vontade do testador[335].

2.2.1.1.2 Categorias jurídicas de exclusão da herança dependentes da conduta do herdeiro

As causas de ilegitimidade passiva, sejam elas de ordem absoluta ou de ordem relativa, ostentam uma feição acentuadamente preventiva. Não se trata de formular juízo de valor sobre qualquer conduta. A lei antecipa-se à conduta, ao juízo de valor que se lhe pudesse fazer. Nas categorias jurídicas da exclusão dependentes da conduta do herdeiro (deserdação e indignidade sucessória), por outro lado, trata-se de adotar uma perspectiva punitiva. Segundo Sebastião AMORIM e Euclides de OLIVEIRA, "ambas são formas de penalizar o herdeiro que se conduziu de forma injusta contra o autor da herança de modo a merecer reprimenda, tanto do ponto de vista moral como legal"[336].

O caráter dessa reprimenda (bem como a sugestiva bipartição realizada pelos dois autores referidos no parágrafo anterior, "tanto do ponto de vista moral como legal") vem sendo atacado, indiretamente, ao longo do primeiro capítulo e, diretamente, na secção metodológica que fizemos neste segundo capítulo. Conquanto ainda não seja o momento de aprofundar essa crítica (cujas consequências práticas serão tecidas ao longo do quarto capítulo), deparamo-nos com o dever intelectual, uma vez mais, de frisar nossa perplexidade com a assunção jurisprudencial dessa premissa. A preocupação se dá, de um ponto de vista eminentemente prático, com o possível – mas, em nosso ver, deletério – desdobramento jurisprudencial: quando a censura legal “falhar”, os juízes assumirão a sua compensação moral, aplicando a exclusão da herança à margem da lei.

2.2.1.1.2.1 Deserdação (arts. 1.961-1.965, CC)

A deserdação é conceituada pelo próprio legislador (art. 1.961, CC). Trata-se de hipóteses legais cuja concretização destila a excepcional eficácia que priva os

---

[335] BAPTISTA, Silvio Neves. *Ensaios de direito civil.* São Paulo: Método, 2006. p. 375.
[336] AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Inventários e partilhas.* Direito das Sucessões. 20.ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2006. p. 41.

herdeiros necessários de sua legítima. Há definições doutrinárias que a conceituam como "o ato pelo qual alguém, apontando como causa uma das razões permitidas em lei, afasta de sua sucessão, e por meio de testamento, um herdeiro necessário"[337], ou, ainda, como uma "cláusula testamentária que, descrevendo a existência de uma causa autorizada pela lei, priva um ou mais herdeiros necessários de sua legítima, excluindo-os da sucessão"[338].

2.2.1.1.2.2 Indignidade (arts. 1.814-1.818, CC)

Entre as categorias da indignidade sucessória e a deserdação existem inegáveis parecenças filosóficas, sociológicas e jurídico-dogmáticas. Por força da redação dos arts. 1.962 e 1963 do CC, aliás, a categoria da deserdação abrange as situações ensejadoras da indignidade sucessória. Com efeito, "uma e outra se fundam em causas comuns, e, de um ponto de vista ético, têm a finalidade de punir com a privação da herança o sucessor convencido de falta grave contra o morto"[339].

Existem, contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, diferenças que impedem a assimilação das duas categorias. O apontamento de três diferenças bastará ao propósito de fixação de nosso objeto de estudo[340]. A primeira diferença diz com a restrição eficacial da deserdação à sucessão testamentária, condicionada à aposição de cláusula expressa no testamento; a indignidade, por outro lado, independe de testamento[341].

A segunda diferença diz com o âmbito subjetivo de sua abrangência: a deserdação é direcionada à exclusão de herdeiros necessários[342]; a indignidade abarca herdeiros, legítimos e testamentários, e legatários.

A terceira diferença diz com a forma através da qual se opera o perdão: a formalidade com que dá a deserdação, em leitura conjunta com o art. 1.969 do

---

[337] RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil.* Direito das sucessões. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 253. Volume 7.
[338] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil.* 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 207. Volume 7.
[339] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 237. Volume VI.
[340] A sistematização dessas informações pode ser encontrada, entre outros, em PANIZZA, Cíntia Spinelli. *Deserdação.* Rio de Janeiro: Prestígio, 2010. p. 26.
[341] CC - Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.
[342] CC - Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

CC[343], exige outro testamento; na indignidade, o perdão independe de testamento, admitidas as modalidades tácita e expressa[344].

No contexto doutrinário português, José de Oliveira ASCENSÃO salienta o *topus* de eficácia jurídica de ambas categorias no plano da "designação", isto é, a "a operação intelectual pela qual se determinam os sucessíveis de alguém. [...] Abstractamente, todos ou quase todos podemos vir a suceder uns aos outros. Mas em direitos só tem interesse falar de sucessível quando em relação a alguém se produziu um facto designativo"[345]. Adotado, no direito brasileiro, o "fato designativo legal" resultante da combinação entre os arts. 1.798, 1.799 e 1.829, todos do CC, as categorias da indignidade e da deserdação operam uma "incidência negativa".

Nas palavras do autor,

> Quer a indignidade quer a deserdação são factores de incidência negativa. Ambos actuaram antes da abertura da sucessão,levando à exclusão dum sucessível. Diríamos nesse caso que têm efeito no fenómeno da designação, levando à exclusão de alguém do mapa dos sucessíveis. Mas a sua actuação é alheia à vocação, porque exterior ao fenómeno jurídico sucessório. Por outro lado, a indignidade pode-se fundar também em factos posteriores à abertura da sucessão; pode ter o significado de factos resolutivos de uma vocação já realizada. Então integra-se realmente no fenómeno jurídico sucessório. Mas não surge como pressuposto negativo, ou facto impeditivo, da vocação, mas como facto resolutivo desta. O seu estudo deveria então caber no capítulo relativo às causas de resolução da vocação.[346]

À guisa de conclusão, convém que se reproduza didática tabela elaborada por Salomão Cateb[347]:

INDIGNIDADE	**DESERDAÇÃO**
Afasta os herdeiros, legítimos e testamentários, e os legatários	Afasta somente os herdeiros necessários
Opera por força de lei, dependendo de sentença judicial	Opera por força de lei, mas por vontade, testamentariamente

[343] Art. 1.969. O testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito.
[344] Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico. Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.
[345] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Sucessões. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 38.
[346] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Sucessões. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p.153-154.
[347] CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 94.

	declinada, do disponente
As causas são anteriores e posteriores	Somente causas anteriores
Hipóteses do art. 1.814, CC/2002	Hipóteses dos arts. 1.814, 1.962 e 1.963
Os interessados apontam as causas após a morte do hereditando	O hereditando aponta as causas, em testamento, antes do seu falecimento
Priva de todo o direito sucessório	Priva somente da legítima
Os efeitos são pessoais (art. 1.816)	Os efeitos são pessoais

A doutrina diverge a respeito da natureza jurídica da indignidade sucessória: de acordo com Caio Mario PEREIRA DA SILVA, indignidade é considerada uma deserdação tácita operada pela justiça[348]; de acordo com Orlando GOMES, uma sanção civil que priva o indigno do direito à sucessão[349].

As opiniões dividem-se, inclusive, entre a teoria da incapacidade e da exclusão. Pela primeira, o herdeiro indigno não pode suceder por lhe faltar capacidade sucessória, não integrando, sequer, a ordem de vocação hereditária. Assim, como nunca foi herdeiro, nada transmite a seus sucessores. Já pela teoria da exclusão, herdeiro indigno sucede, mas, em face do que fez, perde o direito à herança. Como bem alerta Carlos MAXIMILIANO, a indignidade não se equipara à incapacidade – esta é um obstáculo; aquela, uma pena[350]. Destarte, do caráter penalizante da indignidade sucessória não decorre incapacidade (de qualquer natureza, não só sucessória).

Nessa mesma ordem de idéias, voltamos ao ponto frisado quando da exposição sucinta que fizemos a respeito da dignidade humana: indignidade sucessória é categoria excludente da herança, não da dignidade humana. Nesse sentido, a sugestiva observação de PONTES DE MIRANDA

> Quando alguém é incapaz, a aquisição é pré-excluída: não há aquisição. Quando alguém é indigno, há exclusão, e não pré-exclusão, a despeito da eficácia ex tunc da sentença que lhe seja desfavorável. [...] O que mais importa firmar-se é que indignidade não é incapacidade: não pré-exclui; exclui. Daí o enunciado, freqüente nos textos doutrinários:

---

[348] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 36. Volume 6.
[349] GOMES, Orlando. *Sucessões.* 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 32.
[350] MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. p. 85. Volume I.

> ‘Indignus est capax’ (cf. ANTÔNIO DE SOUSA DE MACEDO, *Decisiones Supremi Senatus Iustitiae Lusitaniae*, 22).
> INCAPACIDADE E INDIGNIDADE PARA SUCEDER. Não há, no direito brasileiro, incapacidade (indignidade) absoluta de suceder a causa de morte. Os casos de indignidade são casos de indignidade relativa; vale dizer: de indignidade quanto à sucessão de alguém, de determinado decujo.[351]

A bem do rigor metodológico, é necessário ressaltar que o presente trabalho se debruçará, dentro da sistemática do CC, sobre uma – apenas – das formas de exclusão dependente da conduta do herdeiro, qual seja a indignidade (art. 1.814, CC). Isso claro, trataremos, a seguir, do objeto de estudo desta dissertação bem delimitado no horizonte das modalidades de exclusão subjetiva da herança.

2.2.2 Regime jurídico da indignidade sucessória no Código Civil brasileiro

Este subitem é dedicado à análise do regime jurídico da indignidade sucessória no CC a partir de duas perspectivas principais. Em primeiro lugar (2.2.2.1), elencamos as hipóteses que o legislador brasileiro selecionou como aptas à exclusão do herdeiro na partilha do monte sucessório. Em segundo lugar (2.2.2.2), comentamos os expedientes jurídico-procedimentais necessários à deflagração dessa eficácia excludente típica da categoria jurídica sob estudo.

2.2.2.1 Hipóteses legais que dão lugar à indignidade sucessória

Na vigência do Código Civil de 1916, a indignidade sucessória era contemplada no capítulo quinto do Livro do Direito das Sucessões, sob a rubrica “Dos que não podem suceder”, regulada entre os artigos 1.595 e 1.602.

No vigente CC, a indignidade sucessória vem regulada no quinto capítulo do Livro do Direito das Sucessões, sob a rubrica “Dos Excluídos da Sucessão”. No art. 1.814 do referido Código encontramos as hipóteses legais passíveis de exclusão do herdeiro de qualquer parcela do acervo sucessório:

> Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
> I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

---

[351] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* 3.ed. São Paulo: RT, 1984. p.119-121, *passim*. Tomo LV.

> II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
> III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

A atual doutrina brasileira do direito civil, caudatária de longa tradição doutrinária, demonstra claríssima tendência a repetir, em uníssono tom, aquilo que foi consagrado já no Direito Romano pós-clássico: as hipóteses de indignidade sucessória, legalmente previstas, não são passíveis de extensão pelo intérprete.

A discussão a respeito do caráter – taxativo ou exemplificativo – do rol de hipóteses do art. 1.814 do vigente Código Civil será amplamente debatida na segunda parte deste trabalho, especificamente no quarto capítulo. Daí porque, nesta primeira parte, embora deixemos registrado essa tendência (e sua especial relevância aos propósitos deste trabalho), convém que restrinjamos nossa análise, primeiramente, a quais hipóteses dão ensejo à indignidade sucessória no Direito brasileiro.

As linhas que se seguem darão conta de um aspecto específico dentro do marco teórico eleito: trataremos, por ora, da justificação interna, a partir das premissas já dadas pelo legislador civil. O conceito de justificação – externa e interna –, conquanto explorado ao longo do terceiro capítulo, merece uma rápida alusão. Segundo ALEXY, o esquema de justificação interna é instrumentalizado pela aplicação de um silogismo decisional, no qual o juiz considera como premissa maior um enunciado normativo a ser aplicado ao fato e, como premissa menor, um enunciado fático correspondente a uma norma.

Neste capítulo, portanto, restringiremos a análise aos aspectos mais elementares, tateando os limites que a doutrina fixou à terminologia empregada pelo legislador nas hipóteses do art. 1.814. Trata-se de permanecer, por ora, na primeira – e necessária – etapa da interpretação, qual seja a construção da norma a partir dos símbolos lingüísticos empregados pelo legislador.

Robert ALEXY antevê um “mal-entendido”, fazendo questão de afastá-lo de sua teoria a partir de uma enfática afirmação: a justificação interna não dá conta de todas as situações juridicamente possíveis. Essa afirmação poderia (e esse seria parte do mal-entendido) sugerir, de um lado, a obsolescência da bipartição proposta – entre justificação externa e justificação interna – e, de outro, a aceitabilidade da fusão entre ambas. Ao contrário, são os limites da justificação interna que exigem o

desenvolvimento teórico da justificação externa, da qual nos ocuparemos, com maior vagar, no quarto capítulo, a partir do que poderemos fundamentar com mais subsídios a nossa negativa à possibilidade de extensão judicial das hipóteses de que ora passamos a tratar.

2.2.2.1.1 Homicídio doloso

No seu primeiro inciso, o art. 1.814 imputa a indignidade àqueles "que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente". Assim, quem mata ou tenta matar o pai, a esposa ou companheira dele, ou o avô, por exemplo, pode perder o direito à herança do genitor.

O homicídio capaz de gerar exclusão é somente o doloso (art. 121, CP), não cabendo reconhecer a indignidade se a morte decorreu de culpa (art. 121, § 3º, CP), nas formas de imprudência, imperícia ou negligência. A doutrina entende ser impossível se falar da hipótese quando configurada alguma das excludentes de ilicitude[352], bem como na hipótese de excludentes de culpabilidade[353].

Para a configuração da indignidade é necessária a prova da prática do delito, mas não a prévia condenação do réu. O Código Civil francês (art. 727) e Código Civil português (art. 2.034) exigem a condenação criminal para que o indigno seja excluído. Nem o Código Civil de 1916, tampouco o CC, exigem tal condição. É possível, portanto, no juízo cível, ser verificada a situação e declarada por sentença a exclusão do indigno. Porém, se no juízo criminal ocorrer a absolvição do acusado, reconhecendo-se em seu favor uma excludente de responsabilidade, a doutrina aponta a impossibilidade de, no juízo cível, pelo mesmo fato, ser excluído da sucessão, podendo invocar-se o art. 935 do CC[354].

Questão interessante diz com a prescrição do homicídio (tentado ou consumado) e sua eficácia na declaração de indignidade. Na França, por exemplo,

---

[352] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil.* 31.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 60. Volume 6 .

[353] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* Direito das sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116. Volume 7.

[354] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* Direito das sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115. Volume 7; VELOSO, Zeno. Direito das sucessões. In: FIUZA, Ricardo (org.). *Novo código civil comentado.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.689.

em face da necessidade de condenação criminal, inviável estaria a declaração de indignidade sucessória. No Brasil, por outro lado, autores como PONTES DE MIRANDA, analisando o símile do Código Civil de 1916, e Salomão de Araújo CATEB, já no CC, não vêem qualquer óbice à exclusão da herança[355]. O primeiro autor, aliás, salienta que a sentença que julga extinta a punibilidade não impede a propositura da ação civil, inclusive da ação de exclusão da sucessão por indignidade, já que o dispositivo exige, como pressuposto, é ter sido crime, e não o ter sido crime e ainda ser punível[356].

Quando o delito que autoriza a declaração de indignidade é cometido por menor de dezoito anos, diverge a doutrina sobre as conseqüências de seu agir no âmbito sucessório, uma vez que ele não responde a processo-crime, mas pela prática de ato infracional, sujeitando-se a medidas específicas (artigos 112-125, ECA). Os que consideram a indignidade uma sanção civil, sustentam serem, crianças e adolescentes, civilmente incapazes e inaptos à pecha de indignidade[357]. Outros autores sustentam que a exclusão da culpabilidade, em Direito Penal, decorre de sua rarefeita percepção a respeito do caráter reprovável das ações. Nessa toada, descabida a sanção civil[358]. A opinião mais acertada parece estar com Sílvio de Salvo VENOSA, o qual defende que não seria juridicamente coerente o fato de, por exemplo, um adolescente de dezessete anos pudesse se beneficiar da menoridade para concorrer na herança do pai que assassinou[359].

Até aqui, é importante salientar, discutiu-se, rigorosamente, no plano da argumentação jurídica, delimitando o alcance teórico do termo “homicídio” no primeiro inciso do art. 1.814, tateando sua potencial extensão a partir da análise sistemática e comparativa – fica evidente o uso de um instrumental dogmático, consolidado, seguro, cujas divergências se estabelecem na mesma linguagem. Noutras palavras, o emprego de terminologia jurídica empresta segurança e controle à discussão: à título de exemplo, a comunidade acadêmica conhece as distinções

---

[355] CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 61.
[356] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* 3.ed. São Paulo: RT, 1984. p. 125. Tomo LV.
[357] BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil.* Família e sucessões. 2.ed. São Paulo: Método, 2006. p. 198. Volume IV.
[358] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Deserdação e exclusão da sucessão. In: _____; CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões.* 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 360.
[359] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil.* 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 54. Volume 7.

precisas entre os conceitos jurídicos de “crime” e “ato infracional”, “homicídio doloso” e “homicídio culposo”, e assim por diante.

Ninguém que observe a pretensão de correção afirmará, no marco do ordenamento jurídico brasileiro, que criança ou adolescente possam responder a processo penal em virtude de crime. Essa segurança conceitual do exemplo aduzido – reforçada, no Brasil, tanto pela CF quanto pelo CP – impede que se saia à procura, por arbítrio ou ignorância, de outras premissas normativas para o enquadramento conceitual de um ato praticado por quem não tenha completado dezoito anos. É disso que se cuida quando enfatizamos a importância da argumentação jurídico-dogmática, tanto na justificação interna quanto na justificação externa.

2.2.2.1.2 Crime contra honra

No seu segundo inciso, o art. 1.814 imputa a indignidade sucessória àqueles "que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro". Existe controvérsia a respeito do alcance do primeiro período do referido inciso, isto é, se é necessário que a acusação caluniosa tenha sido feita em juízo de qualquer natureza ou, necessariamente, no juízo penal.

Parcela da doutrina entende que a lei exige, tão somente, que o fato imputado caluniosamente seja considerado crime e não que a denúncia tenha origem no juízo criminal[360]. Destarte, restaria caracterizado ato de indignidade sucessória caso a denúncia fosse feita na esfera cível, administrativa ou eleitoral[361].

---

[360] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Deserdação e exclusão da sucessão. In: _____; CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões.* 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 362. Em sentido contrário, veja-se a opinião de Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro.* Direito das sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116. Volume 7), segundo o qual “*alusões lançadas em feitos cíveis não tornam, igualmente, cabível a pena civil. Ainda que a acusação seja irrogada em ação de separação judicial, de interdição do parente ou destituição de inventariança, por exemplo, não se pode falar em indignidade para efeitos sucessórios. Há de ser, portanto, formalizada no juízo criminal”.*

[361] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 294. Em entendimento diverso, cite-se MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das Sucessões. Saraiva: São Paulo, 2000. p. 62. Volume 6: *"Consoante o artigo 339 do Código Penal, a denunciação caluniosa consiste em dar causa a instauração de investigação policial ou processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o saiba inocente. Mas não basta qualquer acusação perante a polícia ou outra repartição pública. Torna-se preciso seja ela veiculada no juízo criminal, mediante queixa, e se revele falsa e dolosa. Ainda que formulada no juízo cível, por exemplo, em articulados de*

O STJ, contudo, já decidiu em sentido contrário, assentando que "*para que se venha caracterizar a indignidade com fundamento no já mencionado artigo 1814, inciso II, da lei civil, não basta que tenha havido a acusação caluniosa em juízo, senão em juízo criminal*"[362].

A simples imputação, contudo, de fato definido como crime, que não seja ofensivo à reputação, não justifica a exclusão do herdeiro necessário. Igualmente, declarações vagas, genéricas e imprecisas, sem incidência direta sobre a pessoa do autor da herança ou do seu cônjuge, não caracterizam a hipótese taxativativamente idônea à exclusão[363].

Os crimes contra honra constam do capítulo V, do título I ("Crimes contra a pessoa"), do CP. Já que o inciso segundo do art. 1.814 refere "*incorrerem em crime contra a sua honra*", a doutrina se divide a propósito da necessidade, ou não, de haver condenação no juízo penal para dar ensejo à declaração de indignidade. Enquanto alguns defendem a imprescindibilidade da condenação penal de modo a desencadear a indignidade sucessória com base neste inciso[364], outros sustentam que "a palavra incorrer (em crime ou em certa pena), vocábulo não técnico e de uso frequentíssimo na prática do foro criminal, não significa mais do que incidir, estar implicado, estar sujeito"[365].

Considerado o bem jurídico tutelado no capítulo V, bem como os propósitos desta dissertação, podem-se apresentar situações curiosas. Como enquadrar a situação do herdeiro que ajuíza ação de interdição em relação ao seu ascendente?

---

ação de separação judicial ou em reclamação trabalhista, não se poderá cuidar de indignidade para efeitos sucessórios".

[362] O trecho foi retirado do voto do relator no seguinte acórdão: REsp 1.102.360/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em 09/02/2010, DJe 01/07/2010.

[363] CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 69.

[364] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 294; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* Direito das sucessões. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54. Volume 6; ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de direito das successões.* 2.ed. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1929. p. 146. Essa mesma compreensão é perfilhada pela 3ª Turma do STJ, como se pode ver do teor do acórdão do REsp 1.102.360/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em 09/02/2010, DJe 01/07/2010.

[365] MORAES, Walter. *Teoria geral e sucessão legítima*. São Paulo: RT, 1980. p. 103. Cite-se, igualmente, a doutrina de Hermenegildo de Barros, segundo o qual o ato de "acusar caluniosamente" não deve ser entendido no sentido técnico e restrito, "mas no sentido usual e amplo, com que a mesma idéia se alarga até envolver a falsa e dolosa imputação a alguém de expressão caluniosa" (cf. BARROS, Hermenegildo de. Do direito das sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacinto R. Santos, 1918. p. 341. Volume XVIII). No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves aduz que "se até o crime contra a vida do hereditando não necessita de condenação no foro criminal, descabida seria tal exigência para os crimes de calúnia, injúria e difamação" (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* Direito das sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 118. Volume 7).

Salomão de Araújo CATEB afirma que "o simples fato de querer interditar uma pessoa, alegando insanidade, decorrente de resultado de prática de atos contra os bons costumes, não logrando êxito na ação o requerente, não justifica a exclusão do herdeiro". O STJ já teve oportunidade de se manifestar a respeito de idêntica situação fática, no que concerne, contudo, à categoria da deserdação, qualificando a referida ação como mero exercício regular de direito[366].

Segundo CATEB, essa forma de exclusão tem cabida durante a vida do autor da herança, ou depois de sua morte. Embora não mais exista o indivíduo, sua honra permanece e deve ser mantida intacta. O filho pode difamar o pai até depois da partilha dos bens. Se o ato praticado datar de menos de quatro anos da época da transmissão da herança, poderá o interessado ajuizar a ação declaratória e obter sentença favorável em juízo e os efeitos da sentença serão *ex tunc.*

Mesmo que o inventário já tenha sido concluído, partilhados os bens entre os herdeiros habilitados, poderá aquele herdeiro agressor vir a ser processado e, sendo a ação ordinária julgada procedente, o quinhão que foi entregue a esse referido herdeiro deverá ser devolvido e sobrepartilhado entre os demais[367].

---

[366] "RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE DESERDAÇÃO - MERO AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INTERDIÇÃO E INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE REMOÇÃO DA HERANÇA, AMBOS EM DESFAVOR DO TESTADOR SUCEDIDO - "INJÚRIA GRAVE" - NÃO OCORRÊNCIA - EXPEDIENTES QUE SE ENCONTRAM SOB O PÁLIO DO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE AÇÃO - DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA - EXIGÊNCIA DE QUE A ACUSAÇÃO SE DÊ EM JUÍZO CRIMINAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE AS AFIRMAÇÕES DO HERDEIRO TENHAM DADO INÍCIO A QUALQUER PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO OU MESMO AÇÃO PENAL OU DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA O SEU GENITOR - INVIABILIDADE, IN CASU, DE SE APLICAR A PENALIDADE CIVIL - RECURSO IMPROVIDO. 1. Se a sucessão consiste na transmissão das relações jurídicas economicamente apreciáveis do falecido para o seu sucessor e tem em seu âmago além da solidariedade, o laço, sanguíneo ou, por vezes, meramente afetuoso estabelecido entre ambos, não se pode admitir, por absoluta incompatibilidade com o primado da justiça, que o ofensor do autor da herança venha dela se beneficiar posteriormente. 2. Para fins de fixação de tese jurídica, deve-se compreender que o mero exercício do direito de ação mediante o ajuizamento de ação de interdição do testador, bem como a instauração do incidente tendente a removê-lo (testador sucedido) do cargo de inventariante, não é, por si, fato hábil a induzir a pena deserdação do herdeiro nos moldes do artigo 1744, II, do Código Civil e 1916 ("injúria grave"), o que poderia, ocorrer, ao menos em tese, se restasse devidamente caracterizado o abuso de tal direito, circunstância não verificada na espécie. 3. Realçando-se o viés punitivo da deserdação, entende-se que a melhor interpretação jurídica acerca da questão consiste em compreender que o artigo 1595, II, do Código Civil 1916 não se contenta com a acusação caluniosa em juízo qualquer, senão em juízo criminal. 4. Ausente a comprovação de que as manifestações do herdeiro recorrido tenham ensejado "investigação policial, processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa" (artigo 339 do Código Penal) em desfavor do testador, a improcedência da ação de deserdação é medida que se impõe. 5. Recurso especial improvido". (REsp nº 1.185.122/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 17/02/2011, DJe 02/03/2011).

[367] CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 70.

Um último aspecto deve ser ressaltado por dizer intimamente com os propósitos desta dissertação, qual seja a interpretação que se empresta à literalidade deste inciso: ao passo que o primeiro período do inciso ("que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança") elege, na qualidade de requisito subjetivo passivo, o autor da herança com exclusividade, o segundo período do inciso ("ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro") amplia esse requisito até o ponto de incluir o cônjuge e o companheiro do autor da herança.

A questão que se coloca é: a hipótese de acusação caluniosa, em juízo, contra o cônjuge do autor da herança atrai a incidência do inciso segundo do art. 1.814 do CC? Guardando coerência com a vedação de interpretação extensiva, Giselda HIRONAKA defende que, a menos que se configure crime contra a honra do cônjuge, não há falar em indignidade sucessória[368].

Carlos Roberto GONÇALVES, reversamente, qualifica esse entendimento como "inexplicavelmente contraditório", aduzindo que "a melhor solução é interpretar que houve má redação do dispositivo em tela e que inexiste a apontada contradição, entendendo-se que, em ambos os casos, de denunciação caluniosa e de crime contra a honra, a regra atinge ao cônjuge e ao autor da herança"[369]. Teremos oportunidade, no quarto capítulo, de fazer a devida crítica a esse tipo de argumentação.

2.2.2.1.3 Violência ou meios fraudulentos

No seu terceiro inciso, o art. 1.814 imputa a indignidade sucessória àqueles "que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade". Trata-se de uma medida de cariz individualista, destinada a proteger a higidez da vontade sequiosa por imortalidade[370].

---

[368] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito das sucessões. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 148. Volume 20.

[369] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* Direito das sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117. Volume 7.

[370] Essa é a interpretação feita pela doutrina lusitana com relação à idêntica hipótese de indignidade sucessória do Código Civil português. Confira-se SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Lições de direito das sucessões.* Coimbra: Coimbra, 1978. p. 244.

A lei pune quem atenta contra a liberdade de testar, por violência ou fraude, coação ou artifício, quando impede a feitura do instrumento, ou consegue alterar o que estava pronto, com abusar da confiança do testador, exercer pressão sobre ele, iludi-lo, ou fazê-lo, maliciosamente, crer em fatos não reais.

Carlos MAXIMILIANO alude, ainda, que está contemplada nessa previsão a hipótese do herdeiro que oculta, vicia, inutiliza ou falsifica o escrito revelador das disposições derradeiras do *de cujus*, ou embaraça o cumprimento delas[371]. Nessa hipótese, segundo Maria Berenice DIAS, ao herdeiro testamentário, privado do quinhão que lhe fora atribuído no testamento, abre-se a via da ação indenizatória direcionada contra o herdeiro indigno, o qual, além de ficar sem o seu quinhão hereditário, terá que indenizar os co-herdeiros prejudicados[372].

Há quem sustente não bastar a violência ou a fraude, senão a consecução do resultado buscado, pelo herdeiro ou legatário, tenha sido alcançado ou, no mínimo, tentado. Somente nessa hipótese, segundo Salomão de Araújo CATEB, é que se justifica a pena civil de exclusão do herdeiro do processo sucessório[373].

Alguns autores sustentam que a hipótese contempla a atitude do herdeiro que altera, falsifica, inutiliza ou oculta o testamento. Neste caso, como o herdeiro testamentário não pode perceber o quinhão com que foi contemplado no testamento, tem possibilidade de reclamar perdas e danos de quem dolosamente deu causa ao rompimento da cédula testamentária. O herdeiro indigno, segundo essa compreensão, além de ficar sem o seu quinhão hereditário, terá que indenizar quem prejudicou[374].

2.2.2.2 Requisitos legais para que tenha lugar a exclusão da herança por indignidade sucessória

Apesar de ter praticado algum dos atos taxativamente enumerados no artigo 1.814 do CC – ainda que seja o de maior gravidade, o homicídio doloso –, a exclusão do herdeiro não se dá de pleno direito, isto é, não ocorre por força

---

[371] MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões.* 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 104-105. Volume I.
[372] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 294.
[373] CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.75.
[374] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 294.

exclusiva da lei. Há necessidade de ser intentada ação, com o reconhecimento da indignidade, por meio de sentença judicial. Tal é o conteúdo do art. 1.815 do CC:

> Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.
>
> Parágrafo único. O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.

A sentença que declara a indignidade produz efeito a partir do trânsito em julgado, mas tem eficácia *ex tunc,* retroagindo à data da abertura da sucessão. Antes de a sentença tornar-se definitiva, o herdeiro integra a ordem de vocação hereditária. É a decisão judicial que, ao declarar a indignidade, subtrai-lhe o direito à herança, como se dela nunca tivesse participado[375].

Tendo o herdeiro cometido delito contra a vida, para a declaração da indignidade não é necessária a prévia condenação criminal. Assim, descabe o pedido de suspensão do processo até a ultimação da ação penal (artigos 110 e 265, IV, "a", ambos do CPC)[376]. De outro lado, ocorrendo condenação na esfera penal, é desnecessária a propositura da ação de conhecimento, eis que a sentença penal condenatória transitada em julgado é título executivo judicial (art. 475-N, II, CPC)[377].

O Código Civil de 1916, no art. 1.596, mencionava que a ação só pode ser movida por quem tenha interesse na sucessão – o co-herdeiro e o legatário, por exemplo. O CC não faz a ressalva. Trata-se de uma discussão que perpassa a natureza do instituto jurídico: no caso de se vislumbrar interesse público, estaria autorizado o Ministério Público a propor a ação.

Sílvio de Salvo VENOSA, por exemplo, sustenta que, não havendo sucessor mais próximo, o Ministério Público está legitimado a promover a ação contra o

---

[375] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 302.

[376] Confira-se o julgado do TJ/RS: "AÇÃO DE INDIGNIDADE. HOMICÍDIO DO HEREDITANDO. JURISDIÇÃO CÍVEL E CRIMINAL. Inexigível prévia condenação criminal para o ajuizamento da ação de indignidade, despicienda a suspensão desta enquanto pende de julgamento o feito criminal. Agravo improvido". (Agravo de Instrumento nº 70002423044, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Desª. Maria Berenice Dias, j. 30/05/2001).

[377] Confira-se o julgamento do TJ/RS: "Sucessão. Exclusão de herdeiro. Indignidade. Homicídio. Sentença condenatória trânsita. A decisão do Tribunal do Júri, condenando o filho pelo homicídio cometido contra seus pais, devidamente trânsita, faz coisa julgada no juízo cível. Neste caso, coberta a discussão sobre a existência do fato ou de sua autoria, o juízo de reprovação civil e mero consectário para declarar a indignidade já proclamada. A alegação de eventual incapacidade do requerido não tem respaldo para a discussão, pois tal matéria se restringe ao exame da inimputabilidade penal, com fito de aplicação da pena. Apelo provido". (Apelação Cível nº 599204930, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 09/06/1999).

indigno. Segundo esse autor, seria desarrazoado preciosismo permitir, por exemplo, que o filho assassino do pai herde só porque não há parentes para afastá-lo da sucessão[378]. Alguns doutrinadores sustentam que só existiria legitimidade do agente ministerial quando houver interesse público ou se o herdeiro com legitimidade para a ação for incapaz[379]. Maria Berenice DIAS, por sua vez, propõe a legitimidade ativa do Ministério Público quando o agir do herdeiro constituir crime de ação penal pública incondicionada[380]. Por ocasião da I Jornada de Direito Civil, no âmbito do Conselho da Justiça Federal, logrou aprovação o enunciado n.º 116, segundo o qual "*o Ministério Público, por força do art. 1.815 do novo Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário*"[381].

Observe-se que o senador Fernando Henrique Cardoso, quando o projeto tramitava no Senado Federal, através da Emenda nº 357, pretendeu acrescentar o § 2º a este artigo, com a seguinte redação: "Não existindo herdeiro legítimo ou testamentário, legitimado para a propositura da ação, a mesma competirá ao Ministério Público", explicando que não seria justo nem moral que o indigno se aproveitasse, por ausência de quem possa promover a sua exclusão judicial da herança ou legado recebidos, daquele que sofreu o ato de indignidade. Ao relator-geral, senador Josaphat Marinho, porém, pareceu excessivo conceder tal poder ao Ministério Público, alegando que este teria até dificuldade de obter provas idôneas para o procedimento judicial. A emenda do senador Fernando Henrique Cardoso foi rejeitada.

O direito de ingressar com a ação com vistas à exclusão do herdeiro ou legatário está submetido ao prazo decadencial de quatro anos, contados da abertura da sucessão. Esgotado esse prazo, a demanda não pode mais ser apresentada e a situação se consolida. O direito de que trata o parágrafo único do art. 1.815 é potestativo e seu prazo é objeto de alteração no Projeto de Lei 6.960/2002[382].

---

[378] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil.* 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 54. Volume 7.

[379] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito das sucessões. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). *Comentários ao Código Civil.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 157. Volume 20; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 92.

[380] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 290.

[381] O conteúdo de todos os enunciados das Jornadas de Direito Civil citados nesta dissertação foram consultados no sítio oficial do Conselho da Justiça Federal: http://www.jf.jus.br/cjf. Acesso em 20/11/2012.

[382] VELOSO, Zeno. Direito das sucessões. In: FIUZA, Ricardo (org.). *Novo Código Civil comentado.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.691.

A ação tem de ser proposta em vida do que praticou o ato passível de exclusão da herança. Se ele morrer antes de ter sido iniciada a ação, esta não é mais possível embora possa prosseguir, se foi apresentada antes de o indigno falecer.

Os efeitos da exclusão são pessoais, não se projetando a toda estirpe do indigno. Declarado por sentença o afastamento, o indigno é tido como se tivesse morrido antes da abertura da sucessão. Por conseguinte, os descendentes do herdeiro excluído sucedem no lugar dele, pelo direito de representação (art. 1.851), aplicando-se o velho brocardo: *nullum patris delictum innocenti filio poena est* (= nenhum crime do pai pode prejudicar o filho inocente)[383]. Nesse sentido, o art. 1.816 do CC:

> Art. 1.816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.
>
> Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

Abre-se, com efeito, uma exceção ao princípio de direito sucessório de que não se pode representar uma pessoa viva (*viventis nulla est representatio*), já que o excluído da sucessão por indignidade é considerado como se morto fosse antes da abertura da sucessão[384]. Importa aos fins deste trabalho, em especial, frisar um argumento invocado por alguns doutrinadores no que tange à fundamentação deste art. 1.816. De acordo com Maria Berenice DIAS, por exemplo, os efeitos da indignidade são pessoais "em face da vedação constitucional de a pena alcançar além do réu (CF 5º XLV): *nenhuma pena passará da pessoa do condenado*"[385]. Essa diretriz hermenêutica-constitucional não sensibiliza a autora quando, na matéria que aqui nos interessa, sustenta o caráter exemplificativo (não-taxativo) das hipóteses do art. 1.814 do CC. Os argumentos variam de acordo com a conclusão pretendida, sob o compasso da moral subjetiva do aplicador. Voltaremos a essa temática no quarto capítulo.

Quanto à reabilitação, é previsão antiga na sistemática da indignidade sucessória: já nos “Comentários a Quinto Múcio”, o jurisconsulto POMPÔNIO

---

[383] VELOSO, Zeno. Direito das sucessões. In: FIUZA, Ricardo (org.). *Novo Código Civil comentado.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.692.
[384] VELOSO, Zeno. Direito das sucessões. In: FIUZA, Ricardo (org.). *Novo Código Civil comentado.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.692.
[385] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 296.

advertira: *"Si filium nominatim exheredavero, et eum postea heredem instituero, heres erit"*[386]*.* A reabilitação do indigno – também chamada de perdão ou remissão – não pode ser tácita. Por mais que se reconciliem o ofendido e o indigno, dando, mesmo, demonstrações públicas de convívio afetuoso, isso não basta. Só em escritura pública ou em testamento – sob qualquer de suas formas – a reabilitação pode ser feita, tratando-se de exigência substancial. O perdão tem de ser explícito, inequívoco, diretamente manifestado.[387]

A reabilitação do indigno, como foi visto, só pode constar, ser válida e eficaz em testamento ou em outro "ato autêntico", e esta última expressão aparece no art. 1.597 do Código Civil de 1916, que a copiou do art. 1.317 do Código Civil francês. Na França, *"acte authentique"* é aquele que é recebido por atos oficiais públicos que têm o direito de dar fé no lugar em que o ato foi redigido, com as solenidades requeridas. Em nosso vocabulário jurídico, contudo, "ato autêntico" é locução que suscita ambigüidade, imprecisão, já que no Código Civil de 1916, a doutrina nacional expôs que ato autêntico é o lavrado por oficial público, instrumento público ou escritura pública[388].

O que o art. 1.818 do CC chamou de ato autêntico, segundo Zeno VELOSO, é a escritura pública[389]. O estatuído no parágrafo único do art. 1.818 não tem similar no Código Civil de 1916, e a fonte deste dispositivo é o art. 466, al. 2, do Código Civil italiano, em que se inspirou, igualmente, o art. 2.038, 2, do Código Civil português.

O art. 1.817 do CC dispõe que "são válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas aos herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos". No seu parágrafo único, "o excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da

---

[386] O excerto latino pode ser encontrado no Livro XXVIII de JUSTINIANO. *Cuerpo de derecho civil romano.* Traducido por Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, 1892. p. 345. Primera Parte (Digesto). Tomo II.

[387] VELOSO, Zeno. Direito das sucessões. In: FIUZA, Ricardo (org.). *Novo Código Civil comentado.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.694.

[388] VELOSO, Zeno. Direito das sucessões. In: FIUZA, Ricardo (org.). *Novo Código Civil comentado.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.695; BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado.* 3.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1935. p. 49. Volume 6; MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões.* 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 107. Volume 1.

[389] VELOSO, Zeno. Direito das sucessões. In: FIUZA, Ricardo (org.). *Novo Código Civil comentado.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.695.

herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles".

Após a citação para a ação de indignidade, não mais se pode falar em posse de boa-fé, em face dos efeitos processuais do ato citatório (art. 219, CPC). Em respeito ao que se denominou "princípio da aparência", contudo, o indigno que está na posse e administração dos bens da herança é considerado, em face de terceiros, herdeiro aparente. Daí porque, nos termos do parágrafo único, são válidas as onerações feitas a terceiro de boa-fé. Segundo Maria Helena DINIZ, é preciso levar em conta a boa-fé do adquirente, que acreditou não só na legalidade do ato negocial efetivado, mas também na condição de herdeiro do alienante, o qual, até o instante da exclusão, aos olhos de todos, era o "real" herdeiro[390].

A hipótese contemplada pelo parágrafo único do art. 1.817 do CC é interessante. Aberta a sucessão, em face do princípio da *saisine*, a herança transmite-se a todos os herdeiros, inclusive àquele que agiu de modo indigno. Até ser declarada a indignidade, tem direito à herança e legitimidade para estar na posse dos bens. Declarada a indignidade, os bens devem ser trazidos à colação (art. 2.008, CC), atribuição que cabe ao inventariante (art. 991, VI, CPC). Como a exclusão possui efeito retroativo, o quinhão devolvido é atribuído aos demais herdeiros da mesma classe, ocorrendo o que se chama de "direito de acrescer".

O art. 1.818 do CC dispõe que "aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico". A reabilitação, nesses termos, é irretratável: depois do perdão, o titular da herança não pode voltar atrás. Essa orientação doutrinária, contudo, pode ser facilmente burlada: basta que o autor da herança revogue ou destrua o testamento. A reabilitação depende, também, da validade do testamento: anulado ou reconhecida a sua nulidade, ineficaz é o perdão[391].

O parágrafo único do art. 1.818 do CC estatui que "não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária". Isto é, conquanto não exista a figura da "reabilitação tácita", o autor

---

[390] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* Direito das sucessões. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59. Volume 6.
[391] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 299.

da herança, ciente da causa da indignidade, pode contemplar o herdeiro indigno no testamento. Essa atitude, contudo, não significará "perdão": o herdeiro indigno só tem direito ao especificado no testamento.

2.3 Conclusões parciais

O tratamento doutrinário da indignidade sucessória no direito brasileiro endereça-nos à seguinte premissa dogmática: para que seja deflagrada a eficácia excludente da herança, representada pela indignidade sucessória, é necessária a cumulação de dois requisitos: um de ordem subjetiva, outro de ordem objetiva. O requisito de ordem subjetiva diz com a limitação, apontada pelo *caput* do art. 1814 do CC, de acordo com a qual estão sujeitos à pecha da indignidade, tão somente, "herdeiros ou legatários". Eis o universo subjetivo passível de indignidade sucessória. O requisito de ordem objetiva diz com a enumeração legislativa, nos três incisos do art. 1.814, dos atos que importam a excepcional eficácia excludente da herança, bem como a propositura, dentro do prazo de quatro anos, da ação respectiva. Eis o conteúdo normativo do requisito objetivo da indignidade sucessória.

Esses requisitos nutrem estreita relação com o conceito de "categoria jurídica", cujo potencial jurídico-racionalizante foi ressaltado na segunda parte deste segundo capítulo. Isso porque os artigos 1.814 a 1.818 do CC delimitam, por meio desses requisitos, o alcance da categoria jurídica da indignidade sucessória no direito brasileiro. É dizer, ao se fazer referência a qualquer aspecto normativo estranho a esses requisitos, não se cuidará, ao menos no Brasil, de indignidade sucessória.

Poder-se-á cogitar do emprego de "indignidade" em um sentido sociológico, histórico, até mesmo jusfilosófico; não dogmático. Essa opção do aplicador do Direito, e aqui já avançamos em linhas do terceiro capítulo, por um sentido não-dogmático em nada contribui à segurança jurídica e à universalizabilidade das decisões judiciais. Em se tratando de categoria jurídica que restringe um direito constitucionalmente garantido (art. 5º, XXX, CF), e aqui já avançamos em linhas do quarto capítulo, esse aspecto deve ser enfaticamente sublinhado: um magistrado que pretenda declarar judicialmente a indignidade sucessória de alguém que não seja herdeiro ou legatário (requisito subjetivo), ou a alguém que tenha incorrido em

atos não previstos nos três incisos do art. 1.814 do CC (requisito objetivo), não está contribuindo ao tratamento racional da referida categoria.

A disciplina legislativa brasileira, mormente a partir do cotejo que fizemos entre a indignidade sucessória e a deserdação, deixa entrever o caráter absolutamente excepcional da primeira. Ao passo que a deserdação admite a forma testamentária pura, a indignidade sucessória requer declaração judicial, provocada por meio de ação própria.

O desenvolvimento da categoria da indignidade sucessória, seja na perspectiva da História do Direito, seja na perspectiva do Direito Comparado, sinaliza a necessária cumulação desses dois requisitos. Qualquer "guinada jurisprudencial" nesse caminhar, caso se queira preservar a segurança jurídica e a universalizabilidade das decisões do Poder Judiciário, exige fundamentação racionalmente idônea, sob uma perspectiva dogmática. A esses questionamentos será dedicado o quarto – e conclusivo – capítulo desta dissertação, para o qual é imprescindível a minudente exposição, no terceiro capítulo, dos pressupostos argumentativos de Robert ALEXY, de que passamos a tratar.

– SEGUNDA PARTE –

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA NO TRATAMENTO DA INDIGNIDADE SUCESSÓRIA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

A primeira parte desta dissertação cuidou de assentar as premissas a partir das quais desenvolveríamos nossa convicção a propósito da impossibilidade de que as hipóteses de indignidade sucessória sejam judicialmente estendidas. Ressaltamos, no primeiro capítulo, o histórico dissenso (de natureza filosófica e sociológica) a respeito do fundamento subjacente ao Direito das Sucessões. No segundo capítulo, tentamos neutralizar a influência de tal dissenso em nossa pesquisa através da dimensão jurídico-dogmática da indignidade sucessória.

Esta segunda parte dedica-se ao passo subseqüente desse assentar de premissas: após ter selecionado a dimensão na qual trataremos nossa hipótese científica, convém precisarmos – no grande manancial de teorias que investigam parâmetros racionais na aplicação do Direito – nosso instrumento de análise, elegendo, no terceiro capítulo, um marco teórico atinente à teoria da argumentação jurídica. Após essa eleição metodológica, estaremos em condições de verticalizar, já no quarto capítulo, a análise sobre os diversificados argumentos que nos levam a afirmar, no atual estágio da dogmática brasileira, que não há espaço teórico suficiente à extensão judicial das hipóteses de indignidade sucessória.

CAPÍTULO III – PROLEGÔMENOS DE UMA TEORIA DO DISCURSO RACIONAL COMO TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Rudolf VON JHERING, cujo nome é historicamente associado à monumentalidade do "Espírito do Direito Romano nos diferentes estágios de seu desenvolvimento" ("*Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*") e ao refinamento d"A finalidade do Direito" ("*Der Zweck im Recht*"), representa a transição entre duas mentalidades jurídicas do séc. XIX[392].

Em 1884, oito anos antes de falecer, JHERING transpôs a sabedoria da idade a uma obra singular. Logo no título, afirmou que iria falar sério, brincando, sobre a Ciência do Direito (*"Scherz und Ernst in der Jurisprudenz"*). Entre a série de textos de que se compõe a coletânea, um, em especial, merece destaque. Trata-se da alegoria, não sem alguma inspiração dantesca, em que o próprio JHERING, morto, ascende ao "paraíso dos conceitos jurídicos"[393]. Lá, é recepcionado pelo "condutor de almas", o qual explica a dinâmica de uma quase comédia divina: a cada tipo de pensador, corresponde uma prova de ingresso a determinado tipo de paraíso. Ao romanista JHERING, cabia a operação de complexas máquinas fantasiosas[394] na mais absoluta escuridão: os olhos dos teóricos estariam acostumados a obrar longe da luminosa vida real[395].

À severa crítica feita ao movimento de que fora um dos maiores expoentes[396] – o Pandectismo –, JHERING oferece duas possíveis alternativas: o paraíso dos filósofos e o paraíso dos práticos. No primeiro, o autor afirma viger a

---

[392] Essa transição é amplamente desenvolvida, entre outros, por HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia.* Síntese de um milênio. Florianopólis: Fundação Boiteux, 2005. p. 392 *et seq;* JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne.* Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle. Paris: PUF, 2005. p. 97-178, *passim*; NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica.* Problemas fundamentais. Coimbra: Studia Iuridica, 1993. p. 103 *et seq*; REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 194; SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofia del derecho.* Mexico: Porrua, 1959. p. 632 *et seq*.

[393] Consultamos a moderna edição de JHERING, Rudolf von. Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild. In: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Wien: Linde, 2009. p. 246 *et seq*.

[394] A metáfora cáustica empregada pelo autor é extremamente criativa. A título de exemplo, cite-se a "máquina separadora de cabelos" (*"Haarspaltemaschine"*), em que o teste consistia, sem auxílio de lupa, separar todos os fios de cabelo de uma pessoa com 99,99% de acuracidade.

[395] JHERING, Rudolf von. Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild. In: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Wien: Linde, 2009. p. 250.

[396] Jhering conclui a provocação com o seguinte arremate, à página 274, cuja tradução livre segue: "O jurista conta com seus conceitos, como o matemático com suas grandezas; quando a conclusão é lógica, então ele não tem mais nada com que se preocupar" (*„Der Jurist rechnet mit seinen Begriffen, wie der Mathematiker mit seinen Größen; wenn nur das Fazit logisch korrekt ist, so hat er sich um nichts weiter zu bekümmern"*).

razão (marcadamente hegeliana) que ignora particularismos históricos: as "verdades jurídicas" nascem junto ao Homem, ao qual cabe a tarefa de desvendá-las[397]. De postremeiro, o paraíso dos práticos é parcamente descrito, restringindo-se o autor à afirmação de que o personagem se identifica com as indagações históricas direcionadas à resolução dos problemas da vida[398].

A referência à obra de Rudolf Von JHERING na abertura deste terceiro capítulo não é despropositada. Seu caráter jocoso – já o intuíra o próprio autor – deve ser tomado a sério. A estruturação formal desta dissertação, de certa forma, o demonstra. O primeiro capítulo dedicou-se à narrativa da construção do Direito das Sucessões a partir de seus aspectos eminentemente filosóficos e sociológicos. No segundo capítulo, foi exposto o método que julgamos adequado ao nosso propósito de controle racional das decisões judiciais: o tratamento dogmático-jurídico da indignidade sucessória. O terceiro capítulo, que desenvolveremos a seguir, perpassa a mesma indagação que impediu o jurista alemão de descrever pormenorizadamente o terceiro paraíso.

Explicamo-nos. A *plaisanterie* de JHERING, conquanto se utilize do poder reducionista típico das caricaturas, arremete sua imaginação contra duas vertentes do pensamento jurídico bem determinadas historicamente, recusando tanto o absolutismo metodológico da jusfilosofia setecentista, quanto o nefelibatismo técnico da Teoria Geral do Direito alemã. Chegando ao terceiro logradouro celeste, contudo, o jurista alemão hesita entre as duas reduções construídas: o "saber máximo" dos hegelianos e o "saber mínimo" dos pandectistas.

A terceira via parece ser a procura do meio-termo: as pretensões especulativas não são tão altas quanto nos dois paraísos precedentes; nada

---

[397] Este paraíso é prontamente recusado pelo personagem, o qual suscita a iracúndia do "condutor de almas": "Em vez de reconhecer os conceitos e idéias em sua autarquia lógica ou jusfilosófica, independentemente de qualquer ligação histórica, tu sempre fizeste a pergunta estúpida a respeito dos porquês histórico ou prático. Através desta questão, tu bloqueaste a entrada tanto para o nosso paraíso quanto para o paraíso dos filósofos. A ti, resta o paraíso do prático" (*"Anstatt die Begriffe und Ideen in ihrem absoluten, an keine historischen Bedingungen geknüpften Dasein, ihrer logischen oder rechtsphilosophischen Autarkie anzuerkennen, hast Du stets die törichte Frage nach ihrem historischen oder praktischen Warum getan, womit Du sie entwürdigt und den Beweis geliefert hast, daß Dir der Sinn und das Verständnis für den Idealismus des Rechts abgeht. Durch diese eine Frage nach dem Warum hast Du Dir den Zutritt sowohl zu unserm Himmel als zu dem der Rechtsphilosophen versperrt. Dir bleibt nur noch der Himmel der Praktiker übrig"*). Cf. JHERING, Rudolf von. Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild. In: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Wien: Linde, 2009. p. 314. Tradução livre.

[398] JHERING, Rudolf von. Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild. In: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Wien: Linde, 2009. p. 315.

obstante, arremata JHERING, “aqui há ar atmosférico, um sentimento de liberdade, de vida”.

O terceiro capítulo desta dissertação será dedicado à escolha de certa Teoria da Argumentação Jurídica que alcance, simultaneamente, a racionalidade dos pronunciamentos jurisdicionais e a permeabilidade do Direito à realidade social. O estabelecimento dessas duas exigências garantirá que a postura metodológica adotada observe, de um lado, os necessários caracteres da isonomia e da previsibilidade na aplicação do Direito e, de outro, a insuficiência de um modelo de aplicação exclusivamente subsuntivo. Acreditamos ser este o meio-termo adequado aos propósitos desta dissertação.

A observância desses paradigmas já motivou inúmeras propostas a respeito da Argumentação Jurídica – discretas variantes das mesmas preocupações. Entre muitos outros, dedicaram-se a essa temática autores como o já citado Ronald DWORKIN[399], Alexander PECZENIK[400], Aulis AARNIO[401], Frederick SCHAUER[402], Jürgen HABERMAS[403] e Riccardo GUASTINI[404].

Em que pese a indiscutível contribuição de cada uma dessas propostas ao desenvolvimento da Teoria da Argumentação Jurídica, a cientificidade desta dissertação estaria fadada ao fracasso caso assumíssemos um foco tão difuso, comprometido com o levantamento de todas as propostas existentes. Impõe-se-nos, uma vez mais, a secção metodológica. Dentro desse paradigma, a abordagem do

---

[399] Veja-se, na introdução desta dissertação, a obra de DWORKIN, Ronald. *Law’s empire.* Oxford: Hart Publishing, 1998.

[400] PECZENIK, Alexander. *On law and reason.* 2nd ed. Dordrecht: Springer, 2008.

[401] AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable.* Un tratado sobre la justificación jurídica. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 89 *et seq.*

[402] SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules.* A philosophical examination of rule-based decision-making in Law and in life. Oxford: Clarendon Press, 1993. p. 77 *et seq.*

[403] Relacionando vários conceitos da Filosofia Política com a Teoria do Direito, Habermas conclui, em "*Faktizität und Geltung*", que a forma do direito torna-se necessária para compensar os déficits que surgem com o declínio da moral social tradicional (AUDARD, Catherine. O princípio da legitimidade democrática e o debate Rawl-Habermas. In: ROCHLITZ, Rainer (org.). *Habermas*: o uso público da razão. Traduzido por Léa Novaes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. p. 81 *et seq*). Um de seus analistas aduz, ainda, que, segundo Habermas, "o *direito é a condição de uma solidariedade que ultrapassa o contexto da proximidade, o que também é válido em escala das sociedades modernas"* (ROCHLITZ, Rainer. Introdução. Razão e Racionalidade em Habermas. In: ROCHLITZ, Rainer (org.). *Habermas*: o uso público da razão. Traduzido por Léa Novaes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. p. 19 *et seq*). Robert Alexy entretece uma especial discussão com o texto de Jürgen Habermas no que se refere à Teoria do Discurso, analisando-a de maneira crítica mormente no que tange à "teoria consensual da verdade" (ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p.134-177, onde se pode verificar a bibliografia habermasiana analisada).

[404] GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio.* Lezioni. 2.ed. Torino: Giappichelli, 2006. p. 127 *et seq; Ibidem. Distinguendo.* Estudios de teoría y metateoría del derecho. Traducido por Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 201 *et seq.*

assunto por meio da análise de um só autor parece-nos ser o meio-termo cientificamente mais produtivo.

O referencial teórico desta dissertação é a tese de doutoramento de Robert ALEXY, muito embora seja-nos útil a referência, *en passant,* de alguns autores que permeiam o pensamento alexyano. A respeito de nosso referencial teórico, impõe-se, sobretudo, uma advertência: esta dissertação não visa à abordagem apologética de todos os aspectos Teoria da Argumentação Jurídica. Nossa opção metodológica ficou muito clara no segundo capítulo: nosso objeto de estudo é a indignidade sucessória; nosso viés científico, a dogmática jurídica. Do texto alexyano, aproveitamos o realce à racionalidade da argumentação, associada ao estudo da indignidade sucessória dogmaticamente considerada. Dista – e muito – dos objetivos desta dissertação incursionar pelas críticas recíprocas entre os diferentes autores que trataram da Teoria da Argumentação Jurídica[405].

Outra advertência reclama destaque: a escolha deste autor não é aleatória, nem pretende aderir à aparente "satelitização"[406], no que se refere à Teoria da Argumentação Jurídica, que o cenário doutrinário brasileiro recente parece conferir aos autores de língua alemã. Dissera-o Alfredo Augusto BECKER, ao criticar os juristas e seu "fascínio pela *Kultur* germânica", segundo o qual

> se aquilo que ele está lendo foi escrito por um alemão ou está impresso no idioma teutônico, então, é algo tanto mais admirável quanto mais complicado. E recebido respeitosamente como a verdade científica que não admite prova em contrário, salvo se escrita por outro alemão[407].

---

[405] Como o fizeram, por exemplo, STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 88 *et seq;* DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso & correção normativa do direito.* Aproximação à metodologia discursiva do direito. 2.ed. São Paulo: Landy, 2004. p. 137-207, *passim.*

[406] Refiro-me à sugestiva metáfora empregada por BORGES, José Souto Maior (*Ciência feliz.* 3.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 32), segundo a qual o pensador, recusando-se à autonomia, cifra-se à glosa do pensamento alheio. Essas pessoas, segundo BORGES, gravitam em torno do pensamento alheio como satélites apenas iluminados pelo fulgor do astro-rei. Vem à lembrança o "meta-sermão" de Antonio Vieira, proferido em 1655, quando registrou que "o pregador há de pregar o seu, e não o alheio. Por isso diz Cristo que semeou o lavrador do Evangelho o trigo seu: *Semen suum*. Semeou o seu, e não o alheio, porque o alheio e o furtado não é bom para semear, ainda que o furto seja de ciência" (VIEYRA, Pe. Antônio. Sermão da Sexagésima. In: *Sermões.* Brasília: Fundação Biblioteca Nacional, [s.d.]. p. 26, §VII).

[407] BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário.* 2.ed. São Paulo: LEJUS, 2004. p. 111. À página 112, prossegue o mesmo autor: *"O halo da cientificidade da língua alemã decorre do fato de o idioma germânico ser o mais apto para criar abstrações. De modo que um alemão, ao escrever seja lá o que for, parece sempre pensar, ainda que ele não faça nada mais do que construir uma simples frase banal. Por isso há tantos escritores que gostam de utilizar vocábulos alemães ou transcrever textos de autores alemães, evitando traduzi-los. [...] Quando a gente pergunta a um alemão a hora de seu relógio e ele nos responde em seu kultur idioma, então, nós esquecemos a hora e ficamos – horas e horas – a meditar sobre o tempo, o universo, as galáxias, e caímos dentro de um buraco negro".*

Esses "efeitos evocadores secundários" do idioma – através dos quais as expressões estrangeiras são citadas, não porque sejam necessárias, senão em virtude do ar de distinção que conferem à linguagem[408] – não têm espaço nesta dissertação. A inexistência de espaço para tais efeitos justifica a não-aleatoriedade do referencial teórico: Robert ALEXY, conquanto não seja absolutamente claro a respeito de sua compreensão a respeito do conceito adotado, dedica belas páginas a respeito das funções desempenhadas pela dogmática. É essa especial atenção dedicada à dogmática que justifica nossa escolha.

Segundo ALEXY, a argumentação jurídica deve ser contemplada como discurso racional, em verdadeira reação às debilidades ou déficits de modelos alternativos, como o modelo hermenêutico (desenvolvido por GADAMER, LARENZ e ESSER) e o modelo de coerência dworkiano. Tanto a metáfora do "círculo hermenêutico", quanto o ideal de coerência, não apresentam, segundo o professor de Kiel, critérios espontâneos aptos a aferir a correção da interpretação a que conduzem[409]. Para essa tarefa é necessária a argumentação jurídica, a qual poderá discutir racionalmente sobre problemas práticos, orientada por uma pretensão de correção[410].

Robert ALEXY não permite que o leitor lhe atribua qualquer caráter profético na Ciência Jurídica. É ponto recorrente em sua obra a insistência em que o sistema de regras da teoria do discurso, aplicado à argumentação jurídica, não oferece nenhum procedimento que permita alcançar sempre um resultado correto. A teoria do discurso é uma teoria da decisão não-definitiva. No máximo, apontará um resultado argumentativamente impossível[411].

O objetivo desta dissertação vai ao encontro do itinerário intelectual do autor: a transposição desse arcabouço teórico, haurido da fundamentação jurídica como discurso racional, instrumentalizando-o para a análise das categorias jurídica – neste trabalho, a indignidade sucessória. Como dito, trata-se de uma opção metodológica, certamente não a única – a tripartição demonstrada no segundo capítulo (as perspectivas filosófica, sociológica e dogmática) bem o demonstra. Nosso método

---

[408] ULLMANN, Stephen. *Semántica.* Introducción a la ciencia del significado. Traducido J.M. Ruiz-Werner. Madrid: Aguillar, 1965. p. 151.

[409] ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Traducido por Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 35-45, *passim.*

[410] ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Traducido por Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 46.

[411] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 35.

não assume o monopólio da razão; representa, simplesmente, a melhor maneira que encontramos de conduzi-la[412].

3.1 Limites do discurso prático geral

Nessa seção, algumas reflexões, conquanto desprovidas de cunho jurídico, são dotadas de alcance sugestivo tal que impõem seu registro. Jean GUITTON, no seu multicitado *"Le travail intellectuel",* consignou observações cuja atualidade impressiona: em seu tempo – ainda hoje, arriscamos – era difundida a curiosa idéia segundo a qual o valor literário de uma obra seria diretamente proporcional à dificuldade de sua compreensão, baseado na premissa de que a obscuridade da linguagem produz um efeito quase religioso[413].

Com efeito, o paradoxo suscita reflexão: através da linguagem é possível mais esconder do que revelar[414]. As mais variegadas ideologias podem tirar proveito desses caracteres sub-reptícios da linguagem: o conteúdo emotivista camufla-se em um discurso pretensamente jurídico. É de posse dessa advertência que abordaremos, com especial atenção, uma das teorias do discurso prático combatidas por Robert ALEXY: o emotivismo. Essa escolha decorre, principalmente, das razões lançadas na introdução deste trabalho, no que dizem com o apelo sentimental inerente às hipóteses que historicamente ensejam a indignidade sucessória.

---

[412] Seja-nos permitido invocar a lição imorredoura de DESCARTES, René. *Discours de la méthode.* Pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences. Paris: Cluny, 1943. p. 58-63, *passim*: *"Le bon sens est la chose du monde la mieux partagé: car chacun pense en être si bien pourvu que ceux même qui sont les plus difficiles à contenter en toute autre chose n'ont point coutume d'en désirer plus qu'ils en ont. En quoi il n'est pas vraisemblable que tous se trompent; mais plutôt cela témoigne que la puissance de bien juger et distinguer le vrai d'avec le faux, qui est proprement ce qu'on nomme le bon sens ou la raison est naturellement égale en tous les hommes; et ainsi que la diversité de nos opinions ne vient pas de ce que les uns sont plus raisonnables que les autres, mais seulement de ce que nous conduisons nos pensées par diverses voies et ne considérons pas le mêmes choses. [...] Ainsi, mon dessein n'est pas d'enseigner ici la méthode que chacun doit suivre pour bien conduire sa raison, mais seulement de faire voir en quelle sorte j'ai tâché de conduire la mienne".*

[413] GUITTON, Jean. *Le travail intellectuel.* Conseils à ceux qui étudient et à ceux qui écrivent. Paris: Aubier Montaigne, 1951. p. 159.

[414] GUITTON, Jean. *Le travail intellectuel.* Conseils à ceux qui étudient et à ceux qui écrivent. Paris: Aubier Montaigne, 1951. p. 160 : *« On naît, on meur obscur. Celui qui a reçu des dieux ce don de la confusion des pensées, qu'il se console et qu'il coure sa chance. Il risque d'être prophète, d'avoir prestige, disciplies, église. L'obscurité dont on souffre en secret comme d'une impuissance, voici qu'on découvre qu'elle est adorée de certains hommes et cela vous force à devenir le prêtre d'une religion ayant racine dans votre infirmité ».*

O emotivismo, segundo alguns autores, é uma visão metaética de acordo com a qual as frases éticas não expressam proposições, mas atitudes emocionais. O emotivismo é uma forma de não-cognitivismo ou expressivismo. Está em oposição a outras formas de não-cognitivismo (quase-realismo e perspectivismo universal) assim como a todas as formas de cognitivismo (incluindo o realismo moral e o subjetivismo ético).[415]

Segundo um dos maiores analistas do emotivismo, Charles STEVENSON, as proposições normativas não se limitariam a designar algo, senão que realizariam uma função complementar: evocar sentimentos e, a partir deles, induzir atitudes. STEVENSON, aliás, faz questão de sublinhar, no marco teórico do emotivismo, que *"o erro de tratar a linguagem como se só tivesse uma função cognitiva é inacreditavelmente ingênuo"*[416].

A tese fundamental de toda a argumentação moral de STEVENSON consiste em que, com exceção de um número muito limitado de casos – nos quais há, efetivamente, uma relação lógica entre as razões aduzidas em determinada direção –, a grande maioria das argumentações organizam-se, ainda que tacitamente, de acordo com critérios psíquicos, sem qualquer remissão à dedução ou indução lógicas[417]. Essas duas últimas operações – indução ou dedução – permitiriam controlar/compreender a proposições apresentadas. A ausência dessas duas operações, *a contrario sensu,* impede tanto a compreensão quanto o controle das mesmas proposições.

A busca pela compreensão e pelo controle decisionais constitui o êmbolo da Teoria da Argumentação Jurídica aqui estudada. Nesse sentido, Robert ALEXY estabelece uma distinção entre três tipos de discursos: o discurso moral, o discurso prático geral e o discurso jurídico. Fazendo uso da definição habermasiana, ALEXY define o discurso moral em termos de relação com o universalizável e tão somente com o universalizável. A questão moral entra em jogo quando alguém pergunta

---

[415] GARNER, R.T.; ROSEN, Bernard. *Moral philosophy*. New York: Macmillan Company, 1980.

[416] STEVENSON, Charles L. *Ethics and language.* New Haven/London, 1944. p. 117. Tradução nossa.

[417] A síntese, encontrei-a em ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 60 *et seq.* Na tradução espanhola, pode-se encontrá-la em ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* La teoria del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 59.

quais normas só podem ser justificadas porque levam em conta o interesse de todos[418].

Um discurso prático geral, por outro lado, não coincide com o discurso moral, porquanto não é viável a resolução de questões práticas (sobre o que deve ser permitido ou proibido) recorrendo ao simples “aquilo que é bom para todos”. Trata-se do discurso, afirma ALEXY, no qual se encontram combinados os pontos de partida relativos à adequação/utilidade, ao valor e à moralidade/justiça, existindo uma relação de permeabilidade entre o adequado, o bom e o justo. A hierarquia entre esses componentes, se não apresenta maiores dificuldades conceituais quando comparados o adequado e o bom, alcança complexidade quando comparados o bom e o justo[419]. Para esse fim, é necessária a especialidade da argumentação jurídica.

Os discursos práticos gerais diferem do discurso jurídico no que são independentes de razões institucionais. Para a argumentação jurídica, ao contrário, as razões institucionais (como a lei e o precedente) são constitutivas. Tais aspectos serão retomados na próxima seção, quando da caracterização da “tese do caso especial”. Por ora, a comparação tem por objetivo demonstrar seu caráter genérico.

Uma das tarefas da teoria do discurso é precisamente a de criar normas que, de um lado, sejam suficientemente fracas, portanto, de pouco conteúdo normativo (o que permite que indivíduos com opiniões normativas muito diferentes possam concordar com elas) e, de outro lado, sejam tão fortes, que qualquer discussão feita com base nelas seja designada como “racional". Embora as regras de racionalidade deixem um amplo espaço para diversas normas contraditórias serem consideradas racionais (discursivamente possíveis), igualmente elas definem algumas como discursivamente necessárias e outras como discursivamente impossíveis. Noutras palavras, as regras de racionalidade já excluem certos resultados. Com elas, não é compatível que um indivíduo, mesmo um que consinta, aceite um estado duradouro sem direitos, ou seja, o estado de escravo[420].

---

[418] ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. Traducido por Isabel Lifante. In: *ISEGORÍA*, 21/1999. p. 26.

[419] ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. Traducido por Isabel Lifante. In: *ISEGORÍA*, 21/1999. p. 27-28.

[420] ALEXY, Robert. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. In: *Isonomía*, 1/1994. p. 48: *"La teoría del discurso sostiene que una argumentación que excluye o suprime personas o argumentos – excepto por razones pragmáticas que tienen que ser justificadas – no es una argumentación racional, y que las justificaciones que se obtienen de la misma son defectuosas."*

Apesar do espaço do discursivamente possível ser muito grande e o do discursivamente impossível muito pequeno, essas regras não são inúteis nem triviais. Sua principal função é formular o que ALEXY chama de "código de razão prática", o qual "*no sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituye también la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto*"[421].

Assentadas essas considerações gerais a respeito do discurso prático geral, cumpre arrolar, sinteticamente, as regras e formas do discurso prático-geral de maneira a contrastá-los com os caracteres da argumentação jurídica.

Em primeiro plano, surgem as "regras fundamentais" (*"Grundregeln"*), as quais representam condição de qualquer comunicação lingüística: (1.1) nenhum falante pode contradizer-se; (1.2) todo falante somente pode afirmar aquilo em que ele crê; (1.3) todo falante que aplique um predicado "F" a um objeto "a" deve estar disposto, igualmente, a aplicar "F" a todo e qualquer objeto igual a "a" em todos os aspectos relevantes; (1.4) distintos falantes não podem usar a mesma expressão com distintos significados[422].

Em seguida, ALEXY introduz as "regras de razão" (*"Vernunftregeln"*), entre as quais avulta a "regra geral de fundamentação" (*"Allgemeine Begründungsregeln")*: (2) todo falante deve, quando solicitado, fundamentar o que afirma, a menos que possa justificar as razões de sua recusa. Essa regra de razão principal pode ser desdobrada em quatro subregras: (2.1) quem possa falar, deve tomar parte no discurso; (2.2a) todos podem problematizar qualquer asserção; (2.2b) todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; (2.2c) todos podem expresar seus desejos, opiniões e necessidades[423].

Por fim, merece destaque um conjunto de regras do discurso prático geral que será amplamente utilizado no quarto capítulo desta dissertação, quando utilizaremos o cabedal hermenêutico-dogmático da Teoria da Argumentação Jurídica na análise a respeito do caráter (taxativo ou exemplificativo) das hipóteses de indignidade sucessória. Esse importante conjunto traduz-se nas "regras da carga de argumentação" (*"Argumentationslastregeln"*), o qual pode ser dividido em quatro

---

[421] ALEXY, Robert. Sistema jurídico y razón práctica. In: _____. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos.* Traducido por Jorge M. Seña. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 150.

[422] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3.Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 234-235.

[423] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3.Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 238-240, *passim.*

regras principais: (3.1) quem pretende tratar a uma pessoa “A” de maneira distinta que a uma pessoa “B”, está obrigado a fundamentá-lo; (3.2) quem ataca uma proposição ou uma norma que não é objeto da discussão, deve dar uma razão para tanto; (3.3) quem aduziu um argumento só está obrigado a dar mais argumentos se houver contra-argumentos; (3.4) quem introduz no discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões/desejos, a qual não se refira a uma anterior manifestação, tem de fundamentar essa introdução[424].

Robert ALEXY faz referência, tratando ainda do discurso prático geral, às “formas de argumentos” (*“Argumentformen”*)[425], às “regras de fundamentação” (*“Begründungsregeln”*)[426] e às “regras de transição” (*“Übergangsregeln”*)[427]. Essas modalidades, contudo, são mais etapas do raciocínio do autor convergentes à conclusão final, essa sim, do nosso interesse: demonstração dos limites do discurso prático geral, os quais exigem o discurso jurídico. Nesse sentido, esses conjuntos – propositadamente omitidos neste espaço – tão somente tangenciam o propósito que expusemos acima, isto é, analisar a indignidade sucessória em atitude metodológica dogmático-propositiva. Esse tangenciamento justifica a restrição de nossa análise aos três conjuntos de regras expostos – regras fundamentais, regras de razão e regras da carga de argumentação –, possibilitando que passemos a abordar a razão pela qual ALEXY julga necessária a especificação dessas regras em direção ao ordenamento jurídico.

Concluindo o primeiro capítulo da obra sob análise – a sua “Teoria da Argumentação Jurídica” –, Robert ALEXY afirma que “alguns juízos de valor, bem como algumas regras, são exigidas ou excluídas, necessariamente, pelas regras do discurso”[428]. Esse é o caso, por exemplo, das regras que excluem completamente a alguns homens a capacidade de participar do discurso, reificando-os até a escravidão. Nessa situação-limite, pode-se falar de “impossibilidade discursiva”. Todas as situações que não se situem nessa zona fronteiriça, isto é, em que não

---

[424] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3.Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 243-245, *passim.*
[425] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3.Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 245-250, *passim.*
[426] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3.Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 250-254, *passim.*
[427] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3.Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 255.
[428] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3.Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 256.

sejam vulneradas as regras suprarreferidas, não demandam pré-exclusão de qualquer proposição normativa. Noutras palavras: seguindo exclusivamente a regras do discurso prático geral, podem-se admitir duas ou mais proposições normativas contraditórias entre si. Trata-se da "possibilidade discursiva" (*"diskursiver Möglichkeit"*).

As exigências "práticas", contudo, demandam a eleição de critérios preferenciais entre as possibilidades discursivas. Esse é o marco transicional do "discurso prático geral" ao "discurso jurídico": os limites do primeiro fundamentam a necessidade do segundo[429].

3.2 Teoria da argumentação jurídica como caso especial de discurso prático geral

A partir da constatação de que os limites do discurso prático geral fundamentam a necessidade do discurso jurídico, Robert ALEXY dedica as cem páginas seguintes da sua "Teoria da Argumentação Jurídica" à fixação de uma teoria racional da argumentação jurídica. Essa fixação envolve uma série de aspectos que não dizem estritamente com as propostas dogmáticas a que nos propusemos nesta dissertação, razão pela qual nos permitiremos expor sumariamente a "tese do caso especial" – com especial ênfase à "pretensão de correção" –, partindo à demonstração sucinta de quais caracteres da argumentação jurídica alexyana sejam instrumentais à análise que faremos da indignidade sucessória.

3.2.1 "Tese do caso especial"

A "tese do caso especial" ("*Sonderfallthese*") procura conceitualizar uma intuição relativamente simples no que tange à reflexão jurídica: o Direito não pode operar hermeticamente por seus próprios termos. O discurso jurídico, segundo Robert ALEXY, é um caso especial do discurso prático geral por três razões principais. A primeira razão diz com a matéria-prima comum de ambos: referem-se a questões práticas, isto é, ao que é obrigatório, proibido ou permitido. A segunda

[429] Esse é o ponto de chegada das primeiras duzentas e cinqüenta e sete páginas da *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3.Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 257: *„Die Grenzen des allgemeinen praktischen Diskurses begründen die Notwendigkeit rechtlicher Regeln".*

razão relaciona-se com a existência da “pretensão de correção”, daí serem, ambos, “discursos”.

A cada um dos discursos, contudo, corresponde uma distinta “pretensão de correção” – tal é a terceira razão: o discurso jurídico não pretende a solução absolutamente correta das questões práticas, senão o correto de acordo com o um ordenamento jurídico validamente imperativo[430]. Noutras palavras, a pretensão de correção levantada no Direito é restringida por uma série de condições limitadoras, como leis, precedentes e dogmática (genericamente considerada)[431].

A argumentação jurídica, nessa ordem de idéias, demonstra-se em duas vertentes principais: uma vertente de caráter autoritativo ou institucional; outra, de caráter discursivo ou ideal. O alcance da primeira vertente diz com a inter-relação entre a argumentação jurídica e o processo democrático: este último, através do processo parlamentar, subministra o principal ponto de partida daquele primeiro – a lei. O alcance da segunda vertente, por outro lado, é exemplificado através dos catálogos de Direitos Fundamentais, os quais nada garantiriam se fossem simplesmente legislados: é necessário interpretá-los[432]. A argumentação jurídica, considerada como um caso especial do discurso prático geral, segundo ALEXY, é uma tentativa de dar conta dessas duas vertentes.

A tese do caso especial, como dito, funda-se em uma premissa fundamental: ao contrário do discurso prático geral, “[N]a discussão jurídica, nem todas as perguntas estão abertas para discussão. Ela se realiza sob restrições”[433]. Tais restrições, ALEXY insiste, vêm do ordenamento jurídico vigente[434].

---

[430] ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. Traducido por Isabel Lifante. In: *ISEGORÍA*, 21/1999. p. 25.

[431] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 33: *“Von zentraler Bedeutung ist dabei der Gedanke, daß der juristische Diskurs ein Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses ist. Die Gemeinsamkeit des juristischen Diskurses mit dem allgemeinen praktischen Diskurs besteht darin, daß es in beiden Diskursformen um die Richtigkeit normativer Aussagen geht. Es wird begründet werden, daß sowohl mit der Behauptung einer allgemeinen praktischen Aussage als auch mit der Behauptung oder Verkündung einer juristischen Aussage ein Anspruch auf Richtigkeit erhoben wird. Bei dem juristischen Diskurs handelt es sich um einen Sonderfall, weil die juristische Argumentation unter einer Reihe von einschränkenden Bedingungen stattfindet“.*

[432] ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. Traducido por Isabel Lifante. In: *ISEGORÍA*, 21/1999. p. 23-24.

[433] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 261.

[434] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 272*: „3. Der Kern der Sonderfallthesen besteht damit darin, daß auch in juristischen Diskursen der Anspruch auf Richtigkeit erhoben wird, daß dieser Anspruch sich aber anders als der des allgemeinen praktischen*

O fundamento nevrálgico da “tese do caso especial” pode ser rastreado a partir de perguntas cotidianas que freqüentemente surgem quando se discute sobre o valor das sentenças e a legitimidade do juiz em proferi-las: indaga-se se serão as sentenças (ou proposições jurídicas em geral) arbitrárias, subjetivas ou refletindo somente emoções do juiz ou do falante; se pode o juiz dar uma sentença sem afirmar, mesmo que implicitamente, que ela é correta; se teriam as discussões em torno de controvérsias jurídicas algum significado se elas fossem consideradas como somente uma opinião subjetiva, sem fundamentos que poderiam ser aceitos por todos, entre outras. Segundo ALEXY, a resposta é negativa para as três indagações.

Isso porque toda proposição jurídica erige necessariamente uma pretensão de correção, a qual implica aceitabilidade racional, apoiada em argumentos racionais. Uma proposição que se pretende correta nada mais é do que uma proposição que pode ser justificada racionalmente através de uma argumentação racional, e não arbitrária e despojada de valor, ou seja, meramente subjetiva.

Sob esse ponto de vista, a legitimidade do Poder Judiciário está implícita na afirmação de que toda proposição jurídica necessariamente erige uma pretensão de correção. Se a sentença deve ser vista como refletindo valores subjetivos do juiz ou ela é conseqüência, como afirmava um dos grandes realistas americanos, "do que o juiz tomou no café da manhã", por que haver um corpo constituído de juízes para tomar decisões? Em que sentido a legitimidade deles seria maior do que a de qualquer outro cidadão? E por que a argumentação jurídica (que, por essa visão, não seria nada além de uma retórica para disfarçar a verdadeira intenção do julgador) não poderia ser substituída por um método mais rápido e barato de decisão como, por exemplo, jogar uma moeda?

Evidentemente, ALEXY não acredita que o juiz possa se despojar de toda a carga pessoal na fundamentação. Há, por certo, na tomada de decisão, uma mistura entre a sua impressão inicial com a necessidade de justificar a decisão[435]. Essa

---

Diskurses nicht darauf bezieht, daß die fragliche normative Aussage schlechthin vernünftig ist, sondern nur darauf, daß sie im Rahmen der geltenden Rechtsordnung vernünftig begründet werden kann“.

[435] No cenário brasileiro, alguns autores têm se debruçado sobre a problemática do arbítrio escondido no modelo do positivismo normativista como, por exemplo, STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Aqui, contudo, não é o espaço para debater se é possível extinguir a atividade subjetiva o juiz, cujas raízes podem remeter ao exegetismo francês do séc. XIX. Interessa-nos, tão somente, fincar as balizas que evitem

justificação, contudo, não se reduz a um esclarecimento da psique do juiz, devendo ser feita à luz do ordenamento jurídico vigente, e vista como uma tentativa de ser a resposta mais adequada ao caso.

Diferentemente da pretensão de correção do discurso prático geral, a pretensão de correção jurídica reivindica que, mesmo sujeita às limitações estabelecidas por essas condições limitadoras, a afirmação é racionalmente justificável. Um juiz deverá, portanto, de uma forma ou outra, demonstrar que sua sentença não se baseia em convicções pessoais, mas que pode ser racionalmente justificada no contexto da ordem vigente.

A pretensão de correção implica uma pretensão de justificação ou fundamentabilidade. Apesar de diversas justificações serem possíveis, a essência de todas elas é a mesma, já que quem justifica algo:

> ao menos finge que aceita a outra pessoa como um igual, ao menos no discurso, e que não exerce coerção sobre os outros, nem aceita coerção de outrem. Ademais, alega ser capaz de defender sua tese não só contra o seu igual no discurso, mas contra todos. Essas alegações de igualdade e universalidade formam a base de uma ética procedimental construída sobre a idéia de generalizabilidade. Essa é a ética do discurso[436].

O nosso autor esclarece, em artigo intitulado "My philosophy: the institutionalisation of reason", que essa pretensão de correção encontra-se ligada a certa "teoria do discurso do estado constitucional democrático"[437]. Tal afirmação se torna mais compreensível se analisarmos a tripartição operada pelo próprio autor, explicando: (i) a pretensão, no sentido de "afirmação", por parte dos agentes estatais (em especial, juiz e legislador), da correção – pragmática e conteudística – de seus atos institucionais. Essa afirmação se decompõe em (i.a) afirmação da correção; (i.b) garantia da fundamentabilidade; (i.c) esperança do reconhecimento da correção; (ii) a necessidade da pretensão de correção, sob pena da institucionalização de absurdidades lógico-jurídicas, como o exemplo da sentença de que constasse "o acusado é, o que é uma interpretação falsa do direito vigente, condenado a uma pena privativa de liberdade para toda a vida"; (iii) conteúdo da pretensão, a ser conferido por meio da teoria do discurso prático geral (reafirmando o não comprometimento prévio de ALEXY com quaisquer pontos de vista).

---

que o subjetivismo do magistrado implique privação do direito à herança, com base na opinião dos julgadores a respeito das relações familiares.

[436] ALEXY, Robert. On necessary relations between law and morality. In: *Ratio Juris*, v. 2/2, 1989. p. 180. Tradução nossa.

[437] ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 20 *et seq.*

De todo o exposto, o autor extrai a síntese daquelas páginas, afirmando que quem desiste da pretensão de correção perde a possibilidade de estabelecer afirmações, seja qual for o tipo, porque afirmações são somente tais atos de falar, com os quais é promovida uma pretensão de verdade ou correção. Em vez de sentenças e afirmações existiriam, somente ainda, sentimentos e opiniões, fundamentações transformar-se-iam em persuasões, e no lugar de correção e verdade, por-se-iam manipulações exitosas e convicções que estão bem fixas. Tudo seria subjetivo, nada objetivo[438].

3.2.2 Caracteres fundamentais de uma argumentação jurídico-dogmática

O terceiro capítulo desta dissertação, conforme vimos salientando até agora, tem por objetivo fixar algumas premissas dogmáticas para que, no quarto capítulo, sejam utilizadas na análise da indignidade sucessória. O nosso referencial teórico também já foi apontado: por algumas razões em especial, elegemos a Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Robert ALEXY. Até aqui, esboçamos algumas linhas gerais a respeito de como esse autor entende a relação entre o discurso prático geral e o discurso jurídico, máxime o importante conceito da "pretensão de correção".

Os parágrafos seguintes aprofundarão essa análise no que tange à justificação interna e à justificação externa. Nessa temática, Robert ALEXY resgata o conceito que tanto fizemos destacar na seção anterior: a pretensão de correção na qualidade de núcleo da "tese do caso especial". De acordo com essa pretensão, como já salientado, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, não é suficiente que as proposições sejam simplesmente racionais – essa condição nos remeteria, tão somente, ao espaço do discursivamente possível.

A pretensão de correção no discurso jurídico exige que a proposições normativas possam ser racionalmente fundamentadas no marco de um determinado ordenamento jurídico vigente. Nessa linha de pensamento, ALEXY volta a problematizar: "o que seria uma fundamentação racional no marco do ordenamento jurídico vigente?"[439]. A resposta a essa pergunta exige os desenvolvimentos que

---

[438] ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 24.

[439] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 272.

seguem expostos nas próximas seções de acordo com duas vertentes principais (justificação interna e justificação externa[440]). As premissas assentadas a seguir pavimentarão o caminho através do qual será analisada, no quarto capítulo, a indignidade sucessória.

3.2.2.1 Justificação interna

A justificação interna sempre foi discutida baixo do rótulo "silogismo jurídico"[441], procedimento bem exemplificado pelo escolástico exemplo: "Sócrates é homem. Todo homem é mortal. Logo, Sócrates é mortal". Trata-se de obedecer a uma lógica dedutiva[442].

Esse procedimento lógico-dedutivo satisfaz a justificação mediante regras universais e o princípio de universalidade, o qual prescreve que se deve "observar uma regra que formula a obrigação de tratar da mesma maneira a todos os seres da mesma categoria"[443]. O esquema de justificação interna é instrumentalizado pela aplicação de um silogismo decisional, no qual o juiz considera como premissa maior um enunciado normativo a ser aplicado ao fato e, como premissa menor, um enunciado fático correspondente a uma norma.

O silogismo já foi conceituado como sendo a forma pela qual uma decisão adquire consistência e/ou coerência, o que se traduz na justificação interna[444]. Em outras palavras, trata-se da correspondência que um procedimento argumentativo

---

[440] O autor emprega a nomenclatura *"interne Rechtfertigung"* e *"externe Rechtfertigung".* A tradução espanhola (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica.* La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 214) utiliza o termo «justificação», cuja adoção se nos impõe, já que o próprio Robert Alexy, quando designa "argumentação", a exemplo da obra que ora estudamos, se vale do latinismo "Argumentation". Justificação, em sentido genérico, já foi conceituada como *"procedimiento argumentativo que consiste en aducir razones (o aducir buenas razones o aducir razones persuasivas) en favor de uno de estos dos tipos de conclusiones: que es verdadero, probable, verosímil y atendible un enunciado cognoscitivo; lo que es justo, bueno, correcto y válido un enunciado prescriptivo".* Cf. COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico*: elementos para un modelo. Traducido por Pablo Larra. Mexico: Fontamara, 1999. p. 71.

[441] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 273.

[442] ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica. Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3.ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 40.

[443] PERELMAN, Chaïm. Eine Studie über die Gerechtigkeit. In: _____. *Über die Gerechtigkeit*. München: C.H.Beck, 1967. p. 58: *"eine Regel zu beachten, welche die Verpflichtung formuliert, alle Wesen einer bestimmten Kategorie auf eine bestimmte Weise zu behandeln".* Tradução nossa. PERELMAN, belga nato, parece ter redigido o artigo no idioma tedesco, já que não consta da obra consultada qualquer referência a tradutor.

[444] COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico*: elementos para un modelo. Traducido por Pablo Larra. Mexico: Fontamara,1999. p. 74.

possui entre as premissas que o formam. A razão para algo é uma conclusão que, dentro de um contexto discursivo (no caso o jurídico), foi alcançada/elaborada através de um processo que se justifica pela coerência/consistência entre os elementos que o formam internamente.

Nesse sentido, ALEXY atribui à justificação interna duas regras principais:

> (J.2.1) Para a fundamentação de uma decisão jurídica, deve aduzir-se ao menos uma norma universal;
> (J.2.2) A decisão jurídica deve seguir-se, logicamente, ao menos uma norma universal, junto com outras proposições.
> (J.2.1) e (J.2.2), justamente como o principio da universalidade, não devem ser sobre-valoradas. Não estabelecem como deva ser a norma universal e tampouco excluem que a norma universal seja modificada, por exemplo, através da introdução de uma cláusula de exceção. Nada obstante, esta cláusula de exceção tem, novamente, de valer universalmente.[445]

As regras e formas cotejadas por ALEXY na seção da justificação interna referem-se à estrutura formal da fundamentação jurídica – são o ponto de toque da segurança e da universalidade, daí a razão pela qual o autor as denomina de "regras e formas de justiça material" (*"Regeln und Formen der formalen Gerechtigkeit"*[446]).

Da mesma forma, ALEXY antevê um "mal-entendido", fazendo questão de afastá-lo de sua teoria a partir de uma enfática afirmação: a justificação interna não dá conta de todas as situações juridicamente possíveis. Essa afirmação poderia (e esse seria parte do mal-entendido) sugerir, de um lado, a obsolescência da bipartição proposta – entre justificação externa e justificação interna – e, de outro, a aceitabilidade da fusão entre ambas. Ao contrário, são os limites da justificação interna que exigem o desenvolvimento teórico da justificação externa, da qual passaremos a tratar.

3.2.2.2 Justificação externa

Ao passo que a justificação interna se presta à verificação da pertinência lógica entre a decisão e as premissas aduzidas na sua fundamentação, a

---

[445] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 275. Tradução nossa.
[446] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 280.

justificação externa consiste em aferir a correção dessas premissas[447]. A justificação externa busca, pois, a fundamentação das premissas que serão utilizadas em certa justificação interna. As premissas fundamentadas no âmbito da justificação externa são divididas por Robert ALEXY em três tipos principais, aos quais correspondem três tipos de fundamentação: (1) regras de Direito positivo, cuja fundamentação consiste em demonstrar sua compatibilidade com os critérios de validade do ordenamento positivo; (2) enunciados empíricos, em cuja fundamentação se pode recorrer às máximas de presunção racional e aos métodos das ciências empíricas; (3) premissas que não são nem regras de Direito, nem enunciados empíricos, cuja fundamentação se dá através da argumentação jurídica[448].

Seguindo o raciocínio desenvolvido pelo autor, abordaremos, na seqüência, a fundamentação das premissas que não são, nem regras de Direito, nem enunciados empíricos.

A justificação externa consiste, exatamente, na fundamentação destas premissas e obedece a certas regras e formas próprias. ALEXY propõe uma hexapartição dessas regras, relacionando cada uma delas com uma palavra-chave: (1) regras e formas da argumentação empírica (*"Empirie"*); (2) regras e formas de interpretação (*"Gesetz"*); (3) regras e formas de argumentação dogmática (*"Dogmatik"*); (4) regras e formas do uso de precedentes (*"Präjudiz"*); (5) regras e formas daquilo que o autor denomina "formas especiais de argumentos jurídicos" ("*spezielle juristische Argumentform*"); (6) regras e formas da argumentação prática geral ("*Vernunft"*)[449]. Essa exposição sumária é relevante, pois a referida hexapartição desempenhará relevante função metodológica no quarto capítulo. Algo como uma grade na qual tentaremos encaixar os diferentes argumentos contrários à extensão judicial das hipóteses do art. 1.814 do CC. Vejamo-las, iluminando suas particularidades e a extensão conferida por Robert ALEXY a cada uma delas.

---

[447] WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. In: HUBIEN, H. (org.). *Le raisonnement juridique.* Bruxelles: Émile Bruylant, 1971. p. 412: *«Internal justification deals with the validity of inferences from given premisses to legal decision taken as their condition [...] External justification of legal decision tests not only the validiy of inference, but also the soundness of premisses"*.

[448] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 283-284.

[449] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 285.

3.2.2.2.1 Argumentação empírica

A argumentação empírica é digna de menção em virtude de estar presente em quase todo tipo de argumentação – jurídica ou prática geral. Constatações empíricas são oriundas de diversos campos científicos (como a economia, a psicologia, a medicina) e sua inclusão no discurso jurídico traz à baila os reiterados encorajamentos doutrinários à formação interdisciplinar dos juristas.

A título de exemplo, o STJ, em recente acórdão, anulou leilão de imóvel ocorrido sete anos depois da avaliação judicial do seu valor. A relatora do REsp n.º 1.269.474[450], ministra Nancy Andrighi, registrou que "a expansão imobiliária e a valorização de imóveis no Brasil na última década são fatos notórios, o que torna temerária a simples atualização monetária do valor estimado na perícia inicial". Trata-se de argumentação empírica e econômica, da qual se extraiu conseqüências jurídicas.

Convém que se registre, em atenção ao recorte metodológico que fizemos no segundo capítulo, as vantagens e os riscos que advêm dessa postura e desse tipo de encorajamento à interdisciplinariedade. Parece-nos altamente recomendável, sob a perspectiva de política-legislativa, a permissão legal de que os juízes, em matérias que requeiram conhecimentos específicos, possam se cercar de profissionais de outra área a fim de melhor decidir. Tal é o caso, por exemplo, dos comandos normativos contidos nos arts. 4º e 5º da recentíssima Lei da Alienação Parental (Lei n.º 12.318/2011), os quais permitem que o juiz designe profissional apto a fornecer assistência psicológica ao menor e indicar ao juízo sua situação. Eis o limite do emprego desses conhecimentos específicos – os arts. 6º e 7º são os

[450] PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IMÓVEL PENHORA. INDISPONIBILIDADE. ART. 53, § 1º, DA LEI 8.212/91. NOVA PENHORA EM OUTRO PROCESSO. POSSIBILIDADE. ARREMATAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CREDOR HIPÓTECÁRIO. EFICÁCIA DO ATO FRENTE AO EXECUTADO E AO ARREMATANTE. ALIENAÇÃO JUDICIAL DE BEM PENHORADO. LAPSO TEMPORAL RAZOÁVEL ENTRE A AVALIAÇÃO DO BEM E A HASTA PÚBLICA. REAVALIAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE. SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. 1. A indisponibilidade de que trata o art. 53, § 1º, da Lei 8.212/91 refere-se à inviabilidade da alienação, pelo executado, do bem penhorado em execução movida pela Fazenda Pública, o que não impede recaia nova penhora sobre o mesmo bem, em outra execução. Precedentes. 2. Não há impedimento algum a que sobre o mesmo bem recaia nova penhora, desde que garantido o crédito da Fazenda Nacional. Precedentes. 3. A arrematação levada a efeito sem intimação do credor hipotecário é inoperante relativamente a este, não obstante eficaz entre executado e arrematante. Precedentes. 4. Decorrido considerável lapso temporal entre a avaliação e a hasta pública, a rigor deve-se proceder à reavaliação do bem penhorado. Para tanto, porém, é imprescindível que a parte traga elementos capazes de demonstrar a efetiva necessidade dessa reavaliação. Exegese do art. 683, II, do CPC. 5. Recurso especial provido. (REsp 1269474/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011).

paradigmas de decisão do magistrado a partir de então. Frisamos aqui, mais uma vez, a premência da decisão baseada em argumentos dogmático-jurídicos.

A respeito dos argumentos empíricos, ALEXY afirma que o problema a partir de sua inclusão no discurso jurídico é a de que, não raro, o conhecimento empírico necessário não pode ser obtido com a certeza desejável. Nesses casos, é necessário o apelo às técnicas de presunção racional, cujo emprego é pródigo no ordenamento jurídico brasileiro[451]. A doutrina processualística, mormente no que tange à Teoria das Provas, tem se debruçado com vagar sobre o assunto[452].

A respeito da argumentação empírica, essas linhas bastarão ao propósito meramente expositivo. Isso porque o objetivo desta dissertação, concernente à racionalização do tratamento da indignidade sucessória, não se deparará, nos termos em que desenvolveremos, com obstáculos hermenêuticos de natureza empírica. Nosso caminho metodológico enfrentará não grandezas cientificamente mensuráveis, mas duas gigantescas resistências às quais já fizemos referência – uma, de natureza mais filosófica, outra, de natureza mais metodológica. Com o fito de aparelharmos as propostas dogmáticas do quarto capítulo, convém que passemos à análise das demais regras e formas de justificação externa.

3.2.2.2.2 Argumentação a partir dos cânones de interpretação

Às regras e formas de interpretação da lei, Robert ALEXY associa os "cânones da interpretação", cujo desenvolvimento científico deve muito ao gênio de Friedrich Karl Von SAVIGNY[453], para quem a Ciência do Direito teria a finalidade de "representar historicamente as funções legislativamente atribuídas por certo Estado"[454]. Os cânones desenvolvidos por SAVIGNY, portanto, serviam ao objetivo

---

[451] Não há espaço, nesta seção, para a investigação dessa interessantíssima temática. Confira-se, a esse respeito, as obras seminais contidas em PERELMAN, Chaïm. *Les présomptions et les fictions en droit*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1974. A título de exemplo, cite-se, do CC: a morte presumida (art. 7º); comoriência (art. 8º); presunção de renúncia ao local de cumprimento da obrigação (art. 300); presunção de abandono do imóvel (art. 1.276); entre muitos outros.

[452] Confira-se a obra referencial de TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici.* Nozioni generali. Milano: Giuffrè, 1992, bem como TARUFFO, Michele. *La semplice verità.* Il giudice e la costruzione dei fatti. Bari: Laterza, 2009. No cenário brasileiro, a tese de KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

[453] Robert Alexy faz referência a edição de 1840 do *"System des heutigen römischen Rechts".* Nesta oportunidade, consultamos o exemplar SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Juristische Methodenlehre*. Stuttgart: K.F. Koehler, 1951.

[454] SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Juristische Methodenlehre*. Stuttgart: K.F. Koehler, 1951. p. 13.

de instrumentalizar o olhar do jurista ao que realmente importa à sua ciência – a lei, considerada de maneira filológica[455], histórica[456] e sistemática[457].

A respeito da função desempenhada pelos cânones da interpretação, ALEXY ressalta, no âmbito da justificação externa, a possibilidade de que eles fundamentem normas não-positivadas. Seis classes de cânones podem servir a essa finalidade, agrupadas em distintos tipos de interpretação: (1) interpretação semântica; (2) interpretação genética; (3) interpretação histórica; (4) interpretação comparativa; (5) interpretação sistemática; (6) interpretação teleológica.

A (1) interpretação semântica diz com a afirmação ou a negação de atribuir-se a um determinado texto determinada interpretação. Utilizando uma escala simbólica (segundo a qual (R) = texto hipotético; (R') = interpretação hipotética atribuída ao texto; (W_1) = primeira regra hipotética de linguagem; (W_2) = segunda regra hipotética de linguagem), ALEXY concebe três argumentos semânticos possíveis:

> (J.3.1) R' *deve* aceitar-se como interpretação de R, de acordo com W_1;
> (J.3.2) R' *não pode* aceitar-se como interpretação de R, de acordo com W_2;
> (J.3.3) É *possível aceitar* R' como interpretação de R, bem como é *possível não aceitar* R' como interpretação de R, pois não é acorde nem com W_1 nem com W_2. [458]

As situações contempladas por (J.3.1) e (J.3.2) são semanticamente resolúveis; (J.3.3), por outro lado, exige o emprego de argumentos (e de cânones) de outra natureza. Para usar a expressão de ALEXY, a resolução dessa última situação exige uma "determinação da linguagem", cuja justificação é realizada pelos outros cânones[459]. Interessantes exemplos dessa última situação já foram

---

[455] SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Juristische Methodenlehre*. Stuttgart: K.F. Koehler, 1951. p. 18-29, *passim.*

[456] SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Juristische Methodenlehre*. Stuttgart: K.F. Koehler, 1951. p. 31-34, *passim.*

[457] SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Juristische Methodenlehre*. Stuttgart: K.F. Koehler, 1951. p. 35-42, *passim.*

[458] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 291-292. Tradução nossa.

[459] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 291. Fizemos a correspondência de "determinação" com o vocábulo "*Festsetzung*", seguindo o alvitrado pela tradução espanhola (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica.* La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 227).

enfrentados pelo STF no julgamento de Recursos Extraordinários versando matéria tributária (exemplificativamente, citem-se RE 166772[460], RE 112947[461])[462].

A variabilidade da regra hipotética de linguagem (W) é de suma importância, uma vez que o uso dos argumentos semânticos depende da validez[463] dessa regra de linguagem. pode se tratar da especificação da linguagem natural (como é o caso

---

[460] "INTERPRETAÇÃO - CARGA CONSTRUTIVA - EXTENSAO. Se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe "inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que "conviria" fosse por ela perseguida" - Celso Antonio Bandeira de Mello - em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele. CONSTITUIÇÃO - ALCANCE POLÍTICO - SENTIDO DOS VOCÁBULOS - INTERPRETAÇÃO. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios. SEGURIDADE SOCIAL - DISCIPLINA - ESPÉCIES - CONSTITUIÇÕES FEDERAIS - DISTINÇÃO. Sob a égide das Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967, bem como da Emenda Constitucional nº 1/69, teve-se a previsão geral do tríplice custeio, ficando aberto campo propício a que, por norma ordinária, ocorresse a regência das contribuições. A Carta da República de 1988 inovou. Em preceitos exaustivos - incisos I, II e III do artigo 195 - impôs contribuições, dispondo que a lei poderia criar novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecida a regra do artigo 154, inciso I, nela inserta (§ 4º do artigo 195 em comento). CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - TOMADOR DE SERVIÇOS - PAGAMENTOS A ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS - REGÊNCIA. A relação jurídica mantida com administradores e autônomos não resulta de contrato de trabalho e, portanto, de ajuste formalizado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho. Daí a impossibilidade de se dizer que o tomador dos serviços qualifica-se como empregador e que a satisfação do que devido ocorra via folha de salários. Afastado o enquadramento no inciso I do artigo 195 da Constituição Federal, exsurge a desvalia constitucional da norma ordinária disciplinadora da matéria. A referencia contida no § 4º do artigo 195 da Constituição Federal ao inciso I do artigo 154 nela insculpido, impõe a observância de veículo próprio - a lei complementar. Inconstitucionalidade do inciso I do artigo 3º da Lei nº 7.787/89, no que abrangido o que pago a administradores e autônomos. Declaração de inconstitucionalidade limitada pela controvérsia dos autos, no que não envolvidos pagamentos a avulsos." (RE n.º 166.772, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/05/1994, DJ 16/12/1994).

[461] "TRIBUTÁRIO. ISS NA LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. O QUE SE DESTACA, 'UTILITATIS CAUSA, NA LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS, NÃO E APENAS O USO E GOZO DA COISA, MAS SUA UTILIZAÇÃO NA PRESTAÇÃO DE UM SERVIÇO. LEVA-SE EM CONTA A REALIDADE ECONÔMICA, QUE E A ATIVIDADE QUE SE PRESTA COM O BEM MOVEL, E NÃO A MERA OBRIGAÇÃO DE DAR, QUE CARACTERIZA O CONTRATO DE LOCAÇÃO, SEGUNDO O ARTIGO 1188 DO CÓDIGO CIVIL. NA LOCAÇÃO DE GUINDASTES, O QUE TEM RELEVO E A ATIVIDADE COM ELES DESENVOLVIDA, QUE ADQUIRE CONSISTENCIA ECONÔMICA, DE MODO A TORNAR-SE UM INDICE DE CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. RECURSO NÃO CONHECIDO." (RE n.º 112947, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 19/06/1987, DJ 07/08/1987).

[462] A análise argumentativa desses acórdãos, em diversos aspectos afins à perspectiva ora tratada nesta dissertação, é encontrável em ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 212 *et seq.*

[463] Robert Alexy emprega a expressão "*Geltung"* (ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 290). Utilizamos "validez", tal como traduzido na edição espanhola (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica.* La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 227).

de “animal”, empregado no art. 936 do CC ao definir os limites da responsabilidade civil complexa) ou de linguagem técnica (como é o caso de “herdeiro”, empregado no nosso art. 1.814 do CC ao definir o alcance da indignidade sucessória). Voltaremos a esse último exemplo no quarto capítulo desta dissertação.

A (2) interpretação genética surge quando se justifica uma interpretação de determinado texto, porque a mesma corresponde à vontade do legislador. Robert ALEXY introduz duas formas fundamentais de argumentos genéticos: (2.1) a primeira diz com a assunção de que determinada interpretação foi objeto direto da vontade do legislador; (2.2) a segunda relaciona-se com a interpretação teleológica, segundo o que o legislador perseguiu determinados fins através de determinado texto[464]. Dessas constatações infere-se que, segundo a interpretação genética, se o legislador persegue determinado fim através de determinado texto, tem-se uma razão suficiente para que, na aplicação do texto, seja obrigatória a perseguição daquele fim.

Após expor as históricas debilidades da interpretação genética (tais como a pluralidade de parlamentares, e respectivos pontos de vista, de que resulta um documento legislativo cuja idéia subjacente não pode ser univocamente considerada), ALEXY conclui que as interpretações até aqui expostas são casos especiais de argumentação empírica já que pressupõem a fixação de fatos: na semântica, a especificação da linguagem; na genética, a vontade daqueles que participaram do processo legislativo[465].

Pode-se falar de (3) interpretação histórica na hipótese em que se aduzam fatos que se referem à história do problema discutido, cujo itinerário argumentativo pode ser assim exposto:

> Consiste em expor que: (1) já uma vez se praticou uma determinada solução do problema discutido; (2) essa solução conduziu à conseqüência F; (3) **a conseqüência F é indesejável**; (4) as situações não são tão distintas entre si para que não volte a ocorrer F hoje; e (5) portanto, **a solução em questão não é aceitável hoje**. **Trata-se aqui de um caso de aprendizagem histórica**[466].

---

[464] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 291.
[465] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 292-293.
[466] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 294. Grifos e tradução nossos.

Cumpre ressaltar, mais uma vez, a investida racionalizante da classificação de Robert ALEXY: um argumento desse tipo não demanda tão somente conhecimentos históricos. A premissa de número 3, quanto ao caráter indesejável da conseqüência apontada, deve ser normativamente fundamentada. Essa observação é de importância radical aos propósitos desta dissertação: não há mais espaço para digressões históricas (ou mesmo sociológicas e filosóficas, guardando coerência com nosso recorte metodológico) na censura ou exortação às conseqüências da solução anteriormente adotada.

Na (4) interpretação comparativa parte-se, em lugar das diferenças no plano temporal, das diferenças no plano espacial: a investigação se concentra nos exemplos jurídicos de outras sociedades. Essa investigação pode se dar nos mesmos termos em que se deu a reflexão anterior, de acordo com o trecho transcrito, mantendo-se a necessidade de uma fundamentação normativa[467].

A (5) interpretação sistemática recebe de Robert ALEXY um enfoque explícito: a relação lógica de uma norma com outras normas. A principal tarefa desse tipo de interpretação é por à luz, quando necessário, uma contradição normativa (no vernáculo, o forte "*Normwiderspruch"*). Noutras palavras, se a interpretação levada a efeito contradiz outra norma – pressupostamente válida –, é o caso de imperioso abandono dessa interpretação[468].

Na análise da (6) interpretação teleológica, Robert ALEXY toma de empréstimo a expressão de Karl LARENZ[469] para denominar os seus argumentos como "teleológico-objetivos", os quais não dizem respeito a finalidades queridas por pessoas do passado ou do presente, senão a fins objetivamente prescritos no ordenamento jurídico vigente. Os fins de que tratam a interpretação teleológica não são fins que se determinam empiricamente, mas fins caracterizados normativamente[470]. Uma interpretação teleológica é conceitualmente direcionada a

---

[467] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 294.
[468] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 295.
[469] LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.* 3.Aufl. Berlin/Heidelberg/New York: Springer, 1975. p. 322.
[470] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 296.

certo estado de coisas, daí referir ALEXY que a estrutura normativa apta a viabilizar essa modalidade de argumentação é a principiológica[471].

As definições do que são os cânones da interpretação são múltiplas. Herbert HART chama-as de "regras gerais para o uso da linguagem" ("*general rules for the use of language*")[472]; Friedrich MÜLLER, de „elementos de concretização" („*Konkretisierungselementen"*)[473]; Martin KRIELE, de "elementos da interpretação" ("*Interpretationselemente*")[474]; Karl LARENZ, de „pontos de vista reitores" (*"leitende(n) Gesichtpunkte(n)"*)[475]; Chaïm PERELMAN, contando com a concordância de Robert ALEXY, de "esquemas de argumentos" (*"schémes d'arguments*")[476], a partir dos quais se segue um enunciado de uma forma determinada. Noutras palavras: a partir de distintas regras pressupostas – característica de cada um dos cânones –, o enunciado pode ser justificado de diferentes maneiras[477]. Segundo o autor,

> [N]a qualidade de formas de argumentos, os cânones caracterizam a estrutura do ordenamento jurídico. Uma análise completa de todas as formas de argumentos possíveis no discurso jurídico daria algo como a gramática da argumentação jurídica. Assim, para prosseguir na analogia, certamente não se terá dito, contudo, nada sobre o que deva ser afirmado por meio da linguagem construída segundo essa gramática. Sem embargo, mostraria como deve proceder-se para alcançar um resultado racional[478].

Na esteira das reflexões a respeito dos cânones, ALEXY introduz o conceito de "requisito de saturação" (*"das Erfordernis der Sättigung*"), segundo o qual o argumento de determinada forma (semântica, histórica, sistemática, etc.) só está completo quando contenha ("sature") todas as premissas dessa forma. Essa

---

[471] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 299.
[472] HART, Herbert L.A. *The concept of Law.* Oxford: Clarendon Press, 1963. p. 123.
[473] MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik.* 10. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2009. p. 294 *et seq.*
[474] KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation.* 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1976. p. 67 *et seq.*
[475] LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.* 3.Aufl. Berlin/Heidelberg/New York: Springer, 1975. p. 332.
[476] OLBRECHTS-TYTECA, Lucie; PERELMANN, Chaïm. *La nouvelle réthorique.* Traité de l'argumentation. Paris: PUF, 1958. p. 252.
[477] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 301.
[478] Trata-se da tradução livre de trecho encontrável em ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 301: *„Als Argumentformen kennzeichnen die canones die Struktur juristischen Argumentierens. Eine umfassende Analyse aller im juristischen Diskurs möglichen Argumentformen ergäbe so etwas wie eine Grammatik der juristischen Argumentation. Damit wäre zwar noch nicht darüber gesagt, was, um die Analogie weiter zu benutzen, mit den Mitteln der dieser Grammatik gehorchenden Sprache gesagt werden soll. Es wäre aber gezeigt, wie verfahren werden kann, um zu einem vernünftigen Ergebnis zu gelangen".*

saturação, de acordo com o exemplo trazido pelo autor, é possível por meio da argumentação empírica, isto é, devem ser empiricamente fundamentadas: a especificação de determinado uso da linguagem (interpretação semântica); a vontade do legislador (interpretação genética); os estados jurídicos de coisas anteriores (interpretação histórica); os estados jurídicos de coisas em outras sociedades (interpretação comparativa); a não-ocorrência de contradição normativa (interpretação sistemática).

A exigência de saturação, complementa o autor, assegura a racionalidade do uso dos cânones, excluindo a possibilidade de que qualquer argumento possa ser apresentado como resultado de interpretações semânticas, históricas, sistemáticas ou teleológicas. Assim, "sempre é necessário aduzir premissas empíricas ou normativas, cuja verdade ou correção possa ser, a qualquer momento, objeto de novas discussões"[479].

Importa aos fins desta dissertação ressaltar, por fim, um aspecto central do raciocínio de Robert ALEXY nessa seção a respeito dos cânones da interpretação. Trata-se da preeminência *prima facie,* considerada a necessária vinculação da argumentação jurídica ao Direito posto, da interpretação que valorize essa vinculação. Essa vinculação é exemplarmente fortalecida através da interpretação semântica e da interpretação genética – di-lo o próprio ALEXY, ao elaborar a "regra pragmática" de harmonização dos cânones:

> (J.7) Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam aduzir motivos racionais que concedam prioridade aos outros argumentos[480].

Como lhe é usual, o autor não perde a consciência dos limites de suas propostas. ALEXY afirma, textualmente, que (J.7) não responde quais seriam os

---

[479] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 302.

[480] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 305. No original, confira-se: *"(J.7) Argumente, die eine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes oder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, gehen anderen Argumenten vor, es sei denn, es lassen sich vernünftige Gründe dafür anführen, den anderen Argumenten den Vorrang einzuräumen".* Fundamentando a mesma idéia a outros aspectos, cite-se ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 213: *"Os conceitos não estão prontos no dispositivo objeto de interpretação. [...] Como a Constituição estabelece o sobreprincípio do Estado de Direito como sendo fundamental, o intérprete, dentre as várias decisões de interpretações que se lhe apresentam, deve atribuir, em nome dos subprincípios da separação dos poderes, da segurança jurídica e da legalidade, prevalência aos argumentos lingüísticos e sistemáticos, pois eles se baseiam na primazia daquilo que é objetivável no ordenamento jurídico frente àquilo que deixou de sê-lo".*

“motivos racionais” aptos a afastar a primazia *prima facie* da interpretação semântica e da interpretação genética. Tampouco são aptos, a essa tarefa, os próprios cânones da interpretação. A responsabilidade dessa definição recai, como sói acontecer no pensamento do autor, sobre os participantes do discurso, os quais empregarão procedimentos racionais. Na hipótese atacada nesta dissertação, a responsabilidade recai sobre as partes envolvidas em uma ação judicial de indignidade sucessória. O problema da hierarquia entre os cânones, pois, surge como um problema a ser resolvido no âmbito da argumentação prática geral[481]. É importante fixarmos um ponto que nos será útil mais adiante, no quarto capítulo: quaisquer regras a que possamos chegar, a respeito da hierarquia entre os cânones, é mutável, variando de acordo com contextos de interpretação e o setor do Direito de que se trate. Noutras palavras, variando os contextos de interpretação, nunca se chegará a um esquema definitivo de resolução, uma hierarquia fixa entre os cânones.

Relacionando essas considerações às já enunciadas “regras de razão”, ALEXY escreve que “(J.9) Há que se levar em consideração todos os argumentos que seja possível propor e que possam incluir-se por sua forma entre os cânones de interpretação”[482]. Tal categorização dos argumentos, em cânones de interpretação, robustece a conclusão a que o autor chega ao fim da seção: se não oferecem soluções unívocas e absolutamente seguras, os cânones são instrumentos de legitimação de uma decisão, a qual pode ser fundamentada de diversas maneiras. Trata-se de uma forma da qual dispõe uma argumentação jurídica que se encontre comprometida com a “pretensão de correção” especial do discurso jurídico: a vinculação à lei. Essa vinculação é uma idéia-força transversal a qualquer reflexão que se queira dogmática, da qual passamos a tratar.

3.2.2.2.3 Argumentação dogmática *stricto sensu*

O conteúdo semântico da expressão “dogmática jurídica”, como fizemos questão de ressaltar no segundo capítulo desta dissertação, não encontra consenso

---

[481] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 306.

[482] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 307. Tradução livre.

doutrinário. Sinteticamente, há que se entendê-la como "ciência do Direito no sentido mais estrito e próprio"[483]. Esse sentido mais estrito e próprio comporta, ao menos, três atividades: a descrição do direito vigente (atividade empírico-descritiva); sua análise sistemática e conceitual (atividade analítico-lógica); elaboração de propostas para a solução de casos jurídicos problemáticos (atividade prático-normativa). Esse conjunto de atividades justifica, não só o recorte metodológico que fizemos no segundo capítulo desta dissertação, mas, igualmente, a premissa teórica de que ela parte e o referencial teórico escolhido. Essas três atividades, porém, merecem uma análise apartada por parte de Robert ALEXY, o qual relaciona cada uma delas a determinada dimensão, isto é, um determinado modo de proceder[484].

À dimensão empírico-descritiva corresponde a descrição e prognose da prática dos juízes e tribunais, bem como a averiguação da vontade fática do legislador. Não se há de confundir essa atividade com as perguntas típicas da Sociologia do Direito, exemplificadas no segundo capítulo. Trata-se, aqui, de analisar as decisões dos tribunais através de consultas aos ementários de jurisprudência, utilizando-as para resolução de casos símiles ou para constatação de tendências judiciárias. A averiguação da vontade fática do legislador, igualmente, tem fins dogmáticos: contextualizar o surgimento de determinada lei para, anos depois, adequá-la a certo problema jurídico. Em ambos, não se trata de perquirir, por exemplo, a respeito da formação cultural ou ideológica dos juízes ou parlamentares.

À dimensão analítico-lógica corresponde tanto à análise dos conceitos jurídicos quanto a investigação das relações entre as normas. Novamente, impõe-se a distinção metodológica. O caráter relacional da investigação dos conceitos e das normas pontua o caráter dogmático na medida em que se caracteriza, sobretudo, por ser uma investigação intestina, intrassistemática em relação ao ordenamento jurídico posto. Trata-se de contextualizar determinado conceito ou determinada norma, especificar seu significado dentro de um horizonte normativo bem determinado. Não se está, como seria o questionamento da Filosofia do Direito, a buscar qualquer transcendência conceitual.

---

[483] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 308; RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie.* 7. Aufl. Stuttgart: K.F. Koehler, 1970. p. 219.

[484] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 309.

À dimensão prático-normativa corresponde, por fim, ao proceder de quem propõe e fundamenta uma interpretação de determinada norma, ou de quem, criticando uma decisão judicial com base em seus defeitos práticos, elabora uma contraproposta – a relação dessa dimensão com os fins últimos desta dissertação é evidente. Nenhuma das três dimensões, contudo, opera singularmente, existindo, entre elas, diversas relações: exemplificativamente, a descrição do Direito vigente pressupõe um determinado instrumentário conceitual; a análise lógica do Direito vigente não prescinde de sua descrição; as críticas e propostas exigem, por sua vez, um conhecimento relativamente profundo do ordenamento jurídico em que elas pretendem ser lançadas.

Nas palavras de Robert ALEXY, o centro de gravidade de uma atividade jurídico-dogmática pode distribuir-se de distinta forma entre, e dentro, dessas dimensões. Assim, um dogmático que escreve comentários para práticos aborda sobretudo a descrição da prática dos tribunais, ao passo que quem empreende uma investigação sobre o conceito de declaração de vontade, é de se supor que ponha uma especial ênfase em considerações analíticas. Para quem entende que só é Direito em sentido estrito a vontade do legislador, os argumentos práticos de tipo geral desempenham um papel completamente distinto do que para aquele que concebe o Direito antes de tudo como um ordenamento racional da vida em comum dos homens[485].

3.2.2.2.4 Formas especiais de argumentos jurídicos jurídicos

Por "argumentos jurídicos especiais" ("*speziellen juristischen Argumentformen*"), ALEXY entende as antigas técnicas d"a analogia, o *argumentum e contrario, o argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*"[486]. Todas as formas de argumentos jurídicos especiais, segundo o autor, podem ser expressas como formas de inferência logicamente válidas – essa possibilidade as situa no marco de uma Teoria da Argumentação Jurídica marcada pela racionalidade.

---

[485] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 309.
[486] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 341.

O propósito de testar a validade lógica dessas inferências implica, não raro, recorrer a outros tipos de argumentos (dogmáticos, por exemplo), os quais, por sua vez, são contestáveis nos termos já aqui expostos. A racionalidade desse proceder é assegurada na exata medida dessa possibilidade de contestação.

O exemplo fornecido por ALEXY, que o atribui a Ulrich KLUG, é classificado como (J.16):

> (1) se "x" é um contrato de compra e venda (F) ou um contrato semelhante ao de compra e venda (F sim), então são aplicáveis a "x" os parágrafos 433 e seguintes do BGB;
> (2) se "x" é um contrato que tem por objeto a alienação onerosa de um local de negócios (H), então "x" é um contrato semelhante ao de compra e venda (F sim);
> (3) se "x" é um contrato que tem por objeto a alienação onerosa de um local de negócios (H), então são aplicáveis os parágrafos 433 e seguintes do BGB[487].

De acordo com o esquema apresentado, clarifica-se que o autêntico problema, em sede do pensamento analógico, não se encontra na inferência de (3) a partir de (1) e (2), senão na fundamentação de (1) e (2)[488]. A assertiva (3) é o último passo – e o mais simples – de uma sucessão de etapas a necessitarem de fundamentação. A fundamentação das premissas (1) e (2) implica argumentos de outra natureza; a obtenção de (3) resume-se a simples exercício de subsunção. Daí a observação de Ulrich KLUG, segundo a qual (J.16) não é uma "inferência analógica", mas uma "inferência com a qual se conclui o procedimento jurídico da analogia"[489].

A conclusão é inevitável e deveras relevante para os propósitos desta dissertação: as premissas (1) e (2) não são passíveis de extração direta da lei; demandam valoração a respeito de quais características comuns serão qualificadas como relevantes[490]. Essa valoração, além das várias implicações a serem demonstradas no que tange à indignidade, traz consigo toda a problemática do "princípio da universalizabilidade" ("*Universalisierbarkeitsprinzip*") e sua estreita relação com a igualdade. Nas palavras de ALEXY, "os supostos de fato que são semelhantes sob o ponto de vista jurídico devem ter as mesmas conseqüências

---

[487] Fizemos, no ponto, uma adaptação do exemplo fornecido por Alexy (ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 343). Omitimos, propositadamente, a simbologia lógica apresentada (utilizada por KLUG, Ulrich. *Juristische Logik.* 3. Aufl. Berlin: Springer, 1966. p. 120), por entendermos não haver prejuízo na compreensão da idéia principal.

[488] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 344.

[489] KLUG, Ulrich. *Juristische Logik.* 3. Aufl. Berlin: Springer, 1966. p. 121. Tradução livre.

[490] KLUG, Ulrich. *Juristische Logik.* 3. Aufl. Berlin: Springer, 1966. p. 123; LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.* 3. Aufl. Berlin: Springer, 1995. p. 202 *et seq.*

jurídicas"[491]. A avaliação, pois, pertence ao plano jurídico; deslizá-la até o plano das discussões filosóficas e sociológicas é um procedimento – como demonstramos na primeira parte desta dissertação – que deixa a desejar, em termos de legitimidade, em comparação com o plano dogmático. Voltaremos a esse relevante ponto no quarto capítulo, ao problematizar a questão que se nos antolha fundamental: a quem compete o juízo de semelhança jurídica entre as situações fáticas?

O uso de argumentos jurídicos especiais, tal como uso dos cânones, só é racional na medida em que resultem "saturadas" e que os enunciados a serem saturados possam ser fundamentados no discurso jurídico. Nesse sentido, ALEXY introduz a regra (J.18), segundo a qual "as formas de argumentos jurídicos especiais têm de ser 'saturadas"[492].

É de suma importância que se frise uma distinção: o modo de saturação, aqui, não pode ser o anteriormente apresentado aos cânones, isto é, a saturação empiricamente demonstrada. Noutras palavras, as diferenças/semelhanças empiricamente constatáveis entre as duas hipóteses – as quais se pretendem jungir no plano jurídico através do procedimento analógico – já são o ponto de partida para a admissão do argumento jurídico especial. É necessário darmos um segundo passo, demonstrando sua igualdade sob o viés jurídico. Para esse segundo passo, no caso da indignidade sucessória, argumentos empíricos são imprestáveis ao escopo de adicionar novas hipóteses ao rol do art. 1.814 do CC. Tratar-se-á, à exceção de situações afins à justificação interna, de uma valoração não apreensível pelos sentidos. Voltaremos a esse interessante ponto no quarto capítulo.

3.2.2.2.5 Argumentação a partir do uso de precedentes judiciais

O estudo dos precedentes judiciais tem sido incorporado à Ciência do Direito com progressiva intensidade, muito em razão da comunicação entre os sistemas jurídicos de diferentes continentes, mesclando as tradições da *common-*

---

[491] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 344. Tradução livre do trecho: "*(1.b) Rechtlich gesehen ähnliche Sachverhalte sollen die gleiche rechtliche Folge haben".*

[492] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 346.

law e da família romano-germânica[493]. Os estudos dedicados ao precedente judicial, independentemente da classificação que se lhe dê, sublinham o importante papel desempenhado em prol da racionalização do ordenamento jurídico[494].

Robert ALEXY cifra-se ao propósito de contextualizar o precedente judicial na sua Teoria da Argumentação Jurídica, isto é, como mais uma forma de organização do pensamento argumentativo na busca de premissas (justificação externa) aptas a resolver um dado problema jurídico. Nessa toada, o estudo a respeito do uso dos precedentes judiciais pressupõe uma preocupação fundamental: observar o multicitado "princípio da universalizabilidade" ("*Universalisierbarkeitsprinzip*"), exigência que subjaz a toda concepção de justiça[495]. A primeira dificuldade é intuitiva: nenhum caso é absolutamente igual, cabendo sempre espaço para algum tipo de diferença. Trata-se, pois, de identificar a relevância que se atribuirá a essas diferenças.

Robert ALEXY desenvolve essa idéia de maneira muito interessante aos propósitos desta dissertação, nos seguintes termos: é possível que um caso seja semelhante a um anteriormente decidido e que, a despeito do "princípio da universalizabilidade", decida-se diferentemente em razão de que as diferenças entre eles sejam avaliadas, agora, de maneira distinta. Essa hipotética distinção na avaliação das diferenças, do momento em que se decidiu o primeiro caso em relação ao momento em que se decidiu o segundo caso, não poderia ser ignorada sem prejuízo da "pretensão de correção". Nos termos colocados, vige o "princípio da inércia", o qual exige que uma decisão só pode ser modificada se houver razões suficientes para tanto[496]. Não é concebível, dentro do paradigma teórico proposto e em coerência com a segurança jurídica, uma mudança imotivada.

---

[493] A nomenclatura é de DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Incursionaremos nessa dicotomia no quarto capítulo.

[494] Exemplificativamente, cite-se, na literatura anglófona: CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. *Precedent in English Law.* Oxford: Clarendon Press, 1991; PECZENIK, Aleksander. *Scientia Juris* - Legal Doctrine as Knowledge of Law and as a Source of Law. Dordrecht: Springer, 2005*;* WESLEY-SMITH, Peter. Theories of adjudication and the status of stare decisis. In: GOLDSTEIN, L. (org.). *Precedent in Law.* Oxford: Clarendon Press, 1987. Na literatura brasileira, confira-se, entre outros, a obra de MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* 2.ed. São Paulo: RT, 2011.

[495] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 336.

[496] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 336.

Como é de fácil percepção, a argumentação a partir de precedentes judiciais se encontra em estreita conexão com a argumentação dogmática. Essa conexão é caracterizada por ALEXY a partir de algumas noções fundamentais.

O ponto mais importante é, de um lado, que muitos enunciados dogmáticos estão incorporados também em precedentes e, de outro, as decisões judiciais são aceitas pela dogmática, a qual pretende ser, precisamente, a dogmática do Direito vigente. O específico da dogmática, configurada como Ciência do Direito, consiste sobretudo em que a Ciência do Direito elabora seus enunciados, em grande medida, de maneira sistemático-conceitual, propõe enunciados para a solução de casos que, todavia, não foram objeto de decisões judiciais, e prepara possíveis soluções alternativas. O específico das decisões judiciais que criam precedentes, pelo contrário, consiste no fato de que os enunciados das decisões judiciais não se usam somente para a comunicação de propostas, senão para a execução de atos. Têm, para tomar uma distinção de Austin antes mencionada, uma força ilocucionária completamente distinta dos enunciados da Ciência do Direito[497].

3.2.2.2.6 Argumentos prático-gerais

A necessidade de argumentos práticos gerais decorre igualmente da incapacidade do discurso jurídico de resolver todos os problemas que lhe são propostos a partir de seu próprio universo. Nesses casos, o discurso jurídico cede espaço ao discurso prático geral e seus princípios[498]. Isso não transforma a tese da

---

[497] Trata-se de tradução livre do trecho encontrável em ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 337: *„Eine sich auf die erwähnte Argumentationslastregel stützende Präjudizienverwertung hat eine Reihe von wünschenswerten Funktionen. [...] Der wichtigste Punkt ist, daß einerseits zahlreiche dogmatische Sätze zugleich in Präjudizien enthalten sind und daß andererseits die Ergebnisse der Rechtsprechung von der Dogmatik, die ja beansprucht, Dogmatik des geltenden Rechts zu sein, übernommen werden. Das Besondere der als Rechtswissenschaft betriebenen Dogmatik besteht vor allem darin, daß die Rechtswissenschaft ihre Sätze in einem höheren Maße begriffilich-systematisch durcharbeitet, Sätze für die Lösung von Fällen vorschlägt, die noch nicht Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen waren, und alternative Lösungsmöglichkeiten bereithält. Das Besondere der Präjudizien schaffenden Rechtsprechung ist demgegenüber vor allem in der Tatsache zu sehen, daß die Sätze der Rechtsprechung nicht nur zur Mitteilung von Vorschlägen, sondern zum Vollzug von Handlungen benutzt werden. Sie haben, um eine oben erwähnte Unterscheidung Austins aufzunehmen, eine ganz andere illokutionäre Kraft als die der Rechtswissenschaft“.*

[498] Confira-se ALEXY, Robert. Idée et structure d’un système du droit rationnel. In : *Archives de philosophie du droit*. 1988. p. 33. Tome 33 : *"Si l’on ne peut trouver une réponse à ces questions à l’aide des moyens spécifiques du droit, il ne reste que le recours au discours pratique général".* Em sentido semelhante ALEXY, Robert. The nature of legal philosophy. In: *Ratio Juris*. volume 17/2. 2004. p. 165: *"moral reasons can and must participate in the justification of legal decisions when authoritative reasons run out*".

integração na tese da suplementação: o discurso prático, do ponto de vista da primeira, é necessário não somente quando o discurso jurídico não consegue fornecer uma resposta, mas em todos os momentos da argumentação.

Da mesma forma, a pretensão de justificação no Direito, além de conectá-lo com a moral, cria uma dimensão crítica que lhe dá um caráter ideal. Quem justifica algo, mesmo no contexto de um discurso jurídico, da mesma forma que pretende que sua afirmação seja correta dentro desse contexto, igualmente espera, como já foi visto, que o próprio Direito seja racional. Embora isso nem sempre possa acontecer, o fato de interpretações da lei há muito tempo mantidas serem modificadas, decisões serem revistas, leis criticadas, e mesmo algumas decisões serem proferidas *contra legem*, denunciam o fato evidente da falibilidade, e, portanto, da mutabilidade das interpretações. Essa dimensão de justificação leva a novos níveis, mais elevados, de justificação, embora a provisoriedade das decisões sempre seja um componente constitutivo das mesmas. Isso não significa, obviamente, que as decisões devem ser incessantemente revistas a fim de serem alçadas a graus de justificação mais elevados.

O importante, aqui, é que através dessa pretensão é criada a possibilidade de surgirem contra-argumentos que podem ser melhores e eventualmente mudarem a prática de justificação: "*con ello se vuelve posible una crítica de la praxis de las decisiones desde el punto de vista del derecho*"[499].

Isso só evidencia o que já foi ressaltado e constitui um dos pilares da tese do caso especial: o Direito é dinâmico. Esse dinamismo reflete-se na tese da integração de maneira clara. Porém, esse mesmo dinamismo, advindo do caráter argumentável e livre do Direito, entra em conflito com a necessidade de segurança e certeza jurídica. É necessário que haja, portanto, no Direito, alguns elementos estabilizadores, que nem sejam rígidos o suficiente a ponto de impedirem mudanças, nem flexíveis demais a ponto de comprometerem a estabilidade do ordenamento: tal é a imprescindível função estabilizadora da dogmática.

Dogmática, em Ciência Jurídica, não é um resíduo do positivismo exegético limitante do pensamento jurídico. Como fizemos questão de ressaltar nas linhas introdutórias desta dissertação – quando da justificação de nossa escolha metodológica, bem como no corte epistemológico a respeito do tratamento da

---

[499] ALEXY, Robert. Sistema jurídico y razón práctica. In: _____. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos.* Traducido por Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 126.

indignidade sucessória –, trata-se de um procedimento científico próprio da Ciência do Direito visando à segurança jurídica e à isonomia.

É importante ressaltar que a Dogmática Jurídica não é onde a discussão termina, mas onde ela necessariamente começa, fixando pontos de partida a partir dos quais avançamos, sem a necessidade de reabrir, a todo momento, a discussão desde o início. Apesar de que em algum momento, a fim de se alcançar uma decisão, a discussão terá que parar, isso não torna os dogmas em proposições irrefutáveis[500].

A dogmática possui esse duplo viés: por um lado, uma vez aceita uma proposição, ela não precisa ser retida por um período ilimitado; por outro, ela cria uma presunção a seu favor que pelo menos exclui o seu simples abandono sem nenhuma razão. A razão para a nova solução tem de ser suficientemente forte para justificar não só a nova solução, mas também o rompimento da tradição.

Como dizíamos, vislumbra-se, aqui, o princípio da inércia de Chaïm PERELMAN, segundo o qual não é suficiente que haja boas razões em favor de uma ou de outra interpretação. É necessário mais. As razões em favor da nova interpretação devem ser duplamente qualificadas: devem ser, de um lado, melhores razões do que aquelas que sustentam a interpretação que se pretende superar; de outro lado, é necessário que sejam razões suficientes a romper a tradição interpretativa até então. Quem propõe uma nova solução, conclui ALEXY, suporta a "carga da argumentação"[501].

Voltando ao ponto inicial, se argumentos práticos gerais são necessários em todos os momentos da argumentação jurídica, isso não levaria a tese do caso especial a enfrentar uma contradição? Pois a necessidade do discurso jurídico é derivada exatamente da limitação do discurso prático geral, que não oferece pautas

---

[500] Muito pelo contrário, eles são sempre "derrotáveis" (*defeasible*), de acordo com uma expressão norte-americana. Confira-se PECZNENIK, Aleksander. A theory of legal doctrine. In: *RJ.* volume 14/1. 2001. p. 88.

[501] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 327:*"Dies bedeutet nun nicht, daß jeder einmal akzeptierte dogmatische Satz über unbegrenzte Zeiträume strikt festgehalten werden muß. Es schließt aber aus, daß er ohne weiteres aufgegeben werden darf. Daß genauso gute Gründe für eine neue Lösung wie für die überlieferte sprechen, reicht nicht aus. Die Gründe für die neue Lösung müssen so gut sein, daß sie nicht nur die neue Lösung, sondern auch den Bruch mit der Tradition rechtfertigen. Es gilt also das Perelmansche Trägheitsprinzip. Derjenige, der eine neue Lösung vorschlägt, trägt die Argumentationslast. Dies zeigt, daß der Stabilisierungseffekt von Dogmatiken nicht überschätzt werden darf. Er wird nicht nur dadurch eingeschränkt, daß einmal akzeptierte dogmatische Sätze verworfen oder abgeändert werden können".*

definitivas de conduta. Argumentos práticos gerais, ao serem inseridos na argumentação jurídica, realmente levam com eles toda a carga de incerteza presente no discurso prático geral, mas esse paradoxo é, no entanto, aparente: o discurso jurídico não se reduz ao discurso prático geral, tal como o Direito nunca pode oferecer uma resposta definitiva e cabal na resolução de conflitos práticos. Isso não o torna menos racional, pois,

> si la racionalidad fuera equiparada con la certeza, ello daría origen a una objeción fundada. Sin embargo, tal no es el caso. La razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o no en absoluto. Es realizable aproximativamente y su realización suficiente no garantiza ninguna corrección definitiva sino tan sólo relativa.[502]

O sistema jurídico do Estado Democrático de Direito é um intento de institucionalizar a razão prática, a qual justifica, de um lado, a existência do sistema jurídico como tal e, de outro, a formação da opinião e vontade democráticas para que os resultados da argumentação jurídica sejam legítimos.

Os argumentos práticos gerais têm de estar imersos em todas as instituições para que não se percam as raízes dessas instituições na razão prática. Os argumentos práticos gerais são argumentos não institucionais que devem estar imersos nas instituições, podendo ser insertos, integrados e especificados tanto como se queira, desde que continuem conservando o que é essencial para esse tipo de argumento: seu caráter livre e não institucional. Essa, segundo ALEXY, é uma das principais razões a favor da “tese do caso especial”[503].

3.3 Conclusões parciais

Em famosa obra, Albert CAMUS principia com a seguinte oração: "Há crimes de paixão e crimes de lógica"[504]. Alfredo Augusto BECKER partiu dessa constatação para concluir que, em seu tempo, grassava a técnica de criar no intelecto do juiz, ao julgar homicídios passionais, a indecisão nebulosa e melodramática evocada pelo argumento do "amor"[505]. Estamos no direito de nos perguntar se esses elementos,

---

[502] ALEXY, Robert. Sistema jurídico y razón práctica. In: _____. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos.* Traducido por Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 176.
[503] ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. Traducido por Isabel Lifante. In: *ISEGORÍA*, 21/1999. p. 34.
[504] CAMUS, Albert. *L'homme revolté.* Paris: Gallimard, 1951. Tradução livre.
[505] BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário.* 2.ed. São Paulo: LEJUS, 2004. p. 115.

paixão e lógica, não continuam oferecendo, ainda hoje, perigosas intertextualidades nos pronunciamentos jurisprudenciais, as quais são agudizadas em temáticas como a nossa – a indignidade sucessória.

Essas intertextualidades a que fizemos referência se relacionam com o fato, a lição é de Stephen ULLMANN, de que o uso das palavras se altera quando aos homens lhes parece conveniente. Deliberada e conscientemente, os homens passam a usar erroneamente a palavra, matizá-la com suas visões particulares, de maneira a alterar-lhe o significado (até então usado). A constatação, reconheça-se, não tem nada de recente: TUCÍDIDES, ao narrar o primeiro massacre da Guerra do Peloponeso, registrou que a aceitação ordinária das palavras, em sua relação com as coisas, mudou-se quando os homens julgaram conveniente[506]. Um homem, contudo, não prostitui impunemente as palavras – existe conveniência particular, preferência filosófica, orientação ideológica e toda a sorte de subjetivismo que não se coaduna com a aplicação do Direito.

Em 1950, escrevia Norberto BOBBIO que o jurista, para fazer ciência, não necessita se afastar do direito posto e procurar, como já havia tentado, a ciência jurídica no Direito Natural, como substitutivo da pouca ou nenhuma ciência que supunha existir na interpretação das leis. A história do Direito Natural é a história de uma grande evasão. A história da Ciência Jurídica começa, ainda em BOBBIO, quando o cansaço daquela fuga induziu o jurista a voltar e a compreender que aquilo que ele procurava fazer "fora de casa", podia fazê-lo dentro de seus próprios muros, onde, pelo longo abandono, existe angustiante desordem e muitíssima coisa por fazer[507].

Que esse cansaço não nos sirva de avalista à deformação da ordem, na suposição de buscar o justo; ao reinado do arbítrio, sob a maquiagem da interpretação; a prescindir de coerência ou de legalidade, por estar provada a

---

[506] THUCYDIDE, *Histoire de la guèrre du Péloponnèse.* Traduit du grec par Jean Voilquin. Paris: Librairie Garnier Frères, [s.d.]: *"LXXXII [...] En voulant justifier des actes considérés jusque-là comme blâmables, on changea le sens ordinaire des mots. L'audace irréfléchie passa pour un courageux dévouement à l'hétairie (242); la précaution prudente pour une lâcheté qui se couvre de beaux dehors. Le bon sens n'était plus que le prétexte de la mollesse ; une grande intelligence qu'une grande inertie. La violence poussée jusqu'à la frénésie était considérée comme le partage d'une âme vraiment virile ; les précautions contre les projets de l'adversaire n'étaient qu'un honnête prétexte contre le danger. Le violent se faisait toujours croire ; celui qui résistait à ces violences se faisait toujours soupçonner. Dresser des embûches avec succès était preuve d'intelligence ; les prévenir, d'habileté plus grande. Quiconque s'ingéniait à ne pas employer ces moyens était réputé trahir le parti et redouter ses adversaires".*

[507] BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica.* Torino: Giappichelli, 1950. p. 235.

barbaridade de outrem. O combate da lassidão jurídico-intelectual justificou, em parte, esta dissertação e, no todo, este capítulo.

O objetivo desta dissertação, vimos ressaltando, consiste em aportar propostas, através de alguns pressupostos alexyanos, no que tange ao tratamento jurisprudencial das hipóteses elencadas nos três incisos do art. 1.814 do CC/2002, de maneira a assegurar sua racionalidade jurídica. O referido combate à lassidão jurídico-intelectual, pois, encontra em ALEXY um modelo de racionalidade – muitos outros são possíveis –, o qual assegura, a um só tempo, a segurança jurídica e a universalizabilidade das decisões judiciais.

Refutando diversas teorias a respeito da argumentação (por exemplo, o emotivismo), ALEXY adota, em grande parte, o sistema de regras da teoria do discurso prático geral na argumentação jurídica, de acordo com uma relação batizada, conforme visto, de "tese do caso especial" (*"Sonderfallthese*"). Essa tese nasce, de um lado, do caráter inespecífico do discurso prático geral que torna sua utilidade limitada para o discurso jurídico; de outro, do substancial aporte que o primeiro fornece ao segundo, com especial relevância aos conceitos de "pretensão de correção" (*"Anspruch auf Richtigkeit"*) e "princípio da inércia" ("*Prinzip der Trägheit*").

Esse arsenal teórico serve de instrumento, nos propósitos desta dissertação, à análise doutrinária a respeito do caráter taxativo das hipóteses de indignidade sucessória, bem como à análise do tratamento jurisprudencial dessa categoria. Assim, obedecendo à pretensão de correção, quando o Tribunal se afasta de determinada orientação – que pode gerar perplexidade em casos como o da indignidade, cuja taxatividade legal, veremos, é fruto de um processo milenar de desenvolvimento jurídico – deve arcar com um ônus argumentativo racionalmente controlável. Trata-se de deslocar no espaço argumentativo – seja-nos permitido a metáfora – uma dada interpretação, retirando-lhe da inércia. Essa inércia, contudo, presta inegáveis serviços à segurança jurídica, daí o peso que recai sobre os julgadores que lhe objetam.

Nessa ordem de idéias, a função emotiva – combatida por ALEXY, em abstrato, e por esta dissertação, em particular – atribui às palavras "significados emotivos", os quais exaltam ou desacreditam determinados pontos de vista ao sabor variável dos interesses de quem sugestiona. Nas sociedades ocidentais, a palavra "democracia", por exemplo, exerce um fascínio emocional que a reveste de um

caráter indiscutivelmente positivo. Essa cisão entre os significados (descritivo e valorativo) raramente se deixa perceber por quem sofre sua influência, bem como se estabelece em cima da persuasão emotiva, não-racional.

Se é certo que o sistema de regras da teoria do discurso, aplicado à argumentação jurídica, não oferece nenhum procedimento que permita alcançar sempre um resultado correto, é a imbricação lógica – e a possibilidade de controle que daí decorre – entre a decisão do caso concreto e a dogmática assentada que garante sua superior legitimidade em face da imbricação puramente psicológica desenvolvida pela fundamentação emotivista.

CAPÍTULO IV – PROPOSTAS HERMENÊUTICAS À RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA NO TRATAMENTO DA INDIGNIDADE SUCESSÓRIA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Os terremotos, segundo PITÁGORAS, nada mais são do que o encontro dos mortos[508]. Os pensadores, escreveu Jean GUITTON, deveriam imitar os geólogos, os quais, observadores cuidadosos das ligações entre as placas tectônicas, têm a capacidade de advertir sobre a iminência de abalos sísmicos e seus desdobramentos catrastróficos[509]. As placas tectônicas são imensos blocos de matéria, demasiadamente amplas para que se percebam pequenos – e decisivos – detalhes. É por essa razão que o geógrafo direciona seu olhar para as transições, as fendas que jungem as placas, possibilitando, de um lado, o rigor na classificação de onde inicia uma e termina a outra, e, de outro lado, a previsão de catástrofes iminentes.

A nosso ver, certas operações jurídico-hermenêuticas são micro-catástrofes decorrentes de abalos metodológicos na Ciência do Direito, cuja força sísmica, não raro, decorre da falta de atenção às fendas do discurso. A argumentação jurídica de cunho dogmático desempenha, a nosso ver, o relevante papel de sismógrafo do pensamento, expondo os atritos das zonas de transição entre a Dogmática e o emotivismo.

Ao enunciar um famoso princípio na obra "Sobre o equilíbrio dos planos", ARQUIMEDES (287 a.C. – 212 a.C.) asseverou: “Dêem-me uma alavanca e um ponto de apoio – eu moverei o mundo”. A categoria jurídica da indignidade sucessória, parece-nos, exemplifica com acuidade o ponto de apoio, a "fissura"[510] onde introduziremos uma "alavanca dogmática", a qual nos resguardará das oscilações filosóficas testemunhadas pelos séculos (e demonstradas no primeiro capítulo).

---

[508] Relembrou, em 1984, CANETTI, Elias. *Sobre a morte.* Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. p. 128.

[509] GUITTON, Jean. *Le travail intellectuel.* Conseils à ceux qui étudient et à ceux qui écrivent. Paris: Aubier Montaigne, 1951. p. 56.

[510] A metáfora foi-nos ensinada por GUITTON, Jean. *Le travail intellectuel.* Conseils à ceux qui étudient et à ceux qui écrivent. Paris: Aubier Montaigne, 1951. p. 54: *"En toute chose, il faudrait chercher cette fissure, cette rainure préformée où il vous suffira d'ajuster le levier, comme ces fendeurs de la forêt qui, une fois qu'ils ont mis leur départoir dans les fibres du chêne, ont presque résolu le problème: le reste est affaire de hache, de force et de débit".*

Um óbice se coloca, sub-repticiamente, no caminho de nossa investigação. O Direito Civil, como fizemos de ressaltar nas páginas introdutórias deste trabalho, é nomologicamente prenhe dos sentimentos mais humanos, resultado mesmo do objeto de normatização: situações com as quais se defrontarão a quase totalidade dos indivíduos (propriedade, família, herança). O aspecto que problematizaremos diz, de maneira muito íntima, com a transposição desses sentimentos aos estudiosos e aos aplicadores do Direito Privado. A categoria jurídica da indignidade sucessória – em razão da hediondez dos fatos que historicamente lhe dão ensejo – põe à mostra, de maneira exemplar, essa problemática.

Essa constatação, além de justificar a eleição de nosso objeto de estudo, circunscreve o nosso método. Voltamos a insistir em nosso empréstimo da atitude científica adotada por Michel VILLEY, parentesando, enquanto durar este trabalho científico, qualquer engajamento sentimental[511]. Qualquer ato de violência (física, psíquica, sexual, moral, etc.) entre indivíduos conectados por laços de sangue e de afeto já conta, sem que para isso seja necessário escrever uma só página, com o repúdio merecido pela sua ignomínia. Já que nos dispusemos a escrever mais de uma só página, deixaremos de lado, por ora, os bons sentimentos.

Essa observação, longe de ostentar cunho meramente retórico, é indispensável à clareza dos propósitos deste quarto capítulo: comprometer-nos-emos com a racionalidade dogmática da categoria trabalhada (indignidade), não com concepções erráticas e subjetivas do que seja o "Justo". Relembremos, a seguir, o caminho percorrido até aqui.

4.1 Recolocação do problema

Desde suas linhas introdutórias, esta dissertação preocupou-se em delimitar: o alcance do objeto pesquisado, a metodologia seguida e o referencial teórico básico. Os capítulos primeiro e segundo dedicam-se, persistentemente, à delimitação de nosso objeto e à exposição da metodologia. O terceiro capítulo é dedicado ao referencial teórico, isto é, à exposição da Teoria da Argumentação Jurídica de matriz alexyana e seu aporte de racionalidade. Todas essas seções, por fim, convergem instrumentalmente a este quarto capítulo, no qual esclarecemos as bases dogmáticas que sustentam a hipótese científica adotada por esta dissertação:

---

[511] VILLEY, Michel. *Le droit et les droits de l'homme.* Paris: PUF, 2009. p. 16-17.

o caráter taxativo – e não meramente exemplificativo – das hipóteses de indignidade sucessória.

Como registramos já na introdução, a pergunta pretende ser desenvolvida – e não definitivamente respondida – a partir de um determinado marco teórico, qual seja a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert ALEXY, apresentada no decorrer do terceiro capítulo. Esse marco teórico-argumentativo instrumentalizará a análise da **indignidade jurídico-sucessória dogmaticamente considerada**, esmiuçada no segundo capítulo, em contraposição às perspectivas sociológica e filosófica cotejadas ao longo do primeiro capítulo.

No começo do segundo capítulo, registramos que o item 2.2 seria dedicado à ruptura conteudística, considerada a categoria da indignidade sucessória como eficácia excepcional, a qual impede seja o herdeiro beneficiado por qualquer parcela da herança. Esse impedimento, no marco do ordenamento jurídico brasileiro, parte de uma sugestiva dicção legal: o herdeiro indigno é tido "como se morto fosse antes da abertura da sucessão" (art. 1.816, CC).

No decorrer do terceiro capítulo, ficaram claras as premissas subjacentes à espécie de argumentação jurídica com que analisaremos o nosso problema teórico, especialmente a "tese do caso especial" e a "pretensão de correção". Com relação ao primeiro, convém rememorar que ela se funda em uma premissa fundamental: ao contrário do discurso prático geral, na discussão jurídica, nem todas as perguntas estão abertas para discussão. Ela se realiza sob restrições. Tais restrições, ALEXY insiste, vêm do ordenamento jurídico vigente. Com relação à segunda, convém destacar o seu preenchimento conteudístico a partir de certa ética do discurso: quem alega, clama ser capaz de defender sua tese não só contra o seu igual no discurso, mas contra todos. Essas alegações de igualdade e universalidade formam a base de uma ética procedimental construída sobre a idéia de generalizabilidade.

Aplainado o terreno, já nos encontramos abastecidos de premissas teóricas bastantes ao momento conclusivo desta dissertação, isto é, a fundamentação de nossa hipótese científica, qual seja o caráter taxativo do rol dessas mesmas hipóteses. A atual doutrina civilista brasileira, à qual nos dedicaremos nas páginas a seguir, demonstra claríssima tendência a repetir, em uníssono tom, aquilo que foi consagrado já no Direito Romano pós-clássico: as hipóteses de indignidade sucessória, legalmente previstas, não são passíveis de extensão no momento de sua interpretação/aplicação judicial.

O pensamento ordenado é uma via real que vai do simples ao complexo, do conhecido ao desconhecido, daquilo que é admitido por todos ao desconhecido pela maioria[512]. Afirmar que as hipóteses de indignidade sucessória constituem um rol taxativo é lugar comum na doutrina brasileira, como demonstraremos a seguir. Partindo dessa premissa a respeito do caráter taxativo, acreditamos ser oportuno problematizá-la, dissecar o seu enquadramento dogmático no Direito brasileiro, buscar argumentos jurídicos à nossa hipótese. Comecemos contextualizando essa resposta em um horizonte geográfico mais amplo, investigando a forma como o problema é tratado no Direito Comparado.

4.2 Notícia de Direito Comparado

Toda escolha encerra algo de arbítrio. Atribuir-lhe um caráter científico pressupõe alguma forma de justificação racional desse arbítrio. Nossa escolha a respeito de quais legislações seriam objeto de pesquisa, no que tange à projeção espacial da categoria jurídica da indignidade sucessória, é orientada pela similitude de características que acomodam esses ordenamentos jurídicos estrangeiros na dicotomia clássica: "*common law*" e "*civil law*".

Conquanto não haja espaço para esmiuçar todos os aspectos justificadores/críticos da referida dicotomia, em síntese, a sua adoção se deve à compreensão comum, por parte das comunidades jurídicas analisadas, no que concerne à interação de elementos conformadores do fenômeno jurídico: lei, jurisprudência, costumes, doutrina[513]. Para os fins deste trabalho, importa referir tão somente duas especificidades que serão suscitadas no desenvolvimento do texto atinentes ao grau de importância de dois elementos principais: a lei e a jurisprudência.

Na família romano-germânica, segundo René DAVID, existe consenso a respeito da revelação do Direito (*jurisdictio*) a partir do que prescreve a lei. Através do esforço de sistematização da doutrina, ela se elevou a um nível superior, ao nível

---

[512] GUITTON, Jean. *Le travail intellectuel.* Conseils à ceux qui étudient et à ceux qui écrivent. Paris: Aubier Montaigne, 1951. p. 80: *"L'ordre est une voie royale, qui va du simple au complexe, du connu à l'inconnu, de ce qui est admit par tous à ce qui n'est admis que par les intelligences les plus perspicaces".*

[513] Para o aprofundamento da questão, confira-se o estudo célebre de DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 83-177, *passim.*

de regra de conduta dotada de certa generalidade, situando-se, portanto, acima das aplicações que dela podem ter de fazer os tribunais diante do caso concreto[514].

Tal compreensão conecta-se, em dimensão histórica, com o fenômeno de codificação oitocentista; em dimensão filosófica, com o distanciamento do que elabora a regra daquele que é afetado por ela. Esse distanciamento obedece à necessidade de subtrair o magistrado, enredado na perene luta intestina contra a parcialidade, da preocupação com a grande escala de considerações que conformam a harmonia do sistema jurídico – do qual a justiça é um, entre outros, elementos.

A regra de direito, pois, decanta e purifica a prática, rejeitando os elementos discordantes ou supérfluos. Simplifica o conhecimento do Direito, reduzindo a massa dos elementos que devem ser tomados em consideração. Mais importante: o legislador, imbuído da legitimidade democrática ínsita à representação popular, confere um determinado sentido a esses elementos, realizando determinadas escolhas em observância do critério da maioria; não da totalidade.

Como demonstraremos ao longo deste capítulo, a adoção desse paradigma jurídico-político não é conciliável com a atitude de hipotético juiz, cujas opiniões políticas não são contempladas pelo legislador majoritário, que reelabora essa escolha por intermédio da jurisdição. É flagrante contra-senso, em face dos pressupostos democráticos subjacentes ao processo legislativo, que o juiz, salientando a injustiça do caso concreto, deixe de aplicar a lei. Essas considerações serão clarificadas quando analisarmos a indignidade sucessória sob esse prisma.

No que tange ao segundo elemento destacado – a jurisprudência –, importa referir que os ordenamentos jurídicos alinhados à família romano-germânica encaram a criação de normas jurídicas como tarefa precípua, se não exclusiva, do legislador. Trata-se de consequência do período revolucionário dos séculos XVIII e XIX, o qual convulsionou a Europa de maneira geográfica, política e jurídica. O papel da jurisprudência nesses ordenamentos, arremata DAVID, apenas se pode precisar em ligação com a lei, muito embora exista uma tendência que o papel criador da jurisprudência dissimule-se atrás da aparente interpretação da lei[515]. Essa dissimulação pode – e deve – ser limitada através da argumentação jurídica

---

[514] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 101.

[515] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 149.

(acrescentamos: dogmática). Caso essa limitação seja exitosa, o processo argumentativo deixará de ser uma dissimulação. Essa dissertação, como já registramos, pretende ferir esse ponto no tratamento categoria da indignidade sucessória.

Nessa ordem de ideias, com o objetivo de contextualizar a análise do ordenamento jurídico brasileiro, observados os parâmetros metodológicos suprarreferidos, passamos a cotejar as respostas que o Direito Comparado oferece à nossa hipótese científica eleita.

4.2.1 Alemanha

Na Alemanha, o BGB (*"Bürgerliches Gesetzbuch"*) prevê, dos §§ 2.339 a 2.345, a categoria jurídica da indignidade sucessória, denominada, no vernáculo, *"Erbunwürdigkeit":*

> § 2339 Gründe für Erbunwürdigkeit
> (1) Erbunwürdig ist:
> 1. wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder zu töten versucht oder in einen Zustand versetzt hat, infolge dessen der Erblasser bis zu seinem Tode unfähig war, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben,
> 2.wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich verhindert hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben,
> 3.wer den Erblasser durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben,
> 4. wer sich in Ansehung einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen einer Straftat nach den §§ 267, 271 bis 274 des Strafgesetzbuchs schuldig gemacht hat.
> (2) Die Erbunwürdigkeit tritt in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 3, 4 nicht ein, wenn vor dem Eintritt des Erbfalls die Verfügung, zu deren Errichtung der Erblasser bestimmt oder in Ansehung deren die Straftat begangen worden ist, unwirksam geworden ist, oder die Verfügung, zu deren Aufhebung er bestimmt worden ist, unwirksam geworden sein würde.
> § 2340 Geltendmachung der Erbunwürdigkeit durch Anfechtung
> (1) Die Erbunwürdigkeit wird durch Anfechtung des Erbschaftserwerbs geltend gemacht.
> (2) Die Anfechtung ist erst nach dem Anfall der Erbschaft zulässig. Einem Nacherben gegenüber kann die Anfechtung erfolgen, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist.
> (3) Die Anfechtung kann nur innerhalb der in § 2082 bestimmten Fristen erfolgen.
> § 2341 Anfechtungsberechtigte
> Anfechtungsberechtigt ist jeder, dem der Wegfall des Erbunwürdigen, sei es auch nur bei dem Wegfall eines anderen, zustatten kommt.
> § 2342 Anfechtungsklage
> (1) Die Anfechtung erfolgt durch Erhebung der Anfechtungsklage. Die Klage ist darauf zu richten, dass der Erbe für erbunwürdig erklärt wird.
> (2) Die Wirkung der Anfechtung tritt erst mit der Rechtskraft des Urteils ein.
> § 2343 Verzeihung
> Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser dem Erbunwürdigen verziehen hat.
> § 2344 Wirkung der Erbunwürdigerklärung
> (1) Ist ein Erbe für erbunwürdig erklärt, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt.
> (2) Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Erbunwürdige zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; der Anfall gilt als mit dem Eintritt des Erbfalls erfolgt.
> § 2345 Vermächtnisunwürdigkeit; Pflichtteilsunwürdigkeit

> (1) Hat sich ein Vermächtnisnehmer einer der in § 2339 Abs. 1 bezeichneten Verfehlungen schuldig gemacht, so ist der Anspruch aus dem Vermächtnis anfechtbar. Die Vorschriften der §§ 2082, 2083, des § 2339 Abs. 2 und der §§ 2341, 2343 finden Anwendung.
> (2) Das Gleiche gilt für einen Pflichtteilsanspruch, wenn der Pflichtteilsberechtigte sich einer solchen Verfehlung schuldig gemacht hat[516].

O objetivo precípuo deste espaço é exprimir a relativa uniformidade encontrada na doutrina germânica, a respeito do caráter taxativo das hipóteses de indignidade selecionadas pelo Código Civil[517]. Nesse sentido, alguns trechos bastarão a nosso propósito. Comentando o § 2.339 do BGB, o professor Hans BROX registra que ele "enumera os suportes fáticos através dos quais pode ser contestada a aquisição da herança, em virtude da indignidade dos herdeiros. Trata-se de um catálogo exaustivo de hipóteses de indignidade sucessória; uma aplicação correspondente a outros casos não é, portanto, permitida (proibição de analogia)"[518].

No mesmo sentido, em recente obra doutrinária, o professor Rainer FRANK, da Universidade de Freiburg, sustenta o grave conteúdo jurídico contido na indignidade sucessória, suficiente a privar o herdeiro, inclusive, da legítima. Esse conteúdo jurídico, contudo, não desarticula a tradicional hermenêutica a respeito do caráter taxativo das hipóteses legais. Trata-se de dar primazia à escolha, previamente realizada pelo legislador, acerca dos fatos suficientemente graves a implicar exclusão da legítima[519].

4.2.2 Argentina

A disciplina que a categoria jurídica da indignidade sucessória encontra na Argentina é uma das mais abundantes – tanto em número de artigos quanto em

---

[516] Texto legal extraído do sítio eletrônico www.gesetze-im-internet.de/bgb. Acesso em 22/09/2011.

[517] BINDER, Julius. *Derecho de sucesiones.* Traducido de la segunda edición alemana por José Lacruz Berdejo. Buenos Aires: Labor, 1953. p. 312; COING, Helmut; KIPP, Theodor. *Erbrecht*. 14. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990. p. 473; DERNBURG, Heinrich. *Pandekten*. 5. Aufl. Berlin: H. W. Müller, 1897. p. 108, § 11. Dritter Band; MICHALSKI, Lutz. *Erbrecht.* 3. Aufl. Heidelberg: C.F.Müller, 2006. p. 156; SCHELLHAMMER, Kurt. *Erbrecht nach Anspruchsgrundlagen.* 3. Aufl. Heidelberg: C.F.Müller, 2010. p.12.

[518] BROX, Hans. *Erbrecht.* Köln: Heymann, 2010. p. 179, n.º 268. Trata-se de tradução livre do trecho: *"zählt die Tatbestände auf, bei deren Vorliegen der Erbschaftserwerb wegen Unwürdigkeit des Erben angefochten werden kann. Es handelt sich um einen erschöpfenden Katalog der Erbunwürdigkeitsgründe; eine entsprechende Anwendung auf andere Fälle ist deshalb nicht zulässig (Analogieverbot)".*

[519] FRANK, Rainer. *Erbrecht.* 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2010. p. 280-281.

hipóteses legais: do art. 3.291 ao art. 3.310 do Código Civil argentino. Selecionamos, tão somente, os dispositivos que lhe definem as hipóteses:

> Artículo 3291.
> Son incapaces de suceder como indignos, los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, o de su cónyuge, o contra sus descendientes, o como cómplice del autor directo del hecho. Esta causa de indignidad no puede ser cubierta, ni por gracia acordada al criminal, ni por la prescripción de la pena.
> Artículo 3292.
> Es también indigno de suceder, el heredero mayor de edad que es sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión y que no la denuncia a los jueces en el término de un mes, cuando sobre ella no se hubiese procedido de oficio. Si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, marido o mujer, o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar.
> Artículo 3293.
> Lo es también el que voluntariamente acusó o denunció al difunto, de un delito que habría podido hacerlo condenar a prisión, o trabajos públicos por cinco años o más.
> Artículo 3294.
> Es igualmente indigno el condenado en juicio por adulterio con la mujer del difunto.
> Artículo 3295.
> Lo es también el pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo, o hacerlo recoger en establecimiento público.
> Artículo 3296.
> Es incapaz de suceder el que estorbó por fuerza o por fraude, que el difunto hiciera testamento, o revocara el ya hecho, o que sustrajo éste, o que forzó al difunto a que testara.
> Artículo 3296 bis.
> Es indigno de suceder al hijo, el padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna.[520]

A doutrina autóctone faz referência expressa ao caráter taxativo de que se revestem as hipóteses de indignidade sucessória legalmente declinadas[521]. A esse respeito, registre-se o ensinamento clássico de Jorge MAFFÍA, segundo o qual

> las causales enumeradas son de carácter excepcional y limitado, no pudiendo, por tanto, extenderse a otras situaciones aunque ellas fueran de mayor gravedad. Corresponde advertir que no obstante el silencio de la ley; a diferencia de lo preceptuado al regular la desheredación, donde una norma expresa impone el carácter taxativo, la limitación deriva de la naturaleza misma del instituto[522].

Nas páginas referidas, Jorge MAFFÍA faz duas observações extremamente pertinentes aos propósitos desta dissertação. Em primeiro lugar, salienta a diferença existente, no Código Civil argentino, entre a deserdação (para a qual existe previsão da taxatividade) e a indignidade (para a qual inexiste semelhante previsão). O caráter taxativo da segunda hipótese decorre, não da previsão legal, mas da "natureza mesma do instituto", isto é, da grave e excepcional eficácia excludente que

---

[520] Texto legal retirado do sítio eletrônico http://www.codigocivil.argentina.ar/.
[521] ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de las sucesiones.* 4.ed. Buenos Aires: Depalma, 1999. p. 101
[522] MAFFÍA, Jorge O. *Manual de derecho sucesorio.* Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 63.

se imputa ao herdeiro indigno. A natureza dessa eficácia – eis a segunda observação – impede sua extensão a casos não legislativamente indicados, ainda que mais graves.

No mesmo sentido, em doutrina mais atual, confiram-se tanto a conclusão quanto a bibliografia afim:

> Las causales de indignidad son hechos constitutivos de ofensas o agravios contra el causante, tipificados taxativamente por la ley (arts. 3291 a 3296 bis), y cuya interpretación es restrictiva, no pudiendo ser ampliadas por los jueces (Lafaille, Landaburu, Borda, Zannoni, Maffía, Córdoba-Levy-Solari-Wagmaister,Azpiri)[523].

4.2.3 Bélgica

As causas de indignidade sucessória, no ordenamento jurídico belga, encontram-se nos artigos 727 do Código civil belga:

> Art. 727. Sont indignes de succéder, et, comme tels, exclus des successions :
> 1° Celui qui serait condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt;
> 2° Celui qui a porté contre le défunt une accusation jugée calomnieuse portant sur un fait punissable de la réclusion à perpétuité ou de la détention à perpétuité;
> 3° L'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice[524].

É antiga a tradição dos juristas belgas, ao analisarem as disposições do Código Civil de 21 de março de 1804, ainda quando não sofrera a alteração legislativa de 2003, reputando ser taxativo o rol das hipóteses de indignidade sucessória[525].

4.2.4 Espanha

O Código civil espanhol de 1889 sofreu modificações na parte que disciplina a indignidade sucessória em 1990, fazendo pequenos ajustes no que tange à equiparação entre homens e mulheres. No que se refere à disciplina da indignidade sucessória, contudo, não há modificações substanciais, como se pode ver a partir do artigo 756 e seguintes:

---

[523] FERRER, Francisco A.M. De la incapacidad para suceder. In: _____; MEDINA, Graciela (orgs.). *Código civil comentado.* Sucesiones. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 136. Tomo I.

[524] Texto legal extraído do site oficial do governo belga: http://www.droitbelge.be/codes.asp#civ. Acesso em 22/09/2011.

[525] DE PAGE, Henri. *Traité élémentaire de droit civil belge.* Bruxelles: Émile Bruylant, 1946. p.76-77. Tome neuvième; GÉRARD, Pierre Auguste Florence. *Code Civil expliqué par la jurisprudence des cours et de tribunaux.* Bruxelles: J. Rozez, 1849. p. 259. Tome troisième.

> Art. 756. Son incapaces de suceder por causa de indignidad:
> 1º. Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos.
> 2º. El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.
> Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima.
> 3º. El que hubiese acusado al testador de delito al que la ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa.
>
> 4º. El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio.
> Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar.
> 5º. El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.
> 6º. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior.
> Art. 757. Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.

Desde há muito, contudo, a esmagadora maioria dos doutrinadores espanhóis acentua o caráter taxativo que se deve reconhecer ao rol legal das indignidades sucessórias, em virtude, exatamente, da grave restrição que representa no direito dos herdeiros[526].

4.2.5 França

O Código civil francês, depois das alterações legislativas de 2001, apresenta a disciplina da matéria dos artigos 726 a 729. As hipóteses legais de indignidade sucessória constam dos artigos 726 e 727, os quais transcrevemos:

> Article 726. Sont indignes de succéder et, comme tels, exclus de la succession :
> 1° Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt ;
> 2° Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine criminelle pour avoir volontairement porté des coups ou commis des violences ou voies de fait ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner.
>
> Article 727. Peuvent être déclarés indignes de succéder :

---

[526] ALBALADEJO, Manuel. *Comentarios Albaladejo al código civil y compilaciones forales*. Madrid: Reus, 1987. p. 209. Tomo X; ALGABA ROS, Silvia. *Efectos de la desheredación.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 144; FRAGA, Francisco Jordano. *Indignidad sucesoria y desheredación.* Granada: Comares, 2004. p. 6-8, *passim;* LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de sucesiones. Parte general.* Barcelona: Bosch, 1961. p. 246; MARTÍNEZ, Miguel Royo. *Derecho sucesorio 'mortis causa'.* Sevilla: Edelce, 1951. p. 52; PÉREZ DE VARGAS, J. *La indignidad sucesoria en el Código civil español*. Madrid: McGraw-Hill, 1997. p. 29; PONCE DE LÉON, Luis Díez-Picazo. *Sistema de derecho civil.* Madrid: Tecnos, 1978. p. 485. Volumen IV; RAMÓN, Francisco Bonet. *Compendio de derecho civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1965. p.119. Volumen V. Com certas reservas, ESCOBAR, María José Mena-Bernal. *La indignidad para suceder.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 62 *et seq.*

> 1° Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt ;
> 2° Celui qui est condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement commis des violences ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner ;
> 3° Celui qui est condamné pour témoignage mensonger porté contre le défunt dans une procédure criminelle ;
> 4° Celui qui est condamné pour s'être volontairement abstenu d'empêcher soit un crime soit un délit contre l'intégrité corporelle du défunt d'où il est résulté la mort, alors qu'il pouvait le faire sans risque pour lui ou pour les tiers ;
> 5° Celui qui est condamné pour dénonciation calomnieuse contre le défunt lorsque, pour les faits dénoncés, une peine criminelle était encourue ;
> Peuvent également être déclarés indignes de succéder ceux qui ont commis les actes mentionnés aux 1° et 2° et à l'égard desquels, en raison de leur décès, l'action publique n'a pas pu être exercée ou s'est éteinte.[527]

Desde o apogeu do positivismo exegético, com os comentadores clássicos do *Code Napoleon*, até a doutrina firme do séc. XX, a doutrina afirmou o seu caráter taxativo em virtude – e esta é a uma afirmação textual de vários autores referidos nesta nota de rodapé – do caráter de "pena civil" (*peine civile*) de que se reveste a indignidade sucessória[528].

Em recentíssima obra, o jurista Jean-François SAGAUT analisa a indignidade sucessória nas duas vertentes admitidas no Direito francês: a indignidade de pleno direito (*indignité de plein droit*) e o que chamou de indignidade facultativa (*indignité facultative*), cujos traços distintivos se esteiam, em verdade, na distinção, presente no ordenamento daquele país, entre "crime" (ao qual corresponde uma *peine criminelle*) e "delito" (ao qual corresponde uma *peine correctionnelle*). Páginas à frente, SAGAUT entrelaça suas conclusões de maneira interessante aos propósitos desta dissertação: se o ordenamento reconhece ao *de cujus* a prerrogativa de perdoar testamentariamente o indigno, com maior razão não

---

[527] Texto legal extraído do sítio eletrônico oficial do governo francês: http://www.legifrance.gouv.fr. Acesso em 22/09/2011.

[528] BAUDRY-LACANTINERIE, G.; WAHL, Alberto. *Trattato teórico-pratico di Diritto Civile.* Traduzione di Pietro Bonfante. Milano: Francesco Vallardi, 1914. p. 200-201. Volume I; COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français.* Paris: Dalloz, 1936. p. 473. Tome troisième; DURANTON, Alexandre. *Cours de droit civil suivant le Code Civil.* 2ème éd. Paris: Alex-Gobelet, 1828. p. 111. Tome sixième; MARCADÉ, Victor Napoléon. *Cours élémentaire de droit civil français.* 5ème éd. Paris: Delamotte, 1859. p. 43. Tome troisième; MICHAUX, Alexandre. *Traité pratique des testaments.* Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1865. p. 56-57; PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire du droit civil*. 7ème éd. Paris: LGDJ, 1918. p. 356. Tome troisième; PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français.* 2ème éd. Paris: LGDJ, 1956. p. 97. Tome quatrième; POTHIER, Pierre Joseph. *Œuvres*. 12ème éd. Paris: H. Plon, 1861. p. 25. Tome huitième; ROGUIN, Ernest. *Traité de droit civil comparé.* Paris: LGDJ, 1908. p.156, n.º 193. Tome premier; ZACHARIAE, Karl Solomon. *Cours de droit civil français.* Traduit de l'allemand sur la cinquième édition par Charles Aubry et Charles Rau. Bruxelles: Meline et Cans, 1850. p. 406, § 593. Tome deuxième.

seria admitido que os juízes criassem outras hipóteses além das declinadas no Código Civil[529].

4.2.6 Itália

O segundo livro do Código Civil italiano de 1942 disciplina a indignidade sucessória dos artigos 463 a 466, cujo teor transcrevemos:

> Art. 463 Casi d'indegnità
> E' escluso dalla successione come indegno (Cod. Civ. 466 e seguenti):
> l) chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta, o il coniuge, o un discendente, o un ascendente della medesima (Cod. Civ.801), purché non ricorra alcuna delle cause che escludono la punibilità a norma della legge penale (Cod. Pen. 45 e seguenti);
> 2) chi ha commesso, in danno di una di tali persone, un fatto al quale la legge penale dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio (Cod. Pen. 397, 579, 580);
> 3) chi ha denunziato una di tali persone per reato punibile (*) con l'ergastolo o con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni, se la denunzia è stata dichiarata calunniosa in giudizio penale (Cod. Pen. 368); ovvero ha testimoniato contro le persone medesime imputate dei predetti reati, se la testimonianza è stata dichiarata, nei confronti di lui, falsa in giudizio penale (Cod. Pen. 372);
> 4) chi ha indotto con dolo (Cod. Civ. 1439) o violenza (Cod. Civ. 1434) la persona, della cui successione si tratta, a fare, revocare o mutare il testamento, o ne l'ha impedita;
> 5) chi ha soppresso, celato o alterato il testamento dal quale la successione sarebbe stata regolata;
> 6) chi ha formato un testamento falso o ne ha fatto scientemente uso.[530]

Tal qual em território francês, a acaçapante maioria da doutrina italiana assevera o caráter exaustivo das hipóteses contempladas pelo art. 463[531]. Segundo um de seus mais renomados autores,

> a indignidade é uma espécie de deserdação legal declarada como pena a graves fatos delitivos cometidos pelo herdeiro contra a pessoa do defunto; abolida a deserdação como ato em que o testados castiga aos legitimários, excluindo-os da herança por causas determinadas, a lei não poderia permitir – em obséquio à moralidade pública e da vontade

---

[529] SAGAUT, Jean-François. *Successions.* 2ème éd. Paris: Dalloz, 2011. p. 63-64.

[530] Texto legal extraído do sítio eletrônico http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib2.htm. Acesso em 17/10/2012.

[531] BARASSI, Lodovico. *Le successioni per causa di morte*. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1947. p. 55; BARBERO, Domenico. *Sistema istituzionale del diritto privato italiano.* 2.ed. Torino: UTET, 1949. p. 767. Volume II; CHIRONI, G. P. *Istituzioni di diritto civile italiano*. 2.ed. Torino: Fratelli Bocca, 1912. § 439; CICU, Antonio. Successioni per causa di morte. In: _____; MESSINEO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale.* Milano: Giuffrè, 1954. p. 87, n.º 34. Volume XLII. Tomo I; D'AVANZO, Walter. *Delle successioni.* Firenze: Barbèra, 1941. p. 46. Tomo I; LOSANA, Cesare. *Le successioni testamentarie secondo il codice civile italiano: commento prático*. Torino: Fratelli Bocca, 1884. p. 52; RICCI, Francesco. *Corso teorico-pratico di diritto civile*. Torino: UTET, 1907. p. 37. Volume II; RUGGIERO, Roberto de; MAROI, Fulvio. *Istituzioni di diritto privato.* 8.ed. Milano: Giuseppe Principato, 1955. p. 592. Tomo III.

presumida do de cuius – que a herança fosse adquirida total ou parcialmente por quem fosse culpado de graves violações à liberdade e à integridade pessoais do defunto.[532]

4.2.7 Portugal

A indignidade sucessória encontra, no Código Civil português, disciplina a partir do art. 2.034, cujo teor transcrevemos:

> Artigo 2034. Incapacidade por indignidade.
> Carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade:
> a) O condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado;
> b) O condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza;
> c) O que por meio de dolo ou coacção induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu;
> d) O que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos.
>
> Artigo 2035. Momento da condenação e do crime.
> 1. A condenação a que se referem as alíneas a) e b) do artigo anterior pode ser posterior à abertura da sucessão, mas só o crime anterior releva para o efeito.
> 2. Estando dependente de condição suspensiva a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário, é relevante o crime cometido até à verificação da condição.
>
> Artigo 2036. Declaração de indignidade.
> A acção destinada a obter a declaração de indignidade pode ser intentada dentro do prazo de dois anos a contar da abertura da sucessão, ou dentro de um ano a contar, quer da condenação pelos crimes que a determinam, quer do conhecimento das causas de indignidade previstas nas alíneas c) e d) do artigo 2034.º
>
> Artigo 2037. Efeitos da indignidade.
> 1. Declarada a indignidade, a devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente, sendo ele considerado, para todos os efeitos, possuidor de má fé dos respectivos bens.
> 2. Na sucessão legal, a incapacidade do indigno não prejudica o direito de representação dos seus descendentes.
>
> Artigo 2038. Reabilitação do indigno.
> 1. O que tiver incorrido em indignidade, mesmo que esta já tenha sido judicialmente declarada, readquire a capacidade sucessória, se o autor da sucessão expressamente o reabilitar em testamento ou escritura pública.
> 2. Não havendo reabilitação expressa, mas sendo o indigno contemplado em testamento quando o testador já conhecia a causa da indignidade, pode ele suceder dentro dos limites da disposição testamentária[533].

A problemática a respeito do caráter (taxativo ou exemplificativo) das hipóteses legalmente previstas de indignidade sucessória encontra interessante

---

[532] RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones del derecho civil.* Traducción de la cuarta edición italiana por R.S. Suñer y J.S.C. Teijeiro. Madrid: Reus, 1965. p. 408. Tomo II. Volumen II. Tradução livre.
[533] Texto legal extraído do sítio eletrônico oficial do governo lusitano http://www.parlamento.pt. Acesso em 22/09/2011.

desenvolvimento na ambiência doutrinária portuguesa. Dois exemplos bastarão à demonstração essa afirmativa. Se, por um lado, CAPELO DE SOUSA afirma, peremptoriamente, que as hipóteses legalmente previstas não podem ser estendidas pelo Poder Judiciário[534], de outro lado, José de Oliveira ASCENSÃO aprofunda a questão ao ponto de merecer um olhar mais atento.

ASCENSÃO atribui à categoria da indignidade sucessória a seguinte definição:

> As indignidades são situações em que, a um acto ilícito de um sucessível, praticado contra o autor da sucessão, a lei reage estabelecendo como sanção o seu afastamento daquela sucessão. Muitas vezes, com a sanção da indignidade procura-se também evitar que o acto ilícito se torne lucrativo para aquele que o praticou.[535]

Segundo o autor, analisando o Código Civil português, as hipóteses legais "não devem ser consideradas taxativas; mas não pode deixar de se encontrar um acento restritivo no enunciado das causas de uma penalização tão grave como a exclusão da sucessão". A fim de resolver a aparente contradição lógica, o autor conclui que o art. 2.034 consagra uma "tipicidade delimitativa", a significar que "não é possível uma analogia livre, a partir do conceito de indignidade, mas é possível a analogia mais limitada, a partir de alguma das causas previstas na lei"[536].

O exemplo ofertado é esclarecedor: o sucessível que tiver em seu poder o testamento e dolosamente não o entregar no prazo de três dias, desde que teve conhecimento da morte do testador, é indigno, nos termos do art. 2034 ("Carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade: [...] d) O que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos"), ASCENSÃO pondera que, caso um dos herdeiros saiba quem é o detentor do testamento e se recuse obstinadamente a indicá-lo, deve ser ainda excluído por indignidade, por analogia com estas previsões.

O autor denomina esse proceder jurídico-intelectual de "analogia legis"[537]. O que o autor refuta – aproximando-se, então, da negativa veemente de CAPELO DE

---

[534] SOUSA, Rabindranath Capelo de. *Lições de direito das sucessões.* Coimbra: Coimbra, 1978. p. 242 *et seq.*
[535] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Sucessões. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p.138.
[536] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Sucessões. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p.139.
[537] José de Oliveira Ascensão remete o leitor a outro texto, de sua autoria: *As actuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória.* Lisboa, 1970, separata de DIR, n.º 4, 1969, e n.º 1, 1970.

SOUSA – é a utilização da "analogia iuris", algo como uma "analogia livre" a partir da qual se deduziriam outros casos do conceito abstrato de indignidade sucessória.

Essas observações são extremamente úteis aos propósitos desta dissertação porquanto flagram o inimigo teórico selecionado: o arbítrio judicial. O "conceito abstrato de indignidade sucessória", referido por ASCENSÃO, designa nada mais que os erráticos fundamentos em que se esteia o emotivismo, do qual falávamos na introdução e no terceiro capítulo desta dissertação.

Nessa hipotética situação, um hipotético magistrado avoca, à revelia dos critérios determinados pelo Congresso Nacional, a concretização de uma justiça particular no caso concreto. Noutras palavras, a pretexto de servir a nobilíssimo propósito, incorre na presunção de atribuir a si a mesma legitimidade democrática que nega ao órgão constitucionalmente encarregado de tomar essas decisões – o Congresso Nacional.

Essa situação, é importante que se diga, é absolutamente distinta daquele proceder jurídico-intelectual que ASCENSÃO denominou "analogia legis", o qual representa, ressalvadas distinções conceituais irrelevantes à nossa conclusão, que a justificação interna abordada no terceiro capítulo. Não se está, em momento algum, vedando ao magistrado o exercício da interpretação. O conteúdo argumentativo, o qual aproxima a proposta desta dissertação das observações lançadas por ASCENSÃO, defende, ao contrário, que essa interpretação é condicionada ao horizonte próprio do Direito das Sucessões e ao caráter excepcional de que se reveste a grave ruptura representada pela exclusão de um herdeiro.

4.3 Propostas à racionalidade argumentativa no tratamento da indignidade sucessória no direito brasileiro

A doutrina brasileira, a julgar pelas publicações conhecidas, jamais considerou que a indignidade sucessória fosse um objeto digno – para insistir no apelo oriundo da escolha de palavra – de estudo minudente. As razões que julgamos explicar essa constatação já foram declinadas em espaço próprio deste trabalho e não nos interessa, no momento, rememorá-las.

Importa aviventar, isso sim, o arcabouço teórico da teoria da argumentação jurídica que selecionamos desde o início desta dissertação com o claro propósito de encaixar em sua grade conceitual as várias razões pelas quais acreditamos que não há espaço, no atual estágio da dogmática civilista, para a ampliação jurisprudencial das hipóteses de indignidade sucessória constantes do CC.

Rememoramos, nas linhas introdutórias deste quarto capítulo, o ensinamento de Jean GUITTON, segundo o qual o pensamento ordenado é uma via real que vai do simples ao complexo, do conhecido ao desconhecido, daquilo que é admitido por todos ao desconhecido pela maioria[538]. Afirmar que as hipóteses de indignidade sucessória constituem um rol taxativo é lugar comum na doutrina brasileira, como demonstraremos no item relativo aos argumentos dogmáticos (4.3.2.3).

Partindo dessa premissa, histórica (item “1.2.2.3”) e comparatista (item “4.2”), a respeito do caráter taxativo, acreditamos ser oportuno problematizá-la, dissecar o seu enquadramento dogmático no direito brasileiro, buscando argumentos jurídicos (não puramente filosóficos ou puramente sociológicos) à nossa hipótese. Acreditamos, sobretudo, que esse enquadramento dogmático robustecerá a racionalidade no tratamento jurisprudencial desse lugar comum, delimitando as fontes teóricas da qual se pode extrair esse comando normativo que, aparentemente, surge *ex nihil.*

Aproveitamos essa linha de pensamento para fazer duas observações de natureza metodológico-formal: a primeira diz com as referências bibliográficas deste

---

[538] GUITTON, Jean. *Le travail intellectuel.* Conseils à ceux qui étudient et à ceux qui écrivent. Paris: Aubier Montaigne, 1951. p. 80: *"L'ordre est une voie royale, qui va du simple au complexe, du connu à l'inconnu, de ce qui est admit par tous à ce qui n'est admis que par les intelligences les plus perspicaces".*

item; a segunda, com a utilização da hexapartição de Robert ALEXY na análise de nosso problema.

No que se refere à primeira observação, neste item "4.3", em observância às numerosas indicações bibliográficas que fizemos ao longo dos três primeiros capítulos, permitiremo-nos a modicidade de referências em notas de rodapé. Isso porque este derradeiro quarto capítulo, como temos repetido, é a convergência de tudo quanto escrito até aqui, razão pela qual os autores que nos servem de suporte – a teoria da argumentação jurídica de Robert ALEXY, em especial – já foram devidamente apontados. Nosso caminhar, abastecido de bases teóricas previamente nominadas, adquire um caráter mais autônomo, ao menos do ponto de vista formal, a partir deste ponto.

No que se refere à segunda observação, a hexapartição a partir da qual Robert ALEXY analisou a justificação externa será utilizada, neste quarto capítulo, de forma distinta da exposta no terceiro capítulo. Isso porque os “argumentos práticos gerais”, examinados abstratamente no item “3.3.2.2.6”, comporão nosso instrumental de análise da indignidade sucessória sob a perspectiva da justificação externa. Isso significa que, ao longo de todo item “4.3.2”, retrocederemos, amiúde, um passo na “tese do caso especial”, dispensando, portanto, a existência autônoma – tal qual sugeriria o emprego da hexapartição – do item “4.3.2.6”.

Noutras palavras, se estamos tentando enquadrar dogmaticamente no direito brasileiro as razões que nos convencem da impossibilidade de extensão jurisprudencial das hipóteses de indignidade sucessória, essa tentativa já se dá sob a luz da argumentação prática geral. Exemplo disso é nossa tentativa de questionar esse consenso doutrinário no Brasil (apontado no item “4.3.2.3”), problematizando esse argumento dogmático que parece surgir *ex nihil.* Esse cavoucar teórico se dá, por exemplo, a partir dos cânones da interpretação sistemática e da interpretação teleológica, as quais revelarão, como é próprio da argumentação prática geral – argumentação genérica, da qual a argumentação jurídica é um caso especial –, os pilares lógicos sobre os quais se esteiam os argumentos dogmáticos.

4.3.1 Justificação interna

Como já referido ao longo desta dissertação, a justificação interna trata da aplicação das leis sob uma lógica dedutiva, cuja universalidade reforçou, durante séculos, uma noção jurídica de isonomia aos que se encontram sob seu império. O esquema de justificação interna é instrumentalizado pela aplicação de um silogismo decisional, no qual o juiz considera como premissa maior um enunciado normativo a ser aplicado ao fato e, como premissa menor, um enunciado fático correspondente a uma norma.

Um dos casos brasileiros mais emblemáticos a respeito da temática ora enfrentada envolveu Suzane Von Richtofen, à época com dezenove anos, acusada de ter participado do assassinato de seus genitores na madrugada do dia 31 de outubro de 2002. Suzane teria ido até o quarto de Manfred e Marisia Richtofen e, após verificar que ambos dormiam, sinalizado ao seu namorado Daniel Cravinhos e ao irmão dele, Cristian Cravinhos, os quais teriam executado o homicídio[539].

Após quase quatro anos de processamento do caso, Suzane e os irmãos Cravinhos foram condenados por duplo homicídio triplamente qualificado. Suzane foi condenada a 19 anos e seis meses pela mãe e 19 anos e seis meses pelo pai – um total de 39 anos de reclusão mais 6 meses de detenção e 10 dias de multa por fraude processual.

Pouco tempo após o assassinato, a irmã de Suzane, Andreas Albert Von Richthofen, ajuizou ação de indignidade sucessória visando à consecução dos efeitos previstos nos artigos 1.816 e seguintes do CC. O magistrado da 1ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro/SP, contudo, suspendeu o curso do processo até o trânsito em julgado da ação penal respectiva. Sobrevindo a condenação penal de Suzane, o processo retomou seu curso, tendo sido prolatada sentença de procedência do pedido de indignidade, publicada pelo Diário Oficial da Justiça de São Paulo no dia 08/02/2011.

Em que pese o sombreamento lúgubre de que se revestiu o episódio, assaltando a consciência da sociedade brasileira, sua resolução jurídica não demanda maiores esforços argumentativos e, portanto, fornece um didático exemplo para os propósitos desta dissertação. Isso porque a coautoria no assassinato de

---

[539] Haja vista o segredo de justiça sob o qual tramitaram, tanto a ação penal, quanto a ação cível de indignidade sucessória, as circunstâncias narradas nas linhas seguintes foram obtidas na imprensa nacional. A título de exemplo, cite-se o sítio eletrônico: http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI6267391-EI5030,00 Seis+anos+apos+condenacao+Suzane+busca+liberdade+provisoria.html. Acesso em 31.10.2012

seus pais é subsumível, sem qualquer hesitação teórica, ao inciso primeiro do art. 1.814 do CC, atribuindo a Suzane Von Richtofen a categoria de herdeira necessária que praticou ato de indignidade sucessória. Sobrevindo condenação judicial no bojo da ação própria, como de fato ocorreu, o caso é de simplicidade escolar, exaurida no plano da justificação interna.

Nossa premissa está clara no dispositivo legal: Suzane cometeu homicídio, em coautoria, contra os seus ascendentes. Poderíamos, nada obstante, conjecturar algumas hipóteses que sofisticariam as reflexões ora expostas, abstraindo o trânsito em julgado da ação penal. Imaginemos que a defesa de Suzane levantasse, no bojo da ação de indignidade sucessória, questões como: a inconsciência de Suzane a respeito dos planos homicidas do namorado, de maneira a não configurar sequer a sua participação; a vontade viciada de Suzane, coagida pelo namorado a estrangular a mãe; a decretação, no foro penal competente, da extinção da punibilidade em razão de se ter consumado a prescrição da pretensão penal. Imaginemos, por fim, que Suzane contasse, à época dos fatos, com dezesseis anos.

Todas essas hipóteses são discutíveis dentro do contexto jurídico-dogmático em que situamos a questão até aqui, isto é, são rigorosamente problemas de argumentação jurídica, para o qual a doutrina, com ou sem consenso, oferta soluções que serão debatidas no tempo e espaço da construção da Ciência Jurídica. Conquanto essas elucubrações acarretem relativa insegurança jurídica, fazem parte da imprecisão inevitável da obra legislativa. Nessas hipóteses – o próprio ALEXY alertara, conforme registramos no capítulo terceiro –, em que a justificação interna é necessária, mas insuficiente, impende dar o segundo passo, empregando os argumentos pertinentes à justificação externa, procurando outras premissas para justificar nossa posição.

Esse segundo passo, objetivando tatear a potencial extensão dos conceitos empregados pelo legislador nas hipóteses do art. 1.814 do CC, se dará, muito possivelmente, a partir da análise sistemática e comparativa. Fica evidente o uso de um instrumental dogmático, consolidado, seguro, cujas divergências se estabelecem na mesma linguagem. Noutras palavras, o emprego de terminologia jurídica empresta segurança e controle à discussão: à título de exemplo, a comunidade acadêmica conhece as distinções precisas entre os conceitos jurídicos de “crime” e “ato infracional”, “homicídio doloso” e “homicídio culposo”, e assim por diante.

Pegando como exemplo a última hipótese aventada (segundo a qual Suzane contasse com dezesseis anos à época dos fatos), ninguém que observe a pretensão de correção afirmará, no marco do ordenamento jurídico brasileiro, que a adolescente pudesse cometer crime. Estabelecer-se-ia uma discussão ao redor da possibilidade desse ato infracional (equiparado a homicídio) praticado contra os seus ascendentes configurar o "homicídio" requerido pelo inciso I do art. 1.814 do CC, já que não se trata de uma diferença meramente lexical, mas sim de regimes jurídicos.

O produto final dessa hermenêutica já foi, ainda que sucintamente, abordado no segundo capítulo desta dissertação e, neste espaço, não nos interessa mais saber se o ato infracional será ou não equiparado ao homicídio na ação de indignidade sucessória. Interessa ressaltar, em atenção ao problema científico de que cuida esta dissertação, em geral, e este capítulo, em especial, que essa discussão é perfeitamente cabível dentro da teoria da argumentação jurídica com que estamos trabalhando.

Essa segurança conceitual do exemplo aduzido – reforçada, no Brasil, tanto pela CF quanto pelo CP – impede que se saia à procura, por arbítrio ou ignorância, de outras premissas normativas para o enquadramento conceitual de um ato praticado por quem não tenha completado dezoito anos. Ainda que a hipotética Suzane de dezesseis anos tivesse provocado a morte de seus pais com requintes ainda maiores de crueldade, nada mudaria a categorização jurídica dos fatos. É disso que se cuida quando enfatizamos a importância da argumentação jurídico-dogmática, tanto na justificação interna, quanto na justificação externa, na qualidade de instrumento precípuo no controle do emotivismo e na operacionalização judicial da indignidade sucessória.

Talvez não haja melhor momento à iluminação de um aspecto que julgamos indispensável a este quarto capítulo: a Teoria da Argumentação Jurídica que adotamos na qualidade de instrumento analítico da indignidade sucessória não retrocede na evolução histórica do pensamento jurídico, noutras palavras, não se adstringe à interpretação exclusivamente literal dos dispositivos legais.

A proposta teórica desta dissertação não defende que o tratamento jurídico-dogmático da indignidade sucessória se vincule ao que já se denominou de positivismo exegético. Pretendemos demonstrar, especificamente no plano da justificação externa, que a nossa defesa em prol da impossibilidade da expansão,

por parte do Poder Judiciário, das hipóteses contidas no art. 1.814 do CC se baseia em outros fundamentos, além da mera literalidade do referido dispositivo.

Voltemos às três hipóteses conjecturadas a partir do “caso Von Richtofen”. O magistrado ao qual fosse distribuída essa ação de indignidade sucessória hipotética não instauraria a insegurança jurídica a partir de uma decisão sua, mas se depararia com ela já escancarada através de dissensos com os quais ainda se debate, por exemplo, a dogmática do Direito Penal.

Ainda nessa hipotética situação, somos da opinião que o magistrado comprometido com a racionalidade do ordenamento jurídico procuraria categorizar a situação de Suzane fazendo uso dos elementos hauridos da justificação externa (precedentes, doutrina, interpretação sistemática, analogia, entre outros), não do seu sentimento pessoal de justiça. Essa opinião, conquanto soe óbvia, pode ser problematizada pela prática, conforme demonstraremos nas páginas seguintes, mormente no item “argumentos jurisprudenciais”.

Mencionamos, pois, que há hipóteses para cuja resolução basta a justificação interna de caráter subsuntivo. Dissemos, também, que pode haver, nas fórmulas legislativas, imprecisões redacionais suscetíveis de racional solução através de procedimentos fornecidos pela justificação externa. Salientamos, ainda, que a utilização desses procedimentos, por si só, não implica arbitrariedade na aplicação do Direito, compondo o caminhar evolutivo da Ciência Jurídica. É importante que registremos neste momento que a crítica desta dissertação, ao assumir a premissa de que não é possível a extensão judicial das hipóteses de indignidade sucessória legislativamente selecionadas, não se endereça ao procedimento até aqui descrito.

Alguns exemplos bastarão para extremar o que viemos descrevendo até aqui do objeto de nossa crítica. Para os exemplos que se seguem, adotaremos como paradigma a relação jurídico-sucessória entre Suzane e seu pai. Contemplemos, em primeiro lugar, (A) a hipótese segundo a qual, ao invés da mãe, Suzane tivesse matado, consciente e voluntariamente, não a companheira, nem a cônjuge atual, mas a concubina de seu pai. Imaginemos, a seguir, (B) que Suzane induzisse, diária e persistentemente, a mãe depressiva a cortar os pulsos, deixando-lhe ao alcance facas e tesouras. Prefiguremos, ainda, (C) que Suzane, surpreendida por uma gravidez indesejada, mantivesse a gestação até o seu termo, afogando o bebê imediatamente após o parto. Por fim, cogitemos (D) que Suzane venha a

contrair matrimônio e pactue a comunhão universal de bens, após o que assiste ao assassinato de seu pai por seu cônjuge.

Os exemplos são indigestos, ferem a sensibilidade humana e, não por acaso, foram inseridos neste momento. Analisemos seu enquadramento jurídico no Direito brasileiro e a insuficiência da justificação interna para atribuir a pecha de indignidade sucessória a Suzane nos quatro casos mencionados.

Na hipótese (A), a concubina, muito embora não seja citada no inciso I do art. 1.814 do CC, tem um relacionamento de índole afetiva com o pai de Suzane. Está preenchido o requisito objetivo (homicídio doloso), bem como o requisito subjetivo-ativo (é Suzane a autora), mas não o requisito subjetivo-passivo (a vítima não se trata de cônjuge ou de companheira do pai de Suzane). Ora, o CC utiliza as três categorias do Direito de Família de maneira distinta, atribuindo posições jurídicas diferenciadas a cada uma dessas três formas de relacionamento afetivo (cônjuge – art. 1.511, CC; companheiro(a) – art. 1.723, CC; concubino(a) – art. 1.727, CC). Seria possível estabelecer a sinonímia exatamente para a eficácia excludente típica da indignidade sucessória?

Nas hipóteses (B) e (C) estão delineados, respectivamente, os elementos caracterizadores do crime de induzimento ao suicídio (art. 122, CP) e do crime de infanticídio (art. 123, CP). Estão preenchidos os requisitos subjetivo-ativo (é Suzane a autora) e subjetivo-passivo – tanto na hipótese da cônjuge suicida, quanto na hipótese do neto infante –, faltando o preenchimento do requisito objetivo (nenhum dos crimes cometido foi homicídio doloso). Seria possível estabelecer a sinonímia entre tipos penais distintos exatamente para a eficácia excludente típica da indignidade sucessória?

Na hipótese (D), estão preenchidos os requisitos objetivo (homicídio doloso) e subjetivo-passivo (a vítima é ascendente, ainda que por afinidade), mas inexiste o requisito subjetivo-ativo (o autor não é herdeiro, nem legatário). O regime de comunhão universal exige a partilha, inclusive, da quantia recebida por herança (desde que não gravada por cláusula de incomunicabilidade – art. 1.667 e seguintes). Seria possível estabelecer o paralelo de modo a estender a eficácia excludente típica da indignidade sucessória a quem não é herdeiro, nem legatário?

Apresentamos esses questionamentos cientes dos obstáculos que se nos apresentarão: esses casos limítrofes, em que os fatos inspiram a mais humana repulsa à sua hediondez, agigantam nosso inimigo (emotivismo na aplicação do

Direito) e testam nosso método (utilizar uma argumentação que se queira racional na análise do problema). Assumimos o desafio: a resposta às três perguntas – atinentes às quatro hipóteses –, em nosso modo de ver, deve ser negativa. O item que se segue (4.3.2) se dedica à elucidação das razões que fundamentam essa negativa.

4.3.2 Justificação externa

No terceiro capítulo desta dissertação, registramos que, de acordo com o paradigma teórico escolhido, ao passo que a justificação interna se presta à verificação da pertinência lógica entre a decisão e as premissas aduzidas na sua fundamentação, a justificação externa consiste em aferir a correção dessas premissas.

A justificação externa busca, pois, a fundamentação das premissas que serão usadas em certa justificação interna. As premissas fundamentadas no âmbito da justificação externa são divididas por Robert ALEXY em três tipos principais, aos quais correspondem três tipos de fundamentação: (1) regras de Direito positivo, cuja fundamentação consiste em demonstrar sua compatibilidade com os critérios de validade do ordenamento positivo; (2) enunciados empíricos, em cuja fundamentação se pode recorrer às máximas de presunção racional e aos métodos das ciências empíricas; (3) premissas que não são nem regras de Direito, nem enunciados empíricos, cuja fundamentação se dá através da argumentação jurídica.

Seguindo o raciocínio desenvolvido pelo autor, abordaremos, na seqüência, a fundamentação das premissas que não são nem regras de Direito, nem enunciados empíricos. Dissemos, ainda no terceiro capítulo, que a justificação externa consiste, exatamente, na fundamentação destas premissas e obedece a certas regras e formas próprias, as quais são expostas por ALEXY através da seguinte hexapartição:

(1) regras e formas da argumentação empírica (*"Empirie"*);
(2) regras e formas de interpretação (*"Gesetz"*);
(3) regras e formas de argumentação dogmática (*"Dogmatik"*);
(4) regras e formas do uso de precedentes (*"Präjudiz"*);

(5) regras e formas denominadas pelo autor como “formas especiais de argumentos jurídicos” (“*spezielle juristische Argumentform*”);
(6) regras e formas da argumentação prática geral (“*Vernunft*”).

Seguindo o paradigma teórico escolhido, a hexapartição referida desempenhará relevante função metodológica neste quarto capítulo. Utilizamo-la, com as adaptações metodológicas já referidas nas linhas introdutórias do item “4.3”, na qualidade de grade na qual tentaremos encaixar os diferentes argumentos contrários à extensão judicial das hipóteses do art. 1.814 do CC. Ao fim, teremos exposto as razões que nos levam a crer que essa extensão judicial não se coaduna com um modelo racional de argumentação jurídica. Comecemos pela argumentação empírica.

4.3.2.1 Argumentação empírica

Já no terceiro capítulo desta dissertação lembramos que, na persecução de nosso propósito científico, não nos depararíamos com obstáculos hermenêuticos de natureza empírica. Nosso caminho metodológico enfrentará, não grandezas cientificamente mensuráveis, mas duas gigantescas resistências às quais já fizemos referência – uma, de natureza mais filosófica, outra, de natureza mais metodológica.

Queremos dizer, com isso, que a discussão que nos interessa não perpassa discrepâncias empíricas, isto é, a atribuição judicial de indignidade sucessória independe de se ter perpetrado o homicídio doloso contra o ascendente (previsto no inciso I do art. 1.814 do CC) com arma branca ou pistola automática. Insistindo no exemplo que utilizamos no item dedicado à justificação interna, ampliar a categorização jurídica dos atos da hipotética Suzane com que trabalhamos, para além dos lindes do art. 1.814, não será justificada a partir de enunciados empíricos; senão a partir da discussão a respeito da natureza jurídica mesma dessa ampliação e desses atos. Com o fito de justificarmos com maior profundidade nossa convicção, convém que passemos à análise das demais regras e formas de justificação externa.

4.3.2.2 Argumentação a partir dos “cânones de interpretação”

Como fizemos registrar no terceiro capítulo, a denominação da natureza dos argumentos aos quais se dedica este item faz referência aos “cânones da interpretação”, cujo desenvolvimento científico deve muito ao gênio de Friedrich Karl Von SAVIGNY. Os cânones desenvolvidos por SAVIGNY servem, naquele dado momento histórico, ao objetivo de direcionar o olhar do jurista ao que realmente importava à sua ciência – a lei, considerada de maneira filológica, histórica e sistemática.

A respeito dos cânones da interpretação, ALEXY ressalta, no âmbito da justificação externa, a possibilidade de que eles fundamentem normas não-positivadas. Tal é o nosso propósito: averiguar se é possível fundamentar, através desses cânones, norma de indignidade sucessória não positivada. Seis classes de cânones podem servir a essa finalidade, agrupadas em distintos tipos de interpretação: (1) interpretação semântica; (2) interpretação genética; (3) interpretação histórica; (4) interpretação comparativa; (5) interpretação sistemática; (6) interpretação teleológica.

No terceiro capítulo, salientamos que ALEXY, após ter exposto a insuficiência da interpretação semântica e as históricas debilidades da interpretação genética (tais como a pluralidade de parlamentares e dos respectivos pontos de vista, de que resulta um documento legislativo cuja idéia subjacente não pode ser univocamente considerada), conclui que esses dois cânones não deixam de ser casos especiais de argumentação empírica, já que pressupõem a fixação prévia de fatos: na semântica, a especificação da linguagem; na genética, a vontade daqueles que participaram do processo legislativo.

Essas observações de ALEXY podem ser, de certa forma, adaptadas à nossa problemática, mormente no que diz respeito à especificação da linguagem, à qual já foram dedicadas várias páginas desta dissertação. Isso porque a interpretação semântica se dará, ou em um plano puramente empírico (averiguar, por exemplo, se a acusação caluniosa do segundo inciso do art. 1.814 do CC se deu, efetivamente, em juízo, após iniciado os trabalhos em determinada audiência), ou no âmbito da justificação interna, analisando o alcance dogmático, no direito brasileiro, da participação em homicídio doloso do primeiro inciso do art. 1.814 do CC.

A crítica que ALEXY endereça à interpretação genética, por outro lado, convence-nos do pouco proveito que tiraríamos, para os propósitos desta

dissertação, da investigação dos debates parlamentares a respeito da indignidade sucessória. Corroboram a concepção do autor estudado as primeiras linhas de outro grande pensador, crítico da Ciência Jurídica brasileira e de seus métodos:

> O erro do legislador pode ser de expressão: prevalece, então, o pensamento que se tentou exprimir, se esse pensamento é captável no sistema jurídico; não se desce ao chamado espírito, ou à vontade do legislador, porque seria atravessar a linha distintiva do político e do jurídico. [...] Principalmente, tem-se de levar em conta que a regra jurídica, a lei, viveu e vive lá fora, - foi para ser ouvida e lida pelos que hão de observá-la e é para ser lida, hoje, por eles. Nem o que estava na psique dos que a criaram, nem o que está na psique dos que hoje a criam, tem outro valor além do que serve à explicitação do que é que foi ouvido e lido por aqueles a que foi dirigida, ou o é por aqueles a quem hoje se dirige. O elemento histórico, que se há de reverenciar, é mais exterior, social, do que interior e psicológico. [...] há de evitar-se passar-se a outro subjetivismo e a outro voluntarismo, - o da indagação da vontade da lei. *Ratio legis* não é *voluntas legis*; lei não quer; lei regra, lei enuncia. O sentido é o que está na lei, conforme o sistema jurídico, e não o que se atribui ao legislador ter querido, nem à lei querer agora.
> [...]
> Os trabalhos preparatórios são, portanto, elemento de valor mínimo. O que foi público é a letra da lei, com as suas palavras e frases. Tem-se de interpretar, primeiro, gramaticalmente, mas já aí as palavras podem revelar sentido que não coincide com o do dicionário vulgar (pode lá estar rescisão, e tratar-se de resolução; pode lá estar condição, e não ser de condicio que se há de cogitar; pode falar-se de erro, e só se dever entender o erro de fato, e não o de direito). O sentido literal é o sentido literal da ciência do direito, tendo-se em vista que o próprio redator da lei, ao redigi-la, exercia função da dimensão política, e não da dimensão jurídica, pode não ser jurista ou mau jurista, ou falso jurista, o que é pior.[540]

Na (4) interpretação comparativa parte-se, em lugar das diferenças no plano temporal, das diferenças no plano espacial: a investigação se concentra nos exemplos jurídicos de outras sociedades. Já declinamos, no item “4.2”, a forma através da qual o Direito Comparado tem tratado a questão, isto é, registrando como muitos autores, na análise dos respectivos ordenamentos alienígenas, sustentam o caráter taxativo das hipóteses de indignidade sucessória legislativamente selecionadas. Não cuidaremos desse aspecto novamente.

A (5) interpretação sistemática recebe de Robert ALEXY um enfoque explícito: a relação lógica de uma norma com outras normas. A principal tarefa desse tipo de interpretação é por à luz, quando necessário, uma contradição normativa. Noutras palavras, se a interpretação levada a efeito contradiz outra norma, é o caso de abandono dessa interpretação. Para a análise sistemática serviente aos nossos propósitos, bastará o cotejo com as normas conformadoras de outra categoria jurídica análoga à indignidade sucessória, cujos caracteres

---

[540] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. XI-XII, *passim.* Tomo I.

diferenciadores já foram delineados no segundo capítulo desta dissertação: a deserdação.

No segundo capítulo desta dissertação, onde apartamos as duas categorias jurídicas de exclusão da herança dependentes da conduta do herdeiro, ficaram claras as semelhanças e distinções dogmáticas entre a indignidade sucessória e a deserdação. Convém à demonstração de nossa hipótese que, sinteticamente, as rememoremos. A principal semelhança entre a indignidade sucessória e a deserdação diz com o seu caráter punitivo – em contraposição às causas de ilegitimidade sucessória passiva, as quais ostentam uma feição acentuadamente preventiva –, constituindo, de acordo com a doutrina francesa já referida, uma "pena civil". Esse caráter de pena civil encontra suporte, inclusive, no texto do art. 1.816 do CC[541], ao estabelecer o caráter personalíssimo da indignidade sucessória[542].

As distinções esclarecerão nosso objetivo com a retomada dessa comparação sistemática. A indignidade sucessória apresenta um caráter extremamente restritivo, ainda que comparada à deserdação: (i) depende de pronunciamento jurisdicional, (ii) provocado por ação específica, no (iii) prazo decadencial de quatro anos. A procedência do pedido veiculado nessa ação implica a (iv) exclusão da sucessão como um todo (legítima ou testamentária).

Na deserdação, pelo contrário, pretende-se pôr nas mãos do autor da sucessão uma arma cuja utilização só ele comanda, ao mesmo tempo em que lhe permite excluir certos sucessíveis cujas obrigações para com ele são particularmente graves, independentemente de uma decisão judicial[543].

Da comparação entre as duas categorias – deserdação e indignidade sucessória – podemos extrair, no mínimo, duas observações sistemáticas úteis à demonstração de nossa hipótese científica.

A primeira delas pode ser apreendida a partir da análise do regime jurídico da deserdação. Essa "arma" sobre a qual escreveu ASCENSÃO tem o radical condão de subtrair a legítima dos herdeiros necessários – parcela do patrimônio

---

[541] Art. 1.816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.
Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

[542] O "suporte" referido diz com a relação que alguns doutrinadores brasileiros, conforme demonstraremos nas linhas a seguir, estabelecem entre o princípio constitucional da não-transcendência penal, segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado (art. 5º, LXV, CF), e o conteúdo normativo do art. 1.816 do CC.

[543] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Sucessões. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 149-150.

que, ao longo do CC, constitui-se em anteparo visível à autonomia privada[544] do autor da herança (exemplificativamente, os arts. 549, 1.846, 1.857, §2º). O legislador, malgrado dispense ação judicial, houve por bem cercar a utilização de tal "arma" dos devidos cuidados, de modo que a causa alegada pelo autor da herança deve ser expressamente declinada na cédula testamentária (art. 1.964), bem como provada por aquele a quem aproveite a deserdação (art. 1.965). Ao enumerar as causas que lhe dão ensejo, o legislador, tanto no art. 1.962, quanto no art. 1.963, fez uso da técnica de remissão legislativa:

> 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 - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.
>
> 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 - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Ao tratar de categorias jurídicas afins, cujos efeitos em muito se assemelham, por qual razão teria o legislador empregado a técnica da remissão exclusivamente nos artigos 1.962-1963? É possível, operacionalizando o cânone da interpretação sistemática, concluir que o legislador pretendeu, indiretamente, ampliar os requisitos objetivos da indignidade sucessória? A resposta afirmativa a essa questão implicaria algumas extravagâncias jurídicas. Exemplifiquemos: "A" e "B" são genitores de "C", "D" e "E". "B" vem a falecer e, alguns anos após, "A" contrai novo matrimônio com "F", uma antiga namorada de "C". Nada obstante o casamento, "F" ainda mantém encontros amorosos com "C". Tomado pelo ciúme, "C" invade o escritório de "A", desferindo-lhe alguns socos. "A" descobre os encontros amorosos de "F" e "C", desfazendo, em seguida, o vínculo conjugal. Alguns meses depois,

---

[544] Na produção bibliográfica brasileira, há relativa promiscuidade no emprego das expressões "autonomia da vontade" e "autonomia privada". Enquanto alguns autores situam a distinção em raízes ideológicas – segundo as quais a primeira seria expressão jurídica do liberalismo clássico, ao passo que a segunda denotaria o comedimento dessa mesma vontade em um contexto de "bem-estar social" –, outros elaboram uma distinção sob perspectiva eminentemente jurídica. Preferimos adotar, nesta dissertação, a orientação perfilhada por essa segunda cepa de juristas, na qual se situa AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 345: *"A expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a 'autonomia privada' marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real".*

tendo tomado contato com a filosofia cristã, “A” releva o acontecido e se reconcilia com “C”.

A resposta afirmativa àquela questão, dizíamos, possibilitaria, nesta hipótese, que os irmãos “D” e “E”, sequiosos pela herança paterna, ajuizassem ação de indignidade sucessória, pleiteando a fungibilidade entre as causas de pedir dos incisos I e III do art. 1.962 e os incisos I e II do art. 1.814 do CC. Em última análise, dar-se-ia ensejo à cobiça de “D” e “E” em detrimento da autonomia privada de “A”. O caso é exemplar da forma através da qual a resolução (as)sistemática dessa questão jurídica importaria na aniquilação da vontade testamentária de “A”, o qual, a despeito de conhecer os fatos cometidos por “C” (ofensa física e relações ilícitas com a madrasta), resolve, dentro da sua esfera jurídica de atuação, não deserdá-lo.

Ao invés de ter sua autonomia respeitada, no que tange ao não-exercício do direito de deserdação, o regime jurídico da indignidade sucessória, nos termos do art. 1.818 do CC, coagiria, para o fim de reabilitar “C”, o generoso perdão de “A” a se manifestar testamentariamente. Uma vez mais, a lógica do Direito das Sucessões estaria invertida: a autonomia do autor da herança, ao invés de respeitada, é coagida. Essa mesma autonomia privada de “A” aliás, não custa relembrar, é tutelada pelo CC através da ruptura que vimos estudando: indignidade sucessória, com fulcro no inciso III do art. 1.814. Avançando o raciocínio, o que se dirá, nessa linha de pensamento, caso já se tenha aberto a sucessão? A morte de “A” tê-lo-á silenciado e a lógica do Direito das Sucessões, direcionada ao respeito da vontade do autor da herança, restará irremediavelmente quebrada em virtude de “D” e “E” se julgarem melhores intérpretes da vontade de seu pai do que ele próprio.

A absurdidade do exemplo mencionado bastaria, a nosso ver, para a negativa à extensão das causas de indignidade sucessória a partir das causas de deserdação. Acreditamos, contudo, que existem outras razões, ainda dentro da interpretação sistemática, que nos direcionam a essa negativa.

Caso fosse sua intenção ampliar, complementar e reciprocamente, os requisitos objetivos da deserdação e da indignidade sucessória, o legislador teria sido sistematicamente conclusivo se empregasse a remissão: A) de maneira clara, em ambos os casos, redigindo o *caput* do art. 1.814 desta forma: “Além das causas mencionadas nos artigos 1.962 e 1.963, são excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:”; B) ou, dando espaço à construção doutrinária, não utilizasse a remissão, nem no art. 1.814, nem nos artigos 1.962 e 1.963. Ante a redação posta

no CC, contudo, a conclusão nos parece de luminosa evidência: a remissão legislativa permite uma ampliação unilateral, isto é, o testador pode se utilizar dos incisos do art. 1.814, ao passo que a ação de indignidade sucessória não pode ser pleiteada com fundamento nos incisos dos artigos 1.962 e 1.963.

Um exemplo adicional, no marco da interpretação sistemática, robustecerá nosso ponto de vista. No regime do Direito de Família, o CC disciplina algumas hipóteses de cessação do dever do ex-cônjuge prestar alimentos:

> Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.
>
> Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

Interessa-nos o disposto no parágrafo único, hipótese única em que o legislador repetiu o adjetivo de que nos ocupamos nesta dissertação: além das categorias jurídicas bem conhecidas do "casamento", "união estável" e "concubinato", o legislador não definiu o que viria a ser essa quarta hipótese liberatória do dever de prestar alimentos – procedimento indigno. Maria Berenice DIAS, por exemplo, afirma que *" O conceito de indignidade deve ser buscado nas causas que dão ensejo ou à revogação da doação (CC 557) ou à declaração de indignidade do herdeiro para afastar o direito à herança (CC 1814)"*[545]*.* A possibilidade dessa aplicação analógica foi consolidada por ocasião da III Jornada de Direito Civil, no âmbito do Conselho da Justiça Federal, no enunciado n.º 264: *"Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incs. I e II do art. 1.814 do Código Civil*".

Ora, o amplo espaço para o desenvolvimento dogmático da questão (possibilidade ou não do "arraste hermenêutico" de elementos conceituais entre distintos ramos do Direito Civil) só se deu em virtude da redação aberta empregada pelo legislador. Podendo discriminar as hipóteses que reputava suficientemente

---

[545] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias.* 5.ed. São Paulo: RT, 2009. p. 508. No mesmo sentido, o escólio de DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* Direito de família. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 5. p. 671: *"O devedor de alimentos (ex-cônjuge, ex-companheiro ou parente) deixará de ter tal obrigação com relação ao credor se este vier a convolar núpcias, passar a viver em união estável ou concubinato ou se tiver procedimento indigno [...] em relação ao devedor, por ofendê-lo em sua integridade corporal ou mental, por expô-lo a situações humilhantes ou vexatórias, por injuriá-lo, caluniá-lo ou difamá-lo, atingindo-o em sua honra e boa fama, enfim, por ter praticado quaisquer atos arrolados nos arts. 1.814 e 557 do Código Civil, aplicável por analogia".*

indignas ao ponto da dissolução do dever de prestar alimentos, não o fez. A partir desse silêncio, a doutrina brasileira, reverenciando a interpretação sistemática, admite a aplicação liberatória das hipóteses de indignidade sucessória e de ingratidão do donatário; nada obstante, não se descarta, em virtude da redação empregada, a postura dogmática que defenda a livre apreciação desse "procedimento indigno" por parte do magistrado.

O mesmo não sucede com a categoria jurídica de que nos ocupamos nesta dissertação, já que o mesmo CC, podendo adotar um modelo legislativamente aberto de exclusão da herança, optou pela discriminação das hipóteses aptas a servirem como causa de pedir em ação de indignidade sucessória. Em nosso modo de ver, essa comparação sistemática, uma vez mais, evidencia certa postura restritiva do legislador com relação às hipóteses de indignidade sucessória. A extensão dessa postura poderá ser melhor esclarecida no marco da interpretação teleológica, da qual passamos a tratar.

Na análise da (6) interpretação teleológica, Robert ALEXY toma de empréstimo a expressão de Karl LARENZ para denominar os seus argumentos como “teleológico-objetivos”, os quais não dizem respeito a finalidades queridas por pessoas do passado ou do presente, senão a fins objetivamente prescritos no ordenamento jurídico vigente. Os fins de que tratam a interpretação teleológica não são fins que se determinam empiricamente, mas fins caracterizados normativamente. Uma interpretação teleológica é conceitualmente direcionada a certo estado de coisas, daí referir ALEXY que a estrutura normativa apta a viabilizar essa modalidade de argumentação é a principiológica.

Como frisado nas linhas introdutórias do terceiro capítulo, quando tivemos oportunidade de delimitar o marco teórico a partir do qual desenvolvemos nossa hipótese científica, esta dissertação não pretende avançar sobre toda a obra de Robert ALEXY. É cediço que a doutrina brasileira se tem debruçado sobre a concepção estrutural e dicotômica com que o autor enfrenta os direitos fundamentais. Não nos interessa, neste espaço, explorar o conteúdo normativo contido nos princípios, tampouco sua forma de aplicação em contraste com as regras. Aos nossos propósitos, interessa, tão somente, testar nossa hipótese científica no marco da teoria da argumentação jurídica exposta por Robert ALEXY. Não nos interessa, ao menos no espaço desta dissertação, desenvolver a temática sob o prisma da teoria dos direitos fundamentais defendida pelo mesmo autor.

Para enfrentar nossa problemática, no marco do cânone da interpretação teleológica, façamos o sumário dos princípios que a doutrina identifica no Direito das Sucessões do CC:

A) **Princípio** da **liberdade relativa**, ou **princípio da subsidiariedade testamentária**[546]**,** de acordo com o qual a lei se arroga o direito de restringir a liberdade de testamento, reservando metade do patrimônio do testador (legítima) aos herdeiros necessários. Tal é o conteúdo, por exemplo, dos artigos 549, 1.846, 1.857, § 2º, todos do CC.

B) **Princípio da *saisine,*** o qual, segundo PONTES DE MIRANDA, constitui a expressão institucional do brocardo "*le mort saisit le vif",* instituído pelo "Alvará de 9 de novembro de 1754", seguido do "Assento de 16 de fevereiro de 1786". Esse princípio motivou a introdução, no direito luso-brasileiro, a transmissão automática dos direitos que compõem o patrimônio da herança aos sucessores com toda a propriedade, a posse, os direitos reais e os pessoais. Segundo o autor, "o que era propriedade e posse do decujo passa a ser propriedade e posse do sucessor a causa da morte, ou dos sucessores, em partes ideais, ou conforme a discriminação testamentária"[547]. No atual CC, confira-se o art. 1.784.

C) **Princípio da solenidade**[548], de acordo com o qual a transmissão patrimonial *causa mortis* obedece a rígido esquema formal. A exigência de solenidades do testamento tem uma justificação especifica: já que a valoração de sua eficácia só terá lugar depois da morte do testador, sem que este pudesse aclarar qualquer ambigüidade, a interpretação da cédula se esgota no seu conteúdo, e reclama, por esse fato, sejam as declarações do testador revestidas da seriedade e precisão. No vigente CC, confira-se o minucioso tratamento conferido, tanto às formas ordinárias de testamento (público, cerrado e particular – artigo 1.862 e seguintes), quanto aos

---

[546] Trata-se de expressão normativa do "espírito de compromisso" do Direito das Sucessões entre a liberdade individual e a tutela institucional da família. Tais considerações foram bem apreendidas no texto de AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supraindividualistas da família. In: *Revista do advogado.* São Paulo, n. 58, 2000. p. 9 *et seq.* No mesmo sentido, MORAES, Walter. *Teoria geral e sucessão legítima*. São Paulo: RT, 1980. p. 115-116.

[547] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* 3.ed. São Paulo: RT, 1984. p. 17. Tomo LV.

[548] A expressão é de LASALA, José Luis Pérez. *Curso de derecho sucesorio*, Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 573.

testamentos especiais (marítimo, aeronáutico e militar – artigo 1.886 e seguintes), bem como às formalidades relativas à renúncia da herança (art. 1.806).

Essa enumeração dos princípios regentes do Direito das Sucessões pode ser problematizada com algum proveito aos nossos propósitos. Vejamos: é possível imaginar, exemplificativamente, que alguém, entusiasmado pela interpretação constitucional do Direito Civil, envidasse esforços hermenêuticos no sentido de extrair, do art. 1.814 do CC e do art. 226 da CF, um determinado "princípio", cuja nomenclatura pouco importa (chamemos, ainda no plano hipotético, de "princípio da solidariedade familiar"). Importa, antes, determinar seu conteúdo, o que nos remete às observações registradas no segundo capítulo desta dissertação: o conteúdo normativo, no direito brasileiro, não está ao talante do intérprete e de suas preferências filosófico-ideológicas.

É necessário adotar, se mantivermos a pretensão de racionalidade jurídica, uma perspectiva deontológica que parte do ordenamento jurídico sob análise. Façamos esse exercício com o objetivo de discutir a (im)possibilidade de extensão judicial do rol legislativo de indignidade sucessória no marco da interpretação teleológica.

A leitura dos parágrafos 7º e 8º do art. 226 autoriza a conclusão de que a CF proíbe o Estado, bem como quaisquer instituições privadas, de interferir no planejamento e construção familiares, os quais são de livre decisão do casal. O legislador constituinte previu uma hipótese excepcional de interferência: criar mecanismos de coibição da violência no âmbito das relações familiares. São concretizações legislativas desse projeto constitucional, por exemplo, a disciplina processual da Lei n.º 11.340/2006 (Lei "Maria da Penha"); algumas agravantes penais genéricas (art. 61, II, "*e*" e "*f*", CP); a qualificadora no crime de lesão corporal (art. 129, § 9º, CP); a hipótese de perda judicial do poder familiar por castigo imoderado (art. 1.638, I, CC); e, especificamente dentro de nossa temática, as hipóteses de indignidade sucessória (art. 1.814, CC) e de deserdação (mormente o primeiro inciso do art. 1.962 e o primeiro inciso do art. 1.963, ambos do CC).

Poderíamos, certamente, adir outros exemplos, os quais não modificariam em nada a conclusão que desejamos ressaltar: qualquer que seja o nome dado ao conjunto normativo induzível dessas previsões (seja quanto à espécie normativa, se "princípio" ou "regra", seja quanto ao conteúdo, se "solidariedade", "amor" ou "afeto"), ao magistrado não compete, a partir de suas convicções filosófico-

ideológicas, realizar o procedimento lógico inverso (dedução), partindo de noção vaga até a elaboração de uma norma *ad hoc*, forjada para o caso concreto.

Essa incompetência institucional, compreendida aqui como ausência de permissão constitucional para que a jurisdição sirva a esses propósitos, é agudizada quando, como no caso da "pena civil" em que consiste a indignidade sucessória, a referida dedução implica construção judicialiforme de hipótese de exclusão da herança. Estamos convencidos de que o exercício dessa (in)competência institucional contraria, se não o postulado da legalidade estrita do Direito Penal (art. 5º, XXXIX, CF), a garantia constitucional à herança (art. 5º, XXX, CF)[549].

Ora, houvesse a intenção, por parte do legislador, de atribuir ao magistrado a ponderação de interesses (de um lado, o direito do herdeiro necessário à legítima e, de outro, a gravidade do ato perpetrado contra o autor da herança), não o teria feito por meio da mesma técnica com que consagrou, por exemplo, o princípio da boa-fé objetiva no direito das obrigações (art. 422, CC[550])? Quisesse o legislador remeter ao magistrado a tarefa de sopesar quais são as condutas suficientemente graves à exclusão da herança, não seria mais coerente – tendo em mente, inclusive, a malha jurídica com que o CC protege a legítima – que tivesse explicitado essa intenção por meio da técnica legislativa da cláusula geral? Para que a resposta a esses questionamentos seja útil aos propósitos desta dissertação, convém que façamos um brevíssimo escorço teórico a respeito dos conceitos neles envolvidos.

A técnica legislativa pode, em síntese, obedecer a dois modelos principais. Os modelos jurídicos rígidos são os que contêm, de modo perfeitamente delimitado, com um grau mínimo de vagueza semântica, a delimitação da *fattispecie* e de sua consequência. Distinguem-se dos modelos abertos, em que há certa vagueza semântica na delimitação da *fattispecie*. A "abertura" opera em variegadas escalas, podendo variar de uma "abertura ampla" (por exemplo, as normas formadas por

---

[549] Os consectários hermenêuticos oriundos da atribuição, por parte da CF, da "nota de fundamentalidade" ao direito à herança foram explorados em recente texto da autoria de Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. In: CRUZ E TUCCI, Cibele Pinheiro; CARDOSO, Dina Darc (coords.). *Revista do advogado.* Ano XXXI, nº 112 (jul/2012). p. 79 *et seq*). A inserção pioneira da matéria no texto constitucional de 1988 é explicada a partir da tentativa de conferir, a um só tempo, os caracteres de "garantia institucional" e de "direito de defesa" ao direito à herança. Esses caracteres garantem ao indivíduo, sob a perspectiva positiva, o direito de exigir que o Estado se abstenha de perpetrar agressões – oriundas de quaisquer de suas manifestações, seja legislativa, seja executiva, seja, ainda, jurisdicional – lesivas à garantia constitucional.

[550] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípio de probidade e boa-fé.

cláusulas gerais) a uma “abertura moderada” (por exemplo, as normas enunciativas; normas que contém conceitos jurídicos indeterminados)[551].

Não se desconhece a distinta orientação axiológica que inspira, de um lado, o Código Civil de 1916, comprometido com o ideal oitocentista de segurança e previsibilidade, e, de outro lado, o vigente CC, cujas diretrizes teóricas (entre elas: eticidade, socialidade e operabilidade) levaram Miguel REALE a afirmar:

> [Ao] elaborar o Projeto, não nos apegamos ao rigorismo normativo, pretendendo tudo prever detalhada e obrigatoriamente, como se na experiência jurídica imperasse o princípio da causalidade próprio das ciências naturais (...). O que importa numa codificação é o seu espírito; é um conjunto de idéias fundamentais em torno das quais as normas se entrelaçam, se ordenam e se sistematizam[552].

Esta dissertação não ignora que a hermenêutica de uma nova lei demanda, no mínimo, a pesquisa a propósito de seus pressupostos teóricos e de quais são as suas diretrizes – comparativamente ao Código anterior – pois, ao assim não proceder, estaríamos manipulando o componente inercial dos argumentos de maneira distinta da que viemos defendendo, ignorando o que o legislador democraticamente eleito decidiu modificar. Estamos convencidos, contudo, que as modificações diagonais, ao longo de todo o corpo do CC, se deixam demonstrar por diversificadas maneiras.

Noutras palavras, a análise sistemática – evidenciada, aqui, a complementaridade entre os cânones da interpretação – da nova legislação permite afirmar que essas modificações estruturais e axiológicas (daí o porquê de sua inserção no cânone da interpretação teleológica) exploradas pela doutrina brasileira deixam, aos olhos do jurista, indisfarçáveis pegadas. Vejamos como o produto da anamnese desses rastros jurídico-metodológicos vem ao encontro de nossa hipótese científica.

Tomemos como exemplo, ainda, a técnica legislativa da cláusula geral. A reelaboração do art. 1.814, empregando-se a mesma técnica do art. 422, não deixaria dúvidas quanto à liberdade do magistrado. Imaginemos: “Os herdeiros são obrigados a guardar, assim em vida, como depois da morte do autor da herança, o

---

[551] O melhor tratamento que a doutrina brasileira conheceu a esse respeito se deve à tese de doutoramento de Judith Martins-Costa. Retiramos as expressões contidas neste parágrafo de MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999. p. 304-341, *passim.*

[552] REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. Situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 8.

princípio da solidariedade familiar, sob pena de exclusão da herança". Sem fazer juízo de valor a respeito dessa redação – a qual, no plano hipotético, teria sido determinada por quem detém legitimidade democrática, vinculando, racionalmente, o desenvolvimento dogmático subseqüente –, ressaltamos que, podendo fazê-lo, o legislador manteve a mesma técnica legislativa utilizada no Código Civil de 1916.

Avancemos no raciocínio: a opção do legislador por empregar, não a técnica legislativa da cláusula geral, mas uma enumeração das hipóteses de incidência aptas a deflagrar determinada eficácia jurídica, significaria, *ipso facto*, que no marco do vigente CC tais hipóteses são taxativas? A resposta deve ser negativa. Demonstraremos a seguir que existem casos nos quais o legislador elenca hipóteses, não as recobrindo, contudo, de taxatividade. Mas essa resposta não infirmaria nossa hipótese científica? Um exemplo, haurido do Direito das Obrigações, e a diferença que o separa da indignidade sucessória, bastará à segunda negativa.

Determinava o art. 1.183 do Código Civil de 1916: "Só se podem revogar por ingratidão as doações", listando, em seguida, em quatro incisos, as hipóteses. Reversamente, o *caput* do art. 557 do CC dispõe: "Podem ser revogadas por ingratidão as doações". Segundo Judith MARTINS-COSTA[553], a análise comparativa entre os enunciados flagra que a remoção do advérbio "só" indica uma limitação interpretativa – segundo a qual se poderiam revogar doações por ingratidão, tão somente, naquelas quatro hipóteses casuisticamente apreendidas nos seus incisos – que, conquanto presente no texto revogado, foi repelida pelo projeto legislativo de 2002.

A doação, timbrada pela eticidade como nenhuma outra figura contratual típica, incorpora na sua estrutura normativa a ingratidão na qualidade de causa específica de revogação, em razão do desequilíbrio axiológico entre a liberalidade do doador e a deslealdade do donatário. É exatamente nessa fratura do equilíbrio de valores que se encontra o fundamento subjacente ao art. 557 do CC, o qual elenca determinadas condutas reconhecidas como ingratas e que se apresentem como fato

[553] As observações comparativas que se seguem são fruto das reflexões entretecidas durante diálogo, riquíssimo no esclarecimento de premissas e na elaboração de conclusões, com a professora Judith Martins-Costa, a qual nos permitiu o acesso a texto de sua autoria, ainda inédito, a propósito do contrato de doação. A esse respeito, as indicações bibliográficas que se seguem, as quais serão utilizadas nos nossos propósitos de comparação com a indignidade sucessória, são, todas, indicações textuais da professora.

posterior (ou somente conhecido posteriormente) ao negócio, atingindo uma doação existente, válida e eficaz[554].

O Código Civil de 1916, dissemos, fixou as hipóteses segundo o método da rígida enumeração taxativa ao fazer constar o advérbio "só" no *caput* do art. 1.183. A partir da segunda metade do séc. XX, pelo menos, a doutrina acentua o tom crítico a essa rigidez: Agostinho ALVIM, ao comentar o art. 1.183, asseverou: *"Não há dúvida de que o Código está errado*"[555]. Tal circunstância, afirmava, importaria "*muito amor ao paradoxo e desprezo pelas realidades da vida e da sensibilidade humana*"[556].

O CC veio ao mundo sob o influxo de seu "*maître d'œuvre"*: sensíveis à prevalência da esfera existencial da pessoa humana, doutrina e jurisprudência evoluíram, segundo Miguel REALE, no sentido de ajustar o texto do art. 1.183 aos valores prevalecentes na sociedade, utilizando, para tanto, o conceito de "injúria grave" constante do seu terceiro inciso, desatrelando-o da originária conotação penal[557]. Como dizíamos linhas atrás, a transição de modelos legislativos deixa pegadas: para contemporizar a situação que se julgava retrógrada, a Comissão Elaboradora retirou o advérbio que, no *caput* do art. 1.183 do Código Civil de 1916, conferia taxatividade às hipóteses dos quatro incisos, estas passando, portanto, a serem enumerativas.

A transição se deu do método rigidamente casuístico para o método exemplificativo, sem, contudo, criar-se uma cláusula geral. A civilística brasileira não se furtou à exploração doutrinária da forma como essa (aparentemente singela) mudança redacional implicou, em verdade, radical transição de modelos[558]. De nossa parte, só nos resta acentuar, com a fidelidade que os nossos propósitos exigem, uma parcela dessa interessantíssima temática.

A comparação entre a categoria jurídica da ingratidão no contrato de doação e a categoria jurídica da indignidade no Direito das Sucessões não nos conduz a um perfeito paralelo, por, no mínimo, duas razões principais: a primeira, diz com a

---

[554] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. p. 269 *et seq*. Tomo XLVI.
[555] ALVIM, Agostinho. *Da doação.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 274.
[556] ALVIM, Agostinho. *Da doação.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 275.
[557] REALE, Miguel. Revogação de doação por injúria grave. In: *Temas de direito positivo*. São Paulo: RT, 1992. p. 77 *et seq*.
[558] A título exemplificativo, veja-se: ALVES, Jones Figueiredo. In: FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo código civil comentado.* São Paulo: Saraiva, 2002. p. 493; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millennium, 2004. p. 168; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II*: contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo. São Paulo: RT, 2005. p. 159.

evolução histórico-sistemática dessas duas categorias; a segunda, com a natureza jurídica que as distingue.

A primeira razão diz com a evolução histórico-sistemática que viemos de descrever, rastreando as pegadas da transição metodológico-legislativa. A ingratidão, no Código Civil de 1916, gozava de uma limitação hermenêutica imposta pelo legislador – algo como uma interpretação autêntica, a sinalizar o caráter absolutamente taxativo daquelas hipóteses de anormalidade no contrato de doação –, tendo essa realidade normativa textualmente alterada no atual CC.

A indignidade sucessória, por outro lado, parece ter trilhado o caminho oposto, na medida em que o legislador, tendo mantido intacto a redação de seu *caput,* experimentou, tão somente, a ampliação dos requisitos subjetivo-passivos do art. 1.814. Não houve, no tocante à indignidade sucessória, qualquer alteração que sugerisse – de maneira clara, como ocorreu na hipótese de ingratidão do donatário – a modificação de intenção legislativa no que tange à taxatividade de suas hipóteses.

Já a segunda razão diz com a natureza jurídica que distingue as duas categorias. Ao longo desta dissertação, temos registrado que, entre nossas principais preocupações, se encontra a qualificação da indignidade sucessória como uma reprovação ética ou moral em face do herdeiro que comete algum dos atos constantes do art. 1.814 do CC. Registramos essa discordância no corte epistemológico do segundo capítulo, quando nos dispusemos a explorar a dimensão dogmático-jurídica da indignidade sucessória. Jamais discordamos, pelo contrário, do caráter punitivo de que se recobre essa exclusão da herança – razão, aliás, que justifica o gênero comum (categoria jurídica de exclusão da herança dependente de conduta do herdeiro) no qual enquadramos as espécies: indignidade sucessória e deserdação.

A ingratidão, na qualidade de vicissitude a que se submete a relação contratual de doação, por outro lado, foi analisada por Miguel REALE sob enfoque diverso. Segundo o autor, a ingratidão foi juridicizada sob a ótica do Direito das Obrigações e problematizada a partir da autonomia negocial, traduzindo o "*necessário restabelecimento de um equilíbrio de valores, subvertido pelo ato do donatário, do qual resultou uma fratura essencial entre a situação atual e a situação existente ao tempo em que a doação foi efetivada"*[559]*.* Repare-se no emprego de

[559] REALE, Miguel. Revogação de doação por injúria grave. In: *Temas de direito positivo*. São Paulo: RT, 1992. p. 77-8.

terminologia técnica, própria do ramo do Direito Civil em que se insere a matéria discutida: equilíbrio, fratura, restabelecimento – as sístoles e diástoles da relação contratual, essa respiração dogmaticamente regrada pelo Direito das Obrigações.

Caso situássemos a distinção – entre sanção sucessória e reequilíbrio contratual – no fato de que, ao passo que os herdeiros são ligados, presumidamente, por laços de sangue e de afeto, a celebração do contrato prescinde mesmo que os contratantes se conheçam, estaríamos distorcendo a dimensão dogmático-jurídica da indignidade sucessória. Eis a razão por que nosso critério deve ser outro.

A distinção doutrinária a propósito das formas através das quais a herança é deferida foi sumariada por José de Oliveira ASCENSÃO em "três títulos de vocação sucessória": a) lei; b) testamento; c) contrato. Esse mesmo autor, contudo, após salientar a fragilidade teórica dessa tripartição (a qual pode sugerir que haja manifestação testamentária, contrária à imperatividade de disposições legais, apta a transmitir a herança), a abandona em favor de uma teoria que trabalha com a noção de "factos designativos"[560]. As vantagens dessa classificação, *mutatis mutandis,* podem ser absorvidas com maior rigor técnico, a nosso ver, pela teoria do fato jurídico de matriz ponteana[561].

A eficácia jurídica equivalente ao plexo de deveres e direitos, atribuído ao doador e ao donatário, tem origem negocial, isto é, corresponde aos efeitos que decorrem da celebração do contrato de doação (art. 538 e seguintes do CC). Observados esses parâmetros, não só à vicissitude da revogabilidade – em razão de ingratidão ou de inexecução de encargo, nos termos do art. 555 do CC – se encontra sujeito o contrato de doação, mas à disciplina geral a propósito dos negócios jurídicos (regime de nulidades e anulabilidades, possibilidade de rescisão e de resilição, por exemplo).

---

[560] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Sucessões. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 38.

[561] Em face dos propósitos meramente instrumentais com a qual trabalharemos esse aspecto da obra de Pontes de Miranda, não cabe, neste espaço, alargada análise de todas suas premissas teóricas, as quais são desenvolvidas, só no Direito Privado, ao longo de sessenta volumes. Em termos genéricos, o autor assume que "*a noção fundamental do Direito é a de fato jurídico; depois, a de relação jurídica; não a de direito subjetivo, que é já noção do plano dos efeitos; nem a de sujeito de direito, que é apenas termo da relação jurídica. [...] O grande trabalho da ciência jurídica tem sido o de examinar o que é que verdadeiramente se passa entre homens, quando se dizem credores, titulares ou sujeitos passivos de obrigações, autores e réus, proprietários, excipientes, etc".* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. Prefácio. p. XVI. Tomo I).

Já a eficácia jurídica equivalente ao estado de herdeiro pressupõe, além do fato jurídico *stricto sensu* morte[562], o suporte fático consistente no laço familiar (seja decorrente de fato jurídico *stricto sensu*, como o nascimento, seja decorrente de ato jurídico *stricto sensu*, como a adoção) legislativamente delimitado, já que *"a hereditariedade que caracteriza a sucessão a causa de morte não supõe nexo de afetividade. Pode herdar quem o decujo odiava, ou quem odiava o falecido. O laço familiar, esse, serve de elemento do suporte fáctico"*[563]. Essa limitação do laço familiar sucessoriamente relevante encontra, no ordenamento brasileiro, amparo no art. 1.829 do CC.

Essa visão analítica evidencia a distinção hermenêutica que se deve emprestar aos efeitos jurídicos emanados, de um lado, por negócios jurídicos bilaterais (contrato de doação) e, de outro, por fatos jurídicos não-negociais (laço familiar sucessoriamente relevante). Isso porque, malgrado as categorias de indignidade sucessória e ingratidão no contrato de doação pressuponham o direcionamento da vontade à consecução de conduta desairosa por parte do herdeiro e por parte do donatário, existe um dado volitivo que as aparta em suas consequências: a perversão da autonomia negocial – presente na ingratidão contratual; ausente, na indignidade sucessória – confere à primeira, sob o ponto de vista estritamente jurídico, um caráter qualificadamente reprochatório em comparação com a segunda.

Explicamo-nos. O donatário, ao celebrar o contrato, opta por vincular-se juridicamente ao doador; o filho, por outro lado, não escolhe o pai que tem. O caráter de liberalidade que motiva a transmissão gratuita de patrimônio, do doador ao donatário, é um dado empírico; o vínculo afetivo que une pais e filhos é uma suposição – no máximo, uma aspiração – metafísica, da qual independe o vínculo jurídico. Essas observações, longe de atenuarem a gravidade dos atos que dão ensejo à indignidade sucessória, servem, contudo, ao singelo propósito de modular juridicamente o nosso olhar.

---

[562] De acordo com Pontes de Miranda, *"fatos jurídicos stricto sensu são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição deles, ato humano, ainda que, antes da entrada deles no mundo jurídico, o tenha havido; e.g., nascimento, morte, idade; adjunção, mistura, confusão, produção de frutos, aluvião, aparição de ilha. [...] Em todos, porém, prescinde-se da origem humana do ato; somente se lhes vê o fato do mundo externo, que entra no direito, e aí produz os seus efeitos, abstraindo-se da vontade humana que acaso esteve à origem deles"* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 187. Tomo II).

[563] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3.ed. São Paulo: RT, 1984. p. 190-191. Tomo LV.

Existe uma diferença, juridicamente apreciável, entre a conduta de quem, após aceitar a liberalidade, atenta contra a vida do autor dessa mesma liberalidade (art. 557, I, CC) e a conduta de quem, involuntariamente jungido à filogenia, atenta contra a vida de seu ascendente (art. 1.814, I, CC). Acreditamos que essa diferença, somada à distinta evolução metodológico-legislativa experimentada pela ingratidão contratual e pela indignidade sucessória, justifica o tratamento restritivo das hipóteses da segunda em comparação ao tratamento expansivo das hipóteses da primeira.

Os parágrafos anteriores, dedicados à comparação entre a ingratidão no contrato de doação e a indignidade sucessória, não constituem mera tergiversação doutrinária. Assumem, ao contrário, a relevante função de debilitar a linha de argumentação que, a pretexto de explorar a interpretação teleológica, defenda a extensão judicial das hipóteses de indignidade sucessória.

Noutras palavras, o argumento que julgamos inconcebível, mesmo dentro do cânone da interpretação teleológica, é que o magistrado, ao se reconhecer competente para aquilatar a indignidade sucessória de determinados atos, despreza a teleologia que o próprio CC sugere, quando, respeitados os limites legais (como o direito de *saisine* e o direito à legítima), tutela a vontade do autor da herança em relação ao herdeiro. Essa tutela, cuja formalidade é serviente à preservação da higidez da vontade testamentária, disponibiliza instrumentos aptos, tanto à exclusão, como à reabilitação do herdeiro. Eis os princípios do Direito das Sucessões, devidamente acomodados na ponderação que o legislador – imbuído de legitimação democrática – elaborou previamente ao julgamento de qualquer caso concreto.

Importa aos fins desta dissertação ressaltar, por fim, um aspecto central do raciocínio de Robert ALEXY. Trata-se da preeminência, considerada a necessária vinculação entre a argumentação a partir dos cânones argumentação jurídica e o Direito posto, da interpretação que valorize essa vinculação. Essa vinculação é exemplarmente fortalecida através da interpretação semântica – di-lo o próprio ALEXY, ao elaborar a “regra pragmática” de harmonização dos cânones, segundo a qual o teor literal da lei prevalece sobre outros argumentos, a não ser que se possam aduzir motivos racionais que concedam prioridade aos outros argumentos.

Acreditamos que a adoção dos “cânones da interpretação”, na qualidade de lente analítica de nossa hipótese científica, não ofereceu motivos racionais à desvinculação, por parte do intérprete/aplicador, das hipóteses legislativamente

selecionadas como aptas à deflagração da indignidade sucessória. As conclusões declinadas, principalmente nos cânones da interpretação sistemática e da interpretação teleológica, confirmam, a nosso ver, o necessário respeito à literalidade do art. 1.814 do CC. Isso posto, sigamos na análise dos demais argumentos em busca da fundamentação de nossa negativa.

4.3.2.3 Argumentação dogmática

No capítulo segundo, registramos que Robert ALEXY adere a um critério pragmático na definição do que viriam a ser enunciados dogmáticos: "um enunciado é um enunciado da dogmática se é estabelecido, aceito, ou, ao menos, discutido no marco de uma ciência jurídica que funcione institucionalmente"[564]. O autor exemplifica com quatro clássicas teorias – admitidas na literatura jurídico-penal da Alemanha e respeitando o teor literal do StrGB (Código Penal alemão) – a respeito da materialidade do crime de furto, afirmando que um juiz que decidisse a partir de uma quinta teoria, nunca antes aventada, não estaria decidindo a partir de um enunciado dogmático. Voltamos a esse ponto.

Esses aspectos dizem de perto com o que ressaltamos no item "2.1.1.3", isto é, a respeito da "dimensão dogmático-jurídica", mormente no que tange ao caráter permanentemente refutável dos argumentos dogmáticos[565]. Trata-se de reconhecer, como afirmamos em nosso recorte metodológico, o caráter não-dogmático (no sentido onto-teológico do vocábulo) da argumentação dogmática racionalmente considerada, ou, na elegante expressão de BACHOF, a "provisionalidade do conteúdo de verdade dos dogmas jurídicos" *("Vorläufigkeit des Wahrheitsgehalts juristischer Dogmen")*[566].

Tudo isso para dizer que a nossa conclusão no sentido da impossibilidade do Poder Judiciário brasileiro estender as hipóteses do art. 1.814 do CC – atribuindo

---

[564] Trata-se de tradução livre do trecho contido em ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 317.

[565] ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation:* die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 325: *"Die Abhängigkeit der Dogmatik von der allgemeinen praktischen Argumentation bedeutet, daß die Sätze der Dogmatik keinesfalls unumstößlich sind. Sie sind keine Dogmen im herkömmlichen Sinne".*

[566] BACHOF, Otto von. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. In: *Veroeffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre.* n.º 30. Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 198. Tradução livre.

a pecha de indignidade a quem não tenha perpetrado nenhum dos atos lá descritos, ou a quem não seja herdeiro ou legatário –, conquanto seja provisória no campo da argumentação dogmático-jurídica, não é desprovida de sentido.

O conteúdo semântico da expressão "dogmática jurídica", como fizemos questão de ressaltar no terceiro capítulo desta dissertação, não encontra consenso doutrinário. Sinteticamente, de acordo com ALEXY, há que se entendê-la como "ciência do Direito no sentido mais estrito e próprio". Esse sentido mais estrito e próprio pode ser bem sintetizado nas diferentes funções da Dogmática Jurídica apontadas por Robert ALEXY:

(1) "função estabilizadora" (*"stabilisierende Funktion*"), a qual se relaciona com a solução de determinado problema jurídico e a sua reprodutibilidade em outros casos, decorrência direta da igualdade jurídica. Trata-se de, nos termos do "princípio da inércia" argumentativa, de reconhecer, não que enunciados dogmáticos uma vez aceitos e consolidados pelo tempo deverão ser observados para todo o sempre, mas que não pode ser abandonado abruptamente;

(2) "função de descarga" (*"Entlastungsfunktion*"), que constitui desdobramento da função estabilizadora, na medida em que postula a desnecessidade, sem uma razão especial, de nova comprovação dos enunciados. Embora a "função de descarga" ganhe especial relevo na *práxis* do Poder Judiciário, o qual trabalha sob pressão de tempo, sua importância sobreleva igualmente nas discussões acadêmicas, nas quais é impossível discutir todas as premissas o tempo todo;

(3) "função técnica" (*"technische Funktion*"), que assume a premissa de que o conhecimento de um objeto não prescinde de sua penetração conceitual-analítica, de forma que a dogmática desempenha uma função de informação, promovendo a capacidade de transmissão do conhecimento jurídico. Essa função assume que é necessário construir conceitos básicos de caráter geral (institutos jurídicos, instituições jurídicas, categorias jurídicas) de maneira a expor, sintética e panoramicamente, as suas relações sistemáticas;

(4) “função de controle” (“*Kontrollfunktion*”) ilustra com propriedade o maior objetivo da opção metodológica que fizemos nesta dissertação: assegurar os necessários caracteres da isonomia e da previsibilidade na aplicação do Direito; e, por fim, a

(5) “função heurística” (“*heuristische Funktion*”), a qual diz com o fato de os enunciados dogmáticos representarem um consolidado conjunto de soluções, distinções e pontos de vista que não apareceriam se a cada problema jurídico tivéssemos de começar tudo de novo.

Os ensinamentos doutrinários que colacionaremos ao longo deste item devem ser compreendidos a partir das cinco funções suprarreferidas, isto é, atribuindo, à maciça adesão doutrinária ao caráter taxativo das hipóteses de indignidade sucessória, a força própria do “princípio da inércia argumentativa”. Analisemos a lição dos autores colacionados.

A doutrina civilística, à época do Código Civil de 1916, ao interpretar as hipóteses de indignidade sucessória, então contempladas no art. 1.595, convergia à conclusão de que se tratava de um rol exaustivo, não meramente exemplificativo[567]. Convém fazer o registro textual de alguns doutrinadores que formavam esse consenso doutrinário. Referencial da época, Clóvis BEVILÁQUA concluiu: *“De que a indignidade se deve considerar uma pena privada, resulta: 1º que as suas causas não pódem ser outras, senão, exclusivamente, as indicadas na lei; 2º que os seus effeitos directos não pódem ir além da pessôa do indigno”*[568].

O professor Carvalho dos Santos, no mesmo sentido, anotava que

---

[567] Exemplificativamente, citamos: BARROS, Hermenegildo de. Do direito das sucessões. In: LACERDA, Paulo. *Manual do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacinto R. Santos, 1918. n.º 227. Volume XVIII; GOMES, Orlando. *Sucessões.* 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 34; ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de direito das successões.* 2.ed. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1929. p. 112; MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. p. 104, n.º 65. Volume I; MIRANDA, Darcy Arruda. *Anotações ao Código Civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 650. Volume 3; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil.* 31.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 58-59. Volume 6; NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária.* Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 81. Volume II; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 37. Volume 6; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* 3.ed. São Paulo: RT, 1984. p. 124. Tomo LV; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil.* 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 45. Volume 7.

[568] BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das successões.* 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 80. Mantivemos a grafia original.

> [A] indignidade, como pena que é, imposta ao herdeiro que incorre em determinados atos contra o autor da herança, não alcança outros casos senão os taxativamente enumerados no Código, não podendo pois, por analogia ou paridade, excluir-se de sucessão herdeiro ou legatário nenhum além dos expressamente nomeados no texto[569].

Em uma das raríssimas monografias dedicadas especificamente ao tema, encontramos a dissertação de mestrado de Marcelo Fortes BARBOSA FILHO, defendida em 1993 perante banca examinadora da Universidade de São Paulo (USP). O livro oriundo da publicação desse trabalho, contando com pouco mais de cem páginas, deu-nos a satisfação de dedicar dois parágrafos – considerada uma média de duas linhas, nas demais obras – ao caráter taxativo das hipóteses contempladas pelo art. 1.595 do Código Civil de 1916. Dado o seu caráter elucidativo, transcrevemos:

> A indignidade cria uma restrição ao direito de sucessão, excluindo-o sempre de maneira específica e delimitada. Outrora, os casos de indignidade, que ensejavam a exclusão da sucessão, eram numerosos e encontravam-se espalhados em meio à legislação, restando, hoje, restritos aos três incisos do art. 1.595 do vigente Código Civil; dispositivos que não permitem qualquer integração pela via analógica ou, ainda, interpretação extensiva, dadas as conseqüências drásticas da consecução de qualquer das hipóteses previstas. Criada uma disposição de ordem excepcional e extintiva de direitos subjetivos comuns à generalidade das pessoas, a enumeração legal feita deve ser considerada taxativa (em *numerus clausus*), vedado qualquer alargamento, mesmo que, supostamente, venha a ser praticado ato ofensivo de maior gravidade que o previsto pelo dispositivo existente[570].

A transcrição se impôs, fundamentalmente, em razão do emprego (engenhoso) do advérbio “supostamente”. No escritor de gênio, a frase é rica do que ele não disse[571]. Essa constatação traz à baila, mais uma e necessária vez, o objetivo a que dedicamos este trabalho: ato ofensivo “de maior” gravidade implica comparação, juízo de valor. O magistrado, ao julgar procedente uma ação de indignidade sucessória, ou se restringe às situações que o legislador elegeu como graves – admitidas, como já deixamos claro, as discussões próprias da justificação interna –, ou avoca para si a eleição com as modificações que julgar pertinentes.

Importa-nos destacar que qualquer postura adotada – independentemente do nome que se lhe dê – deve se ater a um procedimento racional de argumentação, timbrado pelo adjetivo “jurídico”. Como salientamos em nosso corte epistemológico,

---

[569] CARVALHO DOS SANTOS, J.M. *Código Civil brasileiro interpretado.* 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 211. Volume XXII.

[570] BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. *A indignidade no direito sucessório brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 1996. p. 27-28.

[571] GUITTON, Jean. *Nova arte de pensar.* Tradução de Gabriel Martin. São Paulo: Paulinas, 1964. p. 72.

o tratamento que julgamos mais consentâneo co'a fundamentação jurídica racionalmente controlável é aquele que diz com a dimensão jurídico-dogmática da indignidade sucessória. Um desvio discursivo em direção a argumentos exclusivamente filosóficos, históricos ou sociológicos – sem implicação de argumentos retirados do ordenamento jurídico posto – importa em escolha/preferência subjetiva do intérprete e, *ipso facto,* sofre um déficit de legitimação democrática.

A atual doutrina brasileira demonstra claríssima tendência a repetir, em uníssono tom, aquilo que foi consagrado, conforme demonstramos no primeiro capítulo, já no Direito Romano pós-clássico: as hipóteses de indignidade sucessória, legalmente previstas, não são passíveis de extensão pelo Poder Judiciário[572]. Nessa cepa de juristas, os quais analisam o vigente CC, convém explicitar textualmente alguns trechos elucidativos.

O professor Zeno VELOSO, por exemplo, ao analisar o art. 1.814, faz questão de registrar que as *"causas de indignidade, no vigente direito brasileiro, são, apenas, três, e a matéria exige interpretação estrita e textual, não se compadecendo com analogias ou extensões"*[573].

Em outra oportunidade, o mesmo professor registrou:

> Os casos em que pode ocorrer a exclusão da sucessão são só os apontados na lei, indicados exaustivamente nos três incisos do art. 1.814. A exclusão é uma pena civil. A interpretação dos dispositivos que a regulam tem de ser restrita – o que não quer dizer que se deva escravizar à letra da norma -, não se compadecendo o tema com analogias e ampliações[574].

O professor Arnaldo RIZZARDO, por sua vez, registra que "*[E]mbora outros possam existir, e talvez com maior gravidade, não podem trazer a mesma*

---

[572] ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856). In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). *Código civil comentado.* São Paulo: Atlas, 2003. p. 157. Volume XVIII; AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Inventários e partilhas.* Direito das Sucessões. 22.ed. São Paulo: LEUD, 2009. p. 54; CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões. 2.ed. In: CAMBLER, Everaldo (coord.). *Curso avançado de direito civil.* São Paulo: RT, 2003. p. 143. Volume VI; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil.* 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 158. Volume XXI; PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária.* 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 120; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Uma introdução ao fenômeno jurídico sucessório. In: _____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 615; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil.* 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 54. Volume 7.

[573] VELOSO, Zeno. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 308. Volume 21.

[574] VELOSO, Zeno. Direito das sucessões. In: FIUZA, Ricardo (org.). *Novo código civil comentado.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.689.

cominação. Unicamente os previstos na lei possuem o caráter de afastar o herdeiro da sucessão"[575].

Em igual sentido, sustentam Francisco José CAHALI e Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA que o

> art. 1.814 do Código Civil estabelece, taxativamente, as causas que autorizam a exclusão de herdeiros ou legatários da sucessão, não podendo, por se tratar de rigorosa sanção civil, merecer aplicação por analogia ou interpretação extensiva a outros casos não expressamente previstos[576].

Guilherme Calmon Nogueira da GAMA afirma, expressamente, que *"o art. 1.814, CC, elenca o rol dos casos de indignidade; a enumeração é taxativa (não comporta integração por via de analogia, nem cabe interpretação extensiva)"*[577].

Carlos Roberto GONÇALVES, malgrado não se mantenha fiel a essa diretriz ao longo de toda a análise da categoria da indignidade sucessória, afirma textualmente que "os atos ofensivos que a caracterizam encontram-se enumerados de forma taxativa no art. 1.814 retrotranscrito, não comportando interpretação extensiva ou por analogia. Não se pode, portanto, ampliar tal pena a situações não expressamente previstas"[578].

Maria Helena DINIZ, de sua vez, sustenta que *"Como se trata de uma pena civil, a exclusão por indignidade só pode ocorrer nos casos expressamente mencionados em lei, não comportando interpretação extensiva ou aplicação analógica ante o princípio nulla poena sine lege"*[579].

Em rara obra monográfica que tangenciou a indignidade sucessória na vigência do CC, temos a afirmativa de Salomão de Araújo CATEB:

> a indignidade é uma pena imposta ao herdeiro que incorre em determinados atos contra o autor da herança, não alcança outros casos senão os taxativamente enumerados no CC,

---

[575] RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 89.

[576] CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões.* 3.ed. São Paulo: RT, 2007. p. 108.

[577] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil.* Sucessões. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 68. Volume 7.

[578] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro.* Direito das sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114. Volume 7. Linhas a frente, na mesma página, o autor faz alusão genérica à doutrina italiana para concluir, por exemplo, que "malgrado não prevista especificamente a hipótese, a instigação ao suicídio deve equiparar-se ao homicídio, para efeito da indignidade". O autor não apresenta qualquer justificativa a respeito da aplicabilidade dessa distinção italiana – atribuída a Antonio Cicu, em cuja obra não encontramos o conteúdo referido – ao CC ou ao direito brasileiro.

[579] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro.* Direito das sucessões. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66. Volume 6.

não podendo, pois, por analogia ou paridade, excluir-se de sucessão herdeiro ou legatário nenhum, além dos expressamente nomeados no texto.[580]

Nas linhas iniciais deste item, salientamos o exemplo dado por ALEXY: a existência de quatro clássicas teorias – admitidas na literatura jurídico-penal da Alemanha e respeitando o teor literal do StrGB (Código Penal alemão) – a respeito da materialidade do crime de furto, a partir do que o autor afirma que um juiz que decidisse a partir de uma quinta teoria, nunca antes aventada, não estaria decidindo a partir de um enunciado dogmático. Mais do que isso, estaria agindo em desfavor das funções globais da dogmática jurídica, solapando a referida "função de controle" ("*Kontrollfunktion*").

No que se refere à nossa hipótese científica, estamos em condições de afirmar que o magistrado que julgue improcedente o pedido de condenação, veiculado em ação judicial de indignidade sucessória, tendo como causa de pedir hipótese não contemplada no art. 1.814 do CC, prescinde – em virtude da "função de descarga" ("*Entlastungsfunktion*") da dogmática civil brasileira – de extensa argumentação jurídica.

Ao contrário, nas mesmas circunstâncias do parágrafo anterior, um magistrado que pretenda contrariar a tradição doutrinária brasileira – reconhecendo, portanto, indignidade sucessória a quem perpetrou hipótese não prevista no art. 1.814 do CC – deve, acima de tudo, se desonerar do peso da argumentação ("função estabilizadora" ou, no vernáculo, *"stabilisierende Funktion*"), fazendo um esforço argumentativo – hercúleo, reconheça-se, em face dos autores declinados ao longo deste item – de modo a contrariar as razões que fundamentam essa tradição doutrinária.

Algum leitor açodado poderia supor que as afirmações que viemos de lançar aproximam a dimensão dogmático-jurídica da indignidade sucessória, no marco teórico adotado nesta dissertação, daquela concepção onto-teológica – fossilizada e imutável – de dogmática, descrita no segundo capítulo. Algumas razões nos levam a crer que essa impressão é absolutamente equivocada. A análise do único referencial bibliográfico, de que tomamos conhecimento no cenário brasileiro, que defende a extensão judicial das hipóteses de indignidade sucessória demonstrará essas razões.

---

[580] CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e indignidade no direito sucessório brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 53.

Segundo Maria Berenice DIAS, todos os que podem ser beneficiados com a herança e agirem contra o seu titular podem ser excluídos da sucessão, e não somente sucessores. De acordo com essa linha, por exemplo, quem atenta contra a vida do autor da herança não merece ser contemplado com o seu acervo hereditário, seja a que título for, descabendo a limitação da indignidade exclusivamente aos atos praticados por herdeiros. Em suas palavras:

> Impositivo reconhecer que o elenco legal não é taxativo e que lei consagra um princípio: a pessoa que atenta contra a vida de outrem não pode ser beneficiada com o seu patrimônio. Não importa se o autor detém ou não a condição de herdeiro. Sempre que houver possibilidade de locupletamento indevido, simplesmente não pode ser beneficiado.
> [...]
> É uníssona a doutrina em reconhecer como taxativa a enumeração legal, constituindo *numerus clausus*, de modo a não ser possível identificar fatos outros como indignos. Também é neste sentido a jurisprudência. O fundamento para esta interpretação restritiva é que as condutas que levam à exclusão do direito sucessório são tipificadas no âmbito do direito penal, onde vigora o princípio de proibição da analogia in malam parte, ou seja, contra o autor do delito.
> [...]
> A escolha feita pelo legislador dos delitos aptos ao reconhecimento da indignidade é absolutamente desarrazoada, reproduzindo preocupação para lá de antiquada e conservadora, pois prioriza a imagem social, deixando fora do elenco crimes outros que têm repercussão muito mais danosa à pessoa da vítima. Injustificável a tentativa de limitar as causas a um rol de acontecimentos, como se fosse possível prever todas as atitudes que autorizam a exclusão. Como a indignidade depende de reconhecimento judicial, de todo dispensável a enumeração legal. Melhor seria delegar ao juiz o encargo de identificar se o agir do herdeiro justifica a aplicação da pena.[581]

Já tivemos o ensejo de registrar, em diversas passagens desta dissertação, nossa contrariedade ao entendimento declinado no excerto suprarreferido. Como já repetimos, exaustivamente, um dos obstáculos frontais dos propósitos desta dissertação consiste no arbítrio judicial. Caracterizar a legislação posta como "antiquada e conservadora", atribuindo-lhe a intenção de "priorizar a imagem social", não passa de opinião, da qual, respeitosamente, discordamos. Nossa discordância, contudo, pretende buscar apoio em argumentos próprios da Ciência do Direito; não em impressões subjetivas. É por essa razão que enfrentaremos, neste espaço, tão somente os argumentos jurídicos da autora.

Para exemplificar sua posição, Maria Berenice DIAS aduz que "*seria absurdo excluir da sucessão o filho que injuria a mãe e contemplá-lo com direito sucessório se ele a estuprou. O jeito de evitar esse não senso é reconhecer o estupro como prática de crime contra a honra, ainda que não o seja*"[582].

---

[581] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 292-293.
[582] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 292.

Quando da análise pertinente ao cânone da interpretação sistemática, divisamos, à luz das duas categorias jurídicas de exclusão da herança dependentes da conduta do herdeiro conhecidas pelo direito brasileiro, uma resposta dogmática à louvável inquietação da autora: é facilmente subsumível, a hipótese de estupro, ao primeiro inciso do art. 1.962 do CC (ofensa física). Na hipótese aventada, a mãe estuprada dispõe da faculdade da deserdação, cuja expressão testamentária poderá alijar o filho estuprador da herança. Não é necessário, sequer, ajuizamento da ação de indignidade sucessória.

A respeito do requisito objetivo previsto no primeiro inciso do art. 1.814, a autora afirma: *"Ainda que a lei fale em homicídio, fica excluído quem comete delitos contra a vida. Portanto, cabe incluir como causa de indignidade o induzimento ao suicídio, a eutanásia e o infanticídio"*[583]. O emprego do verbo "caber" instiga a imaginação: seria o "homicídio" um conceito indeterminado ou componente de certa cláusula geral? O raciocínio da autora parece partir da premissa de que o CC é assistemático, dissociado do conjunto normativo brasileiro. Noutras palavras, esse raciocínio pressupõe a indiferença do legislador civil à plêiade de tipos incriminadores na vasta legislação penal brasileira. Um breve olhar sobre o texto do CC não permite essa assunção.

Tomemos, do Direito Societário, o art. 1.011 do CC, cujo exemplo não nos vem à toa – em seu primeiro parágrafo, o referido dispositivo encerra grave restrição ao direito de administração da sociedade simples:

> Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.
> § 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

O exemplo não nos vem à toa porquanto, tal qual na categoria jurídica da indignidade sucessória, se trata de hipótese restritiva de direitos, ao qual o legislador houve por bem atribuir uma explicitação pormenorizada de suas hipóteses de incidência. O legislador não elegeu qualquer crime; antes, sinalizou um nexo de

---

[583] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 293.

incompatibilidade entre a prática de certos crimes – contra as relações de consumo, contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra a fé pública e contra a propriedade – e a administração das pessoas jurídicas de direito privado que operam na atividade econômica.

A autora de que estamos a tratar não aponta o fundamento pelo qual nega a aplicação paralela desse raciocínio à indignidade sucessória, isto é, não enfrenta a possibilidade de que o legislador queira, tão somente, privilegiar a autonomia privada do autor da herança (amplamente tutelada pela faculdade de deserdar), só intervindo na excepcionalíssima hipótese de atentado doloso contra a vida, cuja consumação implicaria a impossibilidade mesma do exercício dessa autonomia.

Ambas categorias jurídicas restritivas – indignidade sucessória e impedimento à administração – empregam a cuidadosa técnica redacional: os crimes são individualizados pelo legislador, sugestionando a técnica restritiva de interpretação. Com relação às hipóteses nas quais o empresário se encontra impossibilitado de exercer a administração, cumpre registrar que a doutrina comercialista atesta a imperiosidade de se adotar interpretação restritiva, incompatível com o raciocínio analógico[584]. Reflitamos sobre a proposta da autora: se o legislador individualizou todos os crimes que julgou aptos à privação do direito à administração da sociedade simples, a solitária previsão do “homicídio doloso” no art. 1.814 teria sido um lapso na confecção do CC?

Assumir essa premissa, com o devido respeito, implica duas presunções contra as quais nos insurgimos: uma presunção técnica, segundo a qual o Poder Legislativo não domina as categorias jurídicas, tratando-as de maneira assistemática; e uma presunção institucional, segundo a qual o Poder Judiciário, em face dessa atecnia, pode refazer as valorações do Poder Legislativo.

O ambiente dogmático em que se discute nossa temática, conforme descrito ao longo deste item, demonstra uma bem formada maioria no sentido da impossibilidade de extensão judicial das hipóteses de indignidade sucessória. Parássemos nossa análise nesse dado estatístico, seguindo a metodologia de

---

[584] Nesse sentido, exemplificativamente, confira-se a prestigiada obra de VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial.* Teoria geral das sociedades. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 325. Volume 2. Na mesma direção, referindo-se à “"enumeração legal de pessoas impedidas de exercer o cargo de administrador", confira-se WALD, Arnoldo. Do direito de empresa. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 171. Volume XIV.

ALEXY, estaríamos no direito de afirmar que um magistrado brasileiro, o qual promovesse a extensão judicial de alguma das hipóteses de indignidade sucessória, não estaria decidindo a partir de um enunciado dogmático. Noutras palavras, ao partir de uma hipótese teórica nunca antes aventada, o magistrado se descompromete com a racionalidade de sua jurisdição e os respectivos efeitos democráticos que daí decorrem (isonomia entre os jurisdicionados, por exemplo).

Nessa linha de pensamento, convém relembrar que o terceiro capítulo desta dissertação demonstrou que Robert ALEXY incorpora em sua teoria da argumentação jurídica a constatação óbvia (segundo a qual a repetição indefinida dessa situação implicaria o engessamento eterno da jurisprudência) e a respectiva solução: a alteração jurisprudencial é plenamente aceitável, desde que seja preservada a racionalidade desse procedimento. A racionalidade, nos termos aqui propostos, perpassa, de um lado, o reconhecimento da força inercial dos argumentos até então prevalentes e, de outro, a necessária fundamentação da nova posição.

Nesses termos, exemplificativamente, se um estudo pioneiro suscitasse novas possibilidades interpretativas a respeito de determinada categoria do Direito das Sucessões, aduzindo argumentos que, a um só tempo, não fossem conhecidos e demonstrassem a inadequação dos argumentos precedentes, estimularia o debate científico, de cujo aprofundamento se ocuparia a Academia. Somente após a consolidação desse embate de idéias – como sói ocorrer na Ciência do Direito – haveria substrato teórico suficientemente amadurecido à evolução jurisprudencial. Em síntese: a teoria da argumentação jurídica selecionada não defende que proposições dogmáticas e/ou jurisprudenciais devam ser imutáveis; antes, que não podem ser simplesmente abandonadas.

Como pretendemos ter demonstrado nos últimos parágrafos, a posição isolada da autora – inspirada, reconheça-se, pelos mais nobres sentimentos – não se coaduna com a racionalidade que descrevemos porque, ao passo que pretende se divorciar da tradição doutrinária a que pertence, não oferta fundamentos jurídicos suficientes à remoção do peso inercial imposto por essa mesma tradição. Isso posto, busquemos suporte de nossa hipótese científica no próximo passo metodológico, qual seja a utilização do que ALEXY denomina de formas especiais de argumentos jurídicos.

4.3.2.4 Formas especiais de argumentos jurídicos[585]

Por "formas especiais de argumentos jurídicos" ("*speziellen juristischen Argumentformen*"), ALEXY entende as antigas técnicas d"*a analogia, o argumentum e contrario*, o *argumentum a fortiori* e o *argumentum ad absurdum*". Todas as formas especiais de argumentos jurídicos, segundo o autor, podem ser expressas como formas de inferência logicamente válidas – essa possibilidade as situa no marco de uma teoria da argumentação jurídica timbrada pela racionalidade. O propósito de testar a validade lógica dessas inferências implica, não raro, recorrer a outros tipos de argumentos (dogmáticos, por exemplo), os quais, por sua vez, são contestáveis nos termos já aqui expostos. A racionalidade desse proceder é assegurada na exata medida dessa possibilidade de contestação.

Para os propósitos desta dissertação, será mais proveitoso que submetamos nossa hipótese ao seguinte questionamento: se o fato de o legislador atribuir aos suportes fáticos determinados efeitos jurídicos jamais impediu o desenvolvimento teórico de argumentos jurídicos especiais, tal como a analogia, esse expediente seria aplicável às hipóteses de indignidade sucessória? Para responder à pergunta de forma coerente com nosso paradigma teórico, convém que encaixemos o procedimento interpretativo que estamos combatendo no exemplo fornecido por ALEXY no terceiro capítulo. Assim, levando em conta o inciso I do art. 1.814 do CC[586], consideremos que exista uma linha reta de descendência entre “A” (avô), “B” (filha) e “C” (neto):

---

[585] Na tradução espanhola, a expressão "*speziellen juristischen Argumentformen*" foi traduzida como “*formas de argumentos juridicos especiales”* (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* La teoria del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 266). Em nossa forma de ver, o adjetivo “especial” se refere às formas de argumentos (não aos argumentos propriamente ditos), daí a expressão registrada no corpo do texto.

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

(1) se “B” cometesse o crime “homicídio doloso” contra “C”, então seriam aplicáveis a “B” o art. 1.814 e seguintes do CC, de modo que “B” estaria excluída da sucessão de “A”;

(2) se "B", em estado puerperal, retira a vida de “C” logo após o nascimento, então "B" praticou um ato semelhante a homicídio doloso;

(3) se "B” praticou um ato semelhante a “homicídio doloso” contra “C”, então são aplicáveis a “B” o art. 1.814 e seguintes do CC, de modo que “B” está excluída da sucessão de “A”.

De acordo com o esquema apresentado, clarifica-se que o autêntico problema do pensamento analógico não se encontra na inferência de (3) a partir de (1) e (2), senão na fundamentação de (1) e (2). A assertiva (3) é o último, e mais simples, passo de uma sucessão antecedente, a necessitarem – todos – de fundamentação. A fundamentação da premissa (2) implica argumentos de outra natureza; a obtenção de (3) resume-se a simples exercício de subsunção. Daí a observação de Ulrich KLUG, segundo a qual a terceira etapa não é uma "inferência analógica", mas uma "inferência com a qual se conclui o procedimento jurídico da analogia".

A conclusão é inevitável e deveras relevante para os propósitos desta dissertação: a premissa (2) não é passível de extração direta da lei, mas demanda valoração a respeito de quais características comuns serão qualificadas como relevantes. No caso específico, existe um complicador evidente: as características comuns a serem qualificadas enfrentam um óbice de caráter legislativo, isto é, a qualificação a partir da qual o próprio legislador diferenciou “homicídio doloso” de “infanticídio”.

Essa valoração traz consigo toda a problemática do “princípio da universalizabilidade” (“*Universalisierbarkeitsprinzip*”) e sua estreita relação com a igualdade. Nas palavras de ALEXY, "os supostos de fato que são semelhantes sob o ponto de vista jurídico devem ter as mesmas conseqüências jurídicas".

A avaliação, pois, pertence ao plano jurídico; deslizá-la até o plano das discussões filosóficas e sociológicas é um procedimento – como demonstramos na primeira parte desta dissertação – que deixa a desejar, em termos de legitimidade,

---

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

em comparação com o plano dogmático. Se o homicídio doloso pode assumir, em seus atos executórios iniciais, os mesmos contornos fáticos da lesão corporal culposa, o mesmo não se pode dizer a respeito de “semelhança jurídica”. O próprio CP assim o demonstra, ao atribuir a essas condutas a previsão incriminadora em tipos diversos, bem como distinta cominação de pena.

O raciocínio pode ser estendido a outros exemplos de crimes, tão aviltantes à pessoa com quem o agressor mantém relação jurídico-sucessória quanto a lesão corporal, como os crimes contra a dignidade sexual ou os crimes contra o patrimônio perpetrados com violência ou grave ameaça. A distinção – sinalizada pelo emprego de terminologia específica, registrando “homicídio doloso”, quando poderia ter utilizado “crimes contra a vida” ou “crimes contra a pessoa”, os quais abarcariam uma gama extraordinariamente maior de tipos penais – entre as hipóteses referidas, ao menos no plano jurídico-penal, é de luminosa evidência.

O conjunto argumentativo que recolhemos nos últimos itens – atinentes aos cânones da interpretação sistemática e da interpretação teleológica, bem como aos argumentos dogmáticos – já sinalizou a inviabilidade da extensão judicial das hipóteses de indignidade sucessória. Neste item, dedicado à verificação das etapas lógicas da interpretação analógica, estamos em condições de encaixar aqueles dados em um contexto mais específico: existem razões sistemáticas, teleológicas e dogmáticas que obstaculizam a extensão (judicial) analógica das hipóteses de indignidade sucessória.

Esses obstáculos, contudo, não se opõem exclusivamente àquele último e conclusivo passo do procedimento analógico (3); dizem respeito, antes, a um passo metodologicamente precedente, isto é, (2) à inexistência de similitude jurídica entre os pressupostos legislativos que se querem comparar. Retomando o exemplo aduzido por doutrina minoritária, apontada no item respeitante aos argumentos dogmáticos, não há como sustentar a similitude jurídica entre os crimes de homicídio e infanticídio, pelas razões já expostas.

A resposta negativa que julgamos adequada à pergunta com que inauguramos este item pode ser aprofundada, com proveito aos propósitos desta dissertação, até a oposição que a doutrina identifica entre a possibilidade da analogia – a forma especial de argumentos jurídico a que se dedica este item – e o caráter taxativo que orienta a interpretação de determinados ramos do Direito. Esse aprofundamento, contudo, demanda o prévio esclarecimento de alguns

pressupostos teóricos complementares à teoria da argumentação jurídica adotada, dos quais passamos a nos ocupar.

A interpretação analógica se contrapõe ao que já se denominou de "princípio da taxatividade" (ou "princípio da tipicidade"[587]). Essa tensão pode ser exemplarmente verificada em dois ramos jurídicos em especial: o Direito Penal[588] e o

---

[587] A diferença entre as nomenclaturas, malgrado não obstaculize a hipótese científica desenvolvida nesta dissertação, merece um esclarecimento. O substantivo "tipo", bem como suas respectivas traduções em latim e nas línguas italiana, francesa e alemã, se reveste de alta densidade filosófica no contexto ocidental. Confira-se, por exemplo, BRUGGER, Walter. *Dicionário de filosofia.* Traduzido por Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, 1962. p. 523. No âmbito do Direito, o conceito se apresenta como uma via possível do pensamento metodológico-jurídico, em oposição à metodologia escolástico-dedutiva de cariz racionalista. Nessa ordem de idéias, ao contrário da fungibilidade terminológica que a doutrina brasileira tem sustentado, o estudo sério da Teoria Geral do Direito ensina que "tipo" (conceito de ordem) contrapõe-se a "conceito" (conceito de classe). Contra o caráter limitante do "conceito" classificatório (estimulado, por exemplo, pelo tratamento aristotélico das ciências naturais), o "tipo" surgiu como uma proposta de ordem mais adequada para captar as fluidas transições da vida. Ao passo que os tipos se interpenetram em ordenação gradativa, sem limites rigorosos, os conceitos de classe se dividem de maneira rígida, denotando com precisão os objetos classificados. Na síntese de Misabel Derzi, são notas próprias da concepção tipológica *"certa temporariedade ou fluidez em seus contornos, a indefinibilidade, a totalidade da imagem decisiva para seu reconhecimento, a abertura ao real o que a faz mais concreta e próxima da realidade do que o conceito classificatório e a aptidão para ordenar os fenômenos através da comparação, sem rígidos cortes de secção. Há quem fale em tipos abertos e tipos fechados. O tipo fechado não se distingue do conceito classificatório, pois seus limites são definidos e suas notas rigidamente assentadas. [...] os tipos são abertos, necessariamente abertos [...] quando o Direito 'fecha' o tipo, o que se dá é a sua cristalização em um conceito de classe. Nesse contexto, a expressão 'tipo fechado' será uma contradição e uma impropriedade"* (DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo.* 2.ed. São Paulo: RT, 2007. p. 58). A autora bem demonstra, nessa obra seminal no tratamento do assunto, a impropriedade técnica em que incorrem os juristas quando – ao fazerem referência ao caráter taxativo que a CF impõe, seja às hipóteses incriminadoras (art. 5º, XXXIX), seja à instituição ou aumento de tributos (art. 150, I) – afirmam que o Direito Penal e o Direito Tributário obedecem ao "princípio da tipicidade". Em verdade, a metodologia a que pretendem aludir diz com o pensamento classificatório, não com o pensamento tipológico. Para essas observações, com aprofundada bibliografia, confiram-se os capítulos quarto, quinto e sexto de DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo.* 2.ed. São Paulo: RT, 2007. p.113-363, *passim.* Em face dessas referências teóricas, preferimos, nesta dissertação, questionar a "taxatividade" das hipóteses de indignidade sucessória, evitando, destarte, os inconvenientes teóricos no uso de "tipicidade".

[588] Na doutrina penal brasileira, o caráter restritivo que se deve empregar na hermenêutica nutre umbilical relação conceitual com o "princípio da legalidade estrita". Por todos, confira-se o amplo desenvolvimento realizado por HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 14. Volume I: *"A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito. Sub espécie juris, não existe crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. NULLUM CRIMEN, NULLA POENA PRAEVIA LEGE POENALI. A LEI PENAL É UM SISTEM FECHADO: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos princípios gerais do direito, ou pelo costume. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal (ciência pré-jurídica), só uma lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las. Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do minimum de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a parte objecti e a parte subjecti, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas in abstracto pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal".* Confira-se, ainda, especificamente com relação à proibição de analogia em desfavor do réu, o texto de PIERANGELI,

Direito Tributário[589]. O extraordinário desenvolvimento que a temática experimentou nesses dois ramos jurídicos se deve à natureza mesma da atividade do Estado em relação ao indivíduo. Isto é, à proporção em que cresce a necessidade de segurança jurídica, avultam normativamente os princípios da legalidade estrita, segurança jurídica, uniformidade e praticidade, fechando-se a tipologia em classificação; o tipo, em conceito[590].

Os dois ramos com que exemplificamos a tensão entre a analogia e a taxatividade são escolasticamente alocados no Direito Público, no qual a intervenção da lei no controle da ação estatal é vista como garantia e defesa da esfera privada. Segundo Misabel DERZI, em contraposição, o Direito Privado – em que a regulação legal excessiva é indício de redução e limitação à liberdade individual – seria campo fértil à utilização dos tipos, não dos conceitos[591].

A predominância da autonomia privada, contudo, não significa que todos os institutos privados sejam alheios à taxatividade. Reversamente, a segurança e a estabilidade exigidas no tratamento de determinadas relações jurídicas podem levar ao fechamento dos tipos em conceitos. Em doutrina portuguesa, José de Oliveira ASCENSÃO exemplifica com os Direitos Reais: ao passo que os fatos constitutivos desses direitos (contrato, testamento, usucapião, etc.) podem ser tipologicamente vários (*numerus apertus*), a eficácia jurídico-real deles dimanada (as categorias de

---

José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal.* 6.ed. São Paulo: RT, 2006. p. 152 *et seq*. Volume I.

[589] Cite-se, exemplificativamente, o esclarecedor excerto retirado de AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 112-113: *"O nascimento da obrigação tributária não depende da vontade da autoridade fiscal, nem do desejo do administrador que tivesse a veleidade de ditar o que deve ser tributado, ou em que medida ou circunstâncias o tributo deve ser recolhido. Isso leva a uma outra expressão da legalidade dos tributos, que é o princípio da tipicidade tributária, dirigido ao legislador e ao aplicador da lei. Deve o legislador, ao formular a lei, definir, de modo taxativo (numerus clausus) e completo, as situações (tipos) tributáveis, cuja ocorrência será necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, bem como os critérios de quantificação (medida) do tributo. Por outro lado, ao aplicador da lei veda-se a interpretação extensiva, a analogia, incompatíveis com a taxatividade e determinação dos tipos tributários".* No mesmo sentido, analisando a extensão do brocardo *nullum tributum sine lege,* Alberto Xavier identifica "*o imperativo de que todos os elementos necessários à tributação do caso concreto se contenham e apenas se contenham na lei"* (XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: RT, 1978. p. 91).

[590] DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo.* 2.ed. São Paulo: RT, 2007. p. 367-368.

[591] DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo.* 2.ed. São Paulo: RT, 2007. p. 147. A doutrina alemã deu alguns passos nesse sentido, em nomes como: Karl Larenz, analisando a estrutura dos tipos societários sob essa ótica (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* Traduzido por José de Sousa Brito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 534-554, *passim*); e Detlev Leenen, a respeito da onerosidade dos contratos (LEENEN, Detlef. *Typus und Rechtsfindung.* Berlin: Duncker&Humblot, 1971. p. 41-60, *passim*).

direitos reais) obedece à enumeração conceitual de suas espécies (*numerus clausus*)[592].

Nessa linha de pensamento, convém que se resgate a proveitosa reflexão de António MENEZES CORDEIRO a propósito da função exercida pela Ciência Jurídica no desenvolvimento científico dos Direitos Reais, historicamente "*manietado pelo princípio da tipicidade*"[593]*.* O autor atribui à ausência de uma teoria geral dos Direitos Reais a responsabilidade por séculos de atraso metodológico-sistematizante em relação aos demais campos do Direito Civil.

MENEZES CORDEIRO avalia a idoneidade de se investigar a teleologia própria do ramo, que permita *"obter e justificar soluções novas para os problemas jurídicos as quais se revelam, à partida, mais consentâneas com os objectivos globais e particulares prosseguidos pelo Direito, na área de ordenação das coisas corpóreas"*[594].

De maneira paradigmática, o autor analisa a categoria jurídica da "acessão" – limitada, por doutrina e jurisprudência portuguesas, à aquisição originária do direito real "propriedade" –, concluindo que ela visa à adequação do plano figurativo jurídico às alterações verificadas na configuração das próprias coisas. Em rigorosa interpretação sistemática, MENEZES CORDEIRO aduz que *"acessão é uma fórmula genérica de constituição de direitos reais e não, apenas, da propriedade*"[595].

Com efeito, imaginemos que, na linguagem do CC, uma porção de terra se destaque de um prédio e se junte a outro (categoria jurídica da avulsão, alocada nas modalidades de aquisição da propriedade imóvel por meio de acessão natural – art. 1.251 do CC), o qual, antes mesmo desse acréscimo, já se constituía em objeto de direito real de superfície (art. 1.369 e seguintes do CC). Ora, na hipótese aventada, não só o nu-proprietário do terreno onde se acomodou a porção de terra terá o conteúdo do seu direito real acrescido; também o superficiário assiste, em face da

---

[592] ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais.* Lisboa: Minerva, 1968. p. 168-172, *apud* DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo.* 2.ed. São Paulo: RT, 2007.

[593] MENEZES CORDEIRO, António. Problemas de direitos reais. Evolução juscientífica dos direitos reais. In: *Estudos de direito civil.* Coimbra: Almedina, 1991. p. 221. Volume I.

[594] MENEZES CORDEIRO, António. Problemas de direitos reais. Evolução juscientífica dos direitos reais. In: *Estudos de direito civil.* Coimbra: Almedina, 1991. p. 222 *et seq*. Volume I.

[595] Segundo o autor, na nota de rodapé de número 62, a regra geral dessa hermenêutica seria: "*havendo concurso de direitos reais sobre a mesma coisa e ocorrendo os pressupostos da acessão, as faculdades dela derivadas competem ao titular do direito real em cujo conteúdo se inscreva a possibilidade de promover, na coisa, a alteração provocada pelo terceiro interventor"* (MENEZES CORDEIRO, António. Problemas de direitos reais. Evolução juscientífica dos direitos reais. In: *Estudos de direito civil.* Coimbra: Almedina, 1991. p. 223. Volume I).

ausência de disciplina específica, ao acréscimo na extensão do seu direito. A acessão importa, além da aquisição originária de propriedade, em constituição de direito real de superfície em relação à porção de terra sobre a qual, anteriormente à avulsão, não recaía qualquer ônus.

O raciocínio do autor, seguindo o exemplo anterior, o faz concluir que o caráter taxativo dos direitos reais não lhes impediria de se desenvolverem, dentro desses limites, a despeito da ausência de previsão legislativa explícita. Essa rica teorização, contudo, não significa que MENEZES CORDEIRO proponha a superação do caráter taxativo dos direitos reais. No artigo sob análise, o referido autor nada mais faz do que desenvolver o alcance dessas hipóteses a partir de argumentos rigorosamente dogmáticos, desenvolvendo a discussão, pois, no marco de paradigmas interpretativos sistemáticos.

No direito brasileiro, a questão foi tratada por alguns monografistas em especial. Segundo parcela da doutrina, o princípio da taxatividade refere-se à impossibilidade de criação, pela autonomia privada, de outras categorias de direitos reais que não as estabelecidas na lei. Essa característica, sob o ponto de vista estritamente jurídico, é explicada em função da oponibilidade *erga omnes* – apanágio dos direitos reais em relação aos direitos obrigacionais –, de modo que, destinando-se a operar contra toda a coletividade, os direitos reais não poderiam nascer da mera vontade das partes, sob pena de total insegurança no comércio jurídico. Portanto, "*os direitos reais são numerus clausus, de enumeração taxativa, restringindo-se, no direito brasileiro, ao rol exaustivo do art. 1.225 do CC*"[596].

Essa afirmação foi problematizada pela doutrina brasileira a partir de diversas perspectivas. Aos propósitos desta dissertação, bastará que ressaltemos tão somente um exemplo: o desenvolvimento do conceito de "multipropriedade imobiliária" – além de expor que a relativização do caráter taxativo pode ser catalisada por exigências econômicas – já foi considerado paradigmático no que diz

[596] Exemplificativamente, cite-se ROSENVALDI, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 6. O viés jurídico não é, naturalmente, o único ponto de vista a partir do qual se pode contemplar a taxatividade. Em interessantíssima obra doutrinária, Eroulths Cortiano Jr. explora a convergência entre interesses sociais e esse dogma jurídico, de maneira que somente a taxatividade dos direitos reais poderia oferecer a "paz privada" que a burguesia capitalista tanto almejava, ensejando a satisfação psicológica e a segurança jurídica para o crescimento das atividades econômicas. Confira-se CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 85.

respeito à gênese negocial de uma forma de direito real, aplicando-se, analogicamente, a disciplina dos Direitos Reais no Direito das Obrigações[597].

No exemplo descrito, diferentemente da eficácia excludente da indignidade sucessória, a interpretação foi ditada por razões de ordem econômica que vêm ao encontro de todos os envolvidos na situação. Um dos principais aspectos caracterizadores dessa categoria híbrida, sobretudo, é a coordenação temporal do vetusto atributo da exclusividade proprietária, de modo que nenhum dos proprietários se encontra permanentemente excluído.

Salta aos olhos a diferença eficacial que resulta, de um lado, da admissibilidade teórica dessa expansão analógico-contratual dos direitos reais e, de outro, da admissibilidade da analogia na extensão judicial das hipóteses de indignidade sucessória. Isso porque a hermenêutica do primeiro caso não é tensionada, como é no segundo caso, pelo caráter restritivo – ou de "pena civil" – de que se reveste a categoria jurídica que se pretende, à margem da legislação, ampliar.

Em face desse conjunto de conclusões, é possível reconhecer a ampla – perpassando diagonalmente Direito Público e Direito Privado – utilidade teórica através da qual a diferença entre "tipo" e "conceito" pode organizar o pensamento jurídico, oscilando entre um e outro, na medida em que se necessite de maior ou de menor segurança jurídica. No Direito Público, os exemplos do Direito Penal e Direito Tributário são auto-explicativos.

No Direito Civil, por outro lado, por se tratar de um *locus* privilegiado de atuação normativa da autonomia privada, a comparação entre o exemplo trazido dos Direitos Reais e a indignidade sucessória auxilia no esclarecimento de nossos propósitos argumentativos: a interpretação analógica, mormente quando o atingido por determinadas condutas do herdeiro não tem mais condições de exercitar sua autonomia (deserdando ou reabilitando, por exemplo), não se presta à ampliação das hipóteses de indignidade sucessória.

---

[597] A bibliografia a esse respeito é vasta e não nos interessa em sua totalidade. Exemplificativamente, cite-se Danielle Machado Soares (*Condomínio de fato:* incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 72), segundo a qual a multipropriedade imobiliária traduz a situação em que diversos proprietários repartem o aproveitamento econômico de certo imóvel em turnos intercorrentes, normalmente semanais ou anuais, de modo que a cada multiproprietário corresponda o direito de aproveitamento econômico de uma fração espaço-temporal, incidente sobre determinada unidade imobiliária em período certo de ano, sem concurso dos demais.

Existe, por fim, uma outra linha de pensamento a justificar a razão pela qual a metodologia classificatória – em contraposição à metodologia tipológica –, nos exemplos mencionados, no mínimo dificulta o emprego da interpretação analógica para o fim de restringir situações jurídicas: o caráter de fundamentalidade, no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, de que se revestem a liberdade (no que diz com a vedação de analogia às hipóteses incriminadoras – art. 5º, XXXIX) e a propriedade, no que diz com a vedação de analogia, seja na expansão do exercício tributário pelo Estado (art. 150, I), seja em restrição aos direitos reais dos indivíduos (art. 5, XXII, cuja garantia da propriedade se encontra excepcionada no próprio texto constitucional, nos incisos seguintes), seja em restrição ao direito de herança (art. 5º, XXX).

A conclusão deste item parece ratificar nossa hipótese científica: a inviabilidade teórica, mesmo no plano da interpretação analógica, da extensão judicial das hipóteses de indignidade sucessória no marco da atual dogmática do direito brasileiro. A essa altura de nossa investigação, contudo, impõe-se uma pergunta: se há tamanho consenso ao redor da impossibilidade da extensão judicial das hipóteses de indignidade sucessória, qual seria a relevância jurídica de um estudo científico que se ocupasse da sumarização dos argumentos prevalecentes? Tratar-se-ia de mero deleite intelectual no enquadrar dogmático da tese majoritária? A análise da ruptura jurisprudencial – representada por dois acórdãos, em particular – a que se dedica o próximo e derradeiro item deste capítulo, responderá a esses questionamentos.

4.3.2.5 Argumentação a partir de precedentes

Um dos caracteres mais proeminentes do “esforço intelectual” consiste em transitar entre duas dimensões fundamentais do pensamento: a dimensão dos fatos e a dimensão das idéias. A inteligência tende a manter-se sobre um só. Retirá-la de sua inércia justifica o termo “esforço” e exprime a metáfora em que consiste a ascensão racionalista do pensamento humano[598].

---

[598] GUITTON, Jean. *Le travail intellectuel.* Conseils à ceux qui étudient et à ceux qui écrivent. Paris: Aubier Montaigne, 1951. p. 50. O raciocínio, registre-se, encontra paralelo no discurso jurídico. Com singular maestria, dissertaram ilustres autores brasileiros a respeito da temática, merecendo destaque Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Lourival Vilanova e Marcos Bernardes de Mello. Irmanaram-se tais autores ao redor do reconhecimento da norma como ato legislativo fundante da ordem jurídica,

O “esforço” consiste em uma zona mediana, na qual a idéia descende à concreção, com vistas a se encarnar em um (ou mais) caso(s). Da mesma forma, o caso, aspirando à generalização, reclama e ascende à idéia de acordo com a qual ele pode adquirir um (ou mais) significado(s). Esses dois movimentos – ascensão e descenso – constituem o que já se chamou de “respiração da inteligência”[599].

Até aqui expusemos uma proposta de enquadramento dogmático, demonstrando que o consenso teórico sob análise – a respeito da impossibilidade de extensão judicial das hipóteses de indignidade sucessória – não provém, como se poderia pensar, de uma intuição metafísica. Trata-se de uma construção que se dá *intra muros*, internamente à arquitetura jurídico-argumentativa do direito brasileiro.

Ao dedicar-nos a essa tarefa, contudo, o espírito observador pode ser assaltado com o seguinte questionamento: ressalvado o posicionamento de doutrina absolutamente minoritária, qual seria a relevância de um trabalho cuja hipótese científica não encontra objeção? O estudo de alguns acórdãos dissolverá esse constrangimento epistêmico, na exata medida em que demonstra as diversas hipóteses nas quais o Poder Judiciário foi provocado a estender as hipóteses de indignidade sucessória, seja na expansão dos requisitos subjetivos, seja na expansão dos requisitos objetivos.

É chegado, pois, o momento de fazer a passagem do esforço intelectual, visando à análise de julgados que dêem suporte, ou, de forma ainda mais proveitosa, ofereçam resistência às nossas propostas. Insistindo na inserção desse esforço intelectual na teoria da argumentação jurídica de Robert ALEXY, cumpre mencionar que o referido autor cifra-se ao propósito de contextualizar o precedente judicial na qualidade de mais uma forma de organização do pensamento argumentativo na busca de premissas (justificação externa) aptas a resolver um dado problema jurídico.

Nessa toada, o estudo a respeito do uso dos precedentes judiciais pressupõe uma preocupação fundamental: observar o já referido “princípio da

---

cuja função precípua seria selecionar (eficácia legal/normativa/jurígena) os elementos fáticos com relevância social, de maneira a timbrá-los como suportes fáticos suficientes, arrancando destes últimos o “fato jurídico”, situado no plano das idéias. Sem as proposições normativas do Direito Positivo, arremata Vilanova, nenhum fato do mundo pertence ao universo jurídico. Cf. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.* São Paulo: RT, 1977. p. 118; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 6 *et seq.* Tomo I.

[599] GUITTON, Jean. *Le travail intellectuel.* Conseils à ceux qui étudient et à ceux qui écrivent. Paris: Aubier Montaigne, 1951. p. 53.

universalizabilidade" ("*Universalisierbarkeitsprinzip*"), exigência que subjaz a toda concepção de justiça. Comecemos essa análise a partir do estado da arte em que se encontra a jurisprudência brasileira a respeito do caráter taxativo das hipóteses de indignidade sucessória.

O STJ, órgão do Poder Judiciário encarregado da uniformização da jurisprudência infraconstitucional, tratou dessa questão em um acórdão em especial, cuja ementa transcrevemos:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE EXCLUSÃO DE HERANÇA - SENTENÇA - ARGUIÇÃO DE NULIDADE - DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA ENQUANTO SUSPENSO O TRÂMITE PROCESSUAL - CIRCUNSTÂNCIA NÃO VERIFICADA, NA ESPÉCIE - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL - POSSIBILIDADE - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO - INDIGNIDADE - DISCUSSÕES FAMILIARES - EXCLUSÃO DO HERDEIRO - INADMISSIBILIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONDENAÇÃO EM QUANTIA CERTA - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL - DATA DA DECISÃO JUDICIAL QUE OS FIXOU - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
> 1. Inexiste nulidade na sentença que, ao contrário do que afirma a parte ora recorrente, não é proferida durante o período em que o trâmite processual encontrava-se suspenso.
> 2. Não há falar em cerceamento do direito de defesa quando o magistrado, destinatário final das provas, dispensa a produção daquelas que julga impertinentes, formando sua convicção com aqueloutras já constantes nos autos e, nesta medida, julga antecipadamente a lide, como sucede na hipótese sub examine.
> 3. A indignidade tem como finalidade impedir que aquele que atente contra os princípios basilares de justiça e da moral, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, venha receber determinado acervo patrimonial, circunstâncias não verificadas na espécie.
> 4. A abertura desta Instância especial exige o prévio prequestionamento da matéria na Corte de origem, requisito não verificado quanto ao termo inicial da correção monetária do valor da verba honorária (Súmula n. 211/STJ).
> 5. Recurso especial improvido.
> (STJ, REsp 1.102.360/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 09/02/2010, DJe 01/07/2010)

A análise de alguns trechos do voto do relator, malgrado parta de premissas teóricas a respeito do Direito das Sucessões distintas das que adotamos nesta dissertação, demonstrará a pertinência de sua conclusão final aos nossos propósitos. Trata-se de um recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o qual desproveu recurso de apelação e confirmou a sentença que julgou improcedente ação de indignidade sucessória fundada em "desentendimentos" entre pais e filhos de certa família. Segundo o relator,

> Quanto ao mérito do recurso especial, veja-se que, ao contrário do que afirma HELENA ROCHA WESTERLUND, recorrente, o Tribunal estadual, após sopesar todo o acervo probatório reunido nos autos, entendeu, de forma fundamentada, que, in casu, havia "desentendimentos naturais entre pais e filhos", sendo, inviável, reconhecer, nesta instância especial, nos termos da Súmula n. 7⁄STJ, a argumentação de que, na espécie, houve o cometimento do crime de calúnia contra o falecido.

Nesta exegese, veja-se, pois, que o cerne do recurso especial centra-se em saber se, dentro de um contexto de "desentendimentos naturais entre pais e filhos", tal como devidamente delineado pelo Tribunal estadual (fl. 294), pode-se julgar procedente ou não a ação de exclusão de herança por indignidade.

Sobreleva notar, de plano, que a sucessão, assim entendida como a transmissão das relações jurídicas economicamente apreciáveis de um sujeito ao seu sucessor, tem como ratio essendi a solidariedade e o vínculo, por vezes meramente afetuoso, que se estabelece entre o sucedido e o sucessor.

Todavia, não guarda compatibilidade com o primado da justiça permitir que aquele que proferiu agressões, sejam elas físicas ou morais, contra o autor da herança possa dela se beneficiar. Assim, na lição de Almeida Lacerda, se a sucessão repousa suas origens em razões de ordem ética, é dizer, na afeição real ou ficta do de cujus para com o herdeiro ou legatário, é forçoso concluir que tal vínculo deve ser tal a incutir no sucessor um sentimento de gratidão ou, ao menos, um respeito ao falecido bem assim às suas disposições de última vontade (Lacerda Almeida apud Nader, Paulo. Curso de Direito Civil, v. 6. Forense: Rio de Janeiro, 2009, p. 81).

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

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

Entretanto, tratando-se de medida que, repita-se, equivale a uma penalidade ao sucessor ofensor, a exclusão da sucessão por indignidade só é admitida nas hipóteses previstas de forma taxativa, as quais estão estabelecidas no artigo 1814 da lei civil: "São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade".

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

Na hipótese sub examine, pretende a ora recorrente (HELENA ROCHA WESTERLUND) excluir da sucessão hereditária, a filha do falecido, ora recorrida (YARA LÚCIA NUDELMANN GOMES), alegando, para tanto, que as discussões verificadas pelo aresto a quo autorizariam enquadrá-la na hipótese do inciso II do atual artigo 1814 do Código Civil, in verbis: "São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: (...). II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro".
[...]
Na espécie, não há, no acórdão recorrido, qualquer elemento por meio do qual se possa enquadrar o comportamento da recorrida (YARA LÚCIA NUDELMANN GOMES) nos hipóteses traçadas pelo inciso II do artigo 1814 do Código Civil, não se prestando, para tanto, a caracterização, na origem, de "desentendimentos naturais entre pais e filhos" (fl. 294), os quais, diga-se, ainda que possam ser indesejáveis, não são, de fato, suficientes a excluir o herdeiro da sucessão.

Assim, não há qualquer vício no seio do v. acórdão recorrido que, diante do reconhecimento de que entre a herdeira e o autor da herança havia, frise-se, "desentendimentos naturais entre pais e filhos", confirmou a sentença de improcedência da presente ação de exclusão de herança por indignidade.

Consultando a jurisprudência do TJMG, por exemplo, encontramos alguns acórdãos que não discrepam dessa diretriz doutrinária do direito brasileiro. Ainda na vigência do Código Civil de 1916, cite-se a Apelação Cível n.º 1.0000.00.215257-7/000[600], quando se assentou a impossibilidade que o exercício de uma prerrogativa processual prevista no ordenamento jurídico (ação de interdição) importe em sanção por parte do mesmo arcabouço normativo. Rememorando-se o quanto escrevemos no segundo capítulo desta dissertação, o TJMG aplica aqui o raciocínio que o STJ, quase uma década após, aplicaria com o fim de obstaculizar a deserdação[601]. Alguns trechos do referido acórdão do TJMG merecem transcrição:

> Ao exame da matéria, nos precisos limites da controvérsia instalada nos autos, observa-se que o art. 1595 do Código Civil trata dos herdeiros ou legatários excluídos da sucessão e o art. 1596 dispõe que "A exclusão do herdeiro, ou legatário, em qualquer destes casos de indignidade, será declarada por sentença, em ação ordinária, movida por quem tenha interesse na sucessão".
>
> Caio Mário da Silva Pereira, em seu magistério, ensina que a questão de indignidade tem caráter excepcional e restrito, sendo taxativa a enumeração legal das hipóteses de sua incidência, que são aquelas constantes nos itens I, II e III do pré-citado art. 1595 do Código Civil. (Instituições de Direito Civil, V. 6, 12 ed., p. 21).
>
> O autor-apelante não indicou de forma clara e precisa qual destes incisos invocava na inicial da referida ação declaratória de indignidade, mas pela leitura atenta da petição inicial, pode-se concluir que o inciso susceptível de indicação seria o de nº II do art. 1595, pois que consta da peça inaugural, que "a ação de interdição reveste, nos termos da lei, de atos atentatórios à dignidade da genitora das rés, mãe do autor, traz a mácula do crime de calúnia...", do crime de difamação e do crime de injúria (fls. 05).
>
> Ocorre que cabe ao autor, para lograr êxito na demanda, fazer prova dos fatos constitutivos de seu alegado direito (art. 333, I CPC), bem assim que a indignidade só pode ser declarada mediante comprovação de algum dos fatos mencionados no art. 1595 do Código civil, como assinalou o parquet nesta instância recursal (fls. 312), com suporte na lição doutrinária de Darcy Arruda Miranda e Clóvis Bevilacqua, sendo que é deste último a lição no sentido de que "a indignidade se deve considerar uma pena privada", e dela resulta que às suas causas não podem ser outras, senão, exclusivamente as indicadas na lei.
>
> Ora, o apelante sustenta que o fato constitutivo de seu alegado direito, assenta-se "fundamental e inequivocamente, em ter a mãe das partes, V.M.J., por ato das apeladas, ao requerer sua interdição, sido atingida em sua intimidade, na vida privada, na sua honra e na sua imagem, ao atribuírem a ela atos e fatos que praticara durante sua convalecência por causa de acidente vascular cerebral" (fls. 259).
>
> Salientou, ainda, o apelante ter entendido a sentença que, em virtude do estado debilitado da mãe dos litigantes, outra alternativa não havia senão a de interditá-la.

---

[600] Civil e Processual Civil. Ação declaratória de indignidade. Hipóteses taxativamente enumeradas nos incisos do artigo 1595 do Código Civil. Conjunto probatório analisado. Não comprovação dos fatos constitutivos alegados pelo autor. Verba honorária fixada conforme disposição do artigo 20, §4º do CPC. Provimento parcial para reformar parcialmente a sentença para reduzir o "quantum" dos honorários advocatícios. (TJ/MG - Apelação Cível n.º 1.0000.00.215257-7/000(1) – 2ª Câmara Cível - Rel. Des. Murilo Pereira - Data do Julgamento 07/05/2002 - Data da Publicação: 24/05/2002)

[601] REsp nº 1.185.122/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 17/02/2011, DJe 02/03/2011.

Todavia, para o apelante, "o fato da debilidade mental de V.M.J. não foi o motivo principal alegado na petição inicial que requereu sua interdição" (fls. 261), e como se pode ver a fls. 09/14.

Na inicial do pedido de interdição de V.M.J. (fls. 09/14), as requerentes ora apeladas declinaram as razões do pedido de interdição de sua mãe, afirmando que se verifica dos inclusos livros- diário, referente ao acompanhamento do serviço de enfermagem da interditanda, fácil notar-se a confusão mental da mesma (fls. 10/11).

Além disto, na inicial do pedido de interdição, as então requerentes expressaram outras preocupações suas, como se vê a fls. 10/11, para concluírem a final que "não resta dúvida, à vista dos documentos juntados" da incapacidade mental de V.M.J., "para dirigir seus negócios" (fls. 11).

A propósito, frisou o próprio apelante, que a interdição foi deferida, por sentença que transitou em julgado (fls. 260/261).

Se, como diz o apelante (fls. 262), a interdição de V.M.J. era totalmente desnecessária (fls 264), tal alegação mostra-se juridicamente irrelevante na espécie, pois que a matéria foi julgada por sentença que transitou em julgado (fls. 261).

Portanto, já que não está mais submetida a qualquer outra impugnação recursal, não há como analisar novamente, nestes autos, uma decisão já transita, por isto, correta a afirmação da sentença quando, ao analisar a questão da interdição e respectiva sentença, frisou que "tudo aquilo que foi julgado foi dado por verdadeiro e o que foi julgado não foram as circunstâncias narradas na forma condicional, e sim o fato de que a interditanda estava realmente com debilidade mental, logo, as rés exerceram legítimo direito e o fato por elas levado a juízo, da debilidade mental da mãe, era verdadeiro" (fls. 255/256).

No seu douto e r. parecer, o parquet entendeu que os fatos narrados pelo autor não caracterizam nenhum dos motivos ensejadores do afastamento da sucessão (fls. 314).

Ora, se, como assinalou o ilustre juiz na r. sentença impugnada, as rés exerceram um legítimo direito ao ajuizarem referida ação de interdição, observando mais que "o fato por elas levado a juízo, da debilidade mental da mãe, era verdadeiro" (fls. 254), resta conclusivamente claro, sem a sombra da menor dúvida, que as rés quando ingressaram com a ação de interdição referida não incorreram na prática dos alegados atos atentatórios à dignidade de sua genitora, que também é a do apelante.

Já na vigência do CC, a 8ª Câmara Cível do TJMG, na Apelação Cível n.º 1.0024.08.957264-8/001[602], teve oportunidade de desempenhar saudável – do ponto de vista da Ciência Jurídica – exercício de rigor classificatório, quando do julgamento de ação de indignidade sucessória direcionada contra o cônjuge, figura essa que pode assumir simultaneamente, na vigente ordem jurídica, a condição de herdeiro e a condição de meeiro.

---

[602] DIREITO DE SUCESSÕES - EXCLUSÃO DA SUCESSÃO - HERDEIRO - HOMICÍDIO DOLOSO PRATICADO CONTRA CÔNJUGE - POSSIBILIDADE - EXCLUSÃO DA MEAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. 1 - Podem ser excluídos da sucessão por indignidade os herdeiros e legatários, ""ex vi"" do art. 1.814 do Código Civil. 2 - A meação pertence ao cônjuge por direito próprio, sendo inviável, portanto, a extensão da pena de exclusão do cônjuge herdeiro, em razão de indignidade (art. 1.814, inc. I, do Código Civil), ao direito do réu, decorrente do regime de bens adotado no casamento. 3 - Recurso parcialmente provido. (TJ/MG, Apelação Cível n.º 1.0024.08.957264-8/001, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. 22/07/2010).

No caso sob análise, o homicídio doloso praticado pelo cônjuge foi analisado no voto do relator sob a ótica de distintas relações jurídicas: uma de Direito das Sucessões (segundo a qual o ato é, fora de dúvida, hipótese de indignidade sucessória, excluindo o cônjuge homicida da sucessão); outra, de Direito de Família (segundo a qual o ato, conquanto imoral, em nada altera o direito à meação). Leiamos alguns trechos do voto condutor do acórdão:

> Tanto os herdeiros como legatários podem ser excluídos quer do quinhão hereditário quer do bem ou bens a que façam jus, respectivamente, porquanto legitimados a suceder, sempre que tiverem cometido um ato que a lei considera indigno de alguém que sustente a condição de sucessível. Como Itabaiana de Oliveira saliente, a indignidade é uma pecha que recobre o herdeiro, 'fazendo-o perder o havido'. Como pena, deve ser determinada em lei e o intérprete não pode criar nem admitir que se criem outras hipóteses, senão aquelas que a lei especifica." ("In" Direito das sucessões e o novo cógido civil. Coordenadores Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira. Minas Gerais: Del Rey, 2004, p. 356, destaques deste voto.)
>
> Como se vê, podem ser excluídos da sucessão herdeiros e legatários. Por sua vez, sobre a sucessão do cônjuge na atual legislação, ensina Francisco Cahali:
>
> "Previamente à análise da convocação do viúvo na qualidade de herdeiro, cabe esclarecer que a sua eventual qualidade de meeiro, titular de uma parcela dos bens em decorrência da meação, ficará preservada independentemente do falecimento do cônjuge.
>
> Assim, paralelamente, se o regime de bens e situação patrimonial do falecido o permitir, o consorte sobrevivente comparece no processo também na qualidade de cônjuge-viúvo, para preservar a sua meação, representada pela parte ideal de 50% da universalidade dos bens comuns. Não se confunde meação com herança. A meação é decorrente da comunhão total dos bens ou comunhão parcial em relação aos aquestos (adquiridos na constância do casamento). A herança representa exclusivamente o patrimônio particular do falecido, e a parte dele na comunhão conjugal. A meação não é objeto da sucessão, pois pertencente ao cônjuge por direito próprio, em razão do casamento. A herança, objeto do inventário, será destinada aos sucessores (legais ou instituídos), sempre preservada a eventual meação, dela não integrante.

Nessa hipótese, o emotivismo foi debelado a partir de pronunciamento jurisdicional dotado de firme argumentação dogmática, a qual assegurou a sua racionalidade e a harmonização, a um só tempo, com os distintos regimes legais envolvidos e com a tradição doutrinária brasileira.

A jurisprudência recente do TJRS encaminha-se no mesmo sentido até aqui apontado, frisando o caráter restritivo de que se deve recobrir a interpretação das hipóteses de indignidade sucessória. Analisemos os votos componentes desses acórdãos.

Ainda na vigência do Código Civil de 1916, tal qual o TJMG teve oportunidade de apontar, a 7ª Câmara Cível do TJRS assentou que um direito processualmente tutelado (como, à época, a execução de sentença condenatória à

prestação de alimentos) não pode, sob pena de grave contradição normativa, implicar sanção a quem o exerce. A Apelação Cível n.º 70002429827, a cujo acórdão não tivemos acesso em razão de tramitar sob segredo de justiça, deixa claro essa hipótese já no teor de sua ementa:

> INDIGNIDADE. IMPOSIÇÃO DE CLÁUSULA RESTRITIVA A BEM DOADO. DESCABIMENTO. Constitui pedido juridicamente impossível o de ver a ex-mulher declarada indigna de participar da sucessão do bem que doou ao filho ou de ter qualquer proveito em relação a este bem, pelo fato de ter promovido ação de execução de alimentos e também por haver registrado ocorrência policial quando foi ameaçada pelo varão. Recurso desprovido. (TJ/RS, Apelação Cível nº 70002429827, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 09/05/2001)

A Apelação Cível n.º 70003186897, sob os cuidados da 7ª Câmara Cível do TJRS, igualmente, tramitou sob segredo de justiça, o que impede o acesso ao conteúdo dos votos. Nada obstante, a ementa do julgado permite aferir as premissas teóricas que corroboram a orientação jurisprudencial até aqui demonstrada:

> DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE DE HERDEIRO. CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. As causas que autorizam a exclusão de herdeiro ou legatária da sucessão estão taxativamente enumeradas no art. 1.595, do CCB, constituindo numerus clausus, e não admitem interpretação extensiva. Nelas não se enquadra o pretenso abandono material que o réu teria praticado em relação ao autor da herança. NEGARAM PROVIMENTO (TJ/RS, Apelação Cível n.º 70003186897, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 27/02/2002)

Em outra oportunidade, no julgamento da Apelação Cível n.º 70027398296[603], a 7ª Câmara Cível deparou-se com interessante tentativa de enquadramento à fórceps do conjunto fático à hipótese em que os herdeiros ou legatários, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade (art. 1.814, III, CC). O voto condutor do acórdão adotou, no mérito, os fundamentos da sentença de primeiro grau:

> Trata-se de ação ordinária que visa à exclusão da sra. Sandra do rol de herdeiros de Gomercindo da Silva Gomes e Nair Nunes Gomes por indignidade, com fulcro no art. 1814, III, do Código Civil.
> [...]

---

[603] APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. EXCLUSÃO DE HERDEIRO DA SUCESSÃO. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 1.814, III, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. SITUAÇÃO QUE NÃO SE AMOLDA AO DISPOSITIVO LEGAL EM COMENTO. AGRAVO RETIDO E RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDOS. (TJ/RS, Apelação Cível n.º 70027398296, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 15/04/2009)

> Os autores centram sua argumentação na realização de negócio de compra e venda celebrado entre os falecidos e a demandada, em meados de 1991, que teria sido desvantajoso para os primeiros, com o que teriam sido impedidos de dispor livremente dos seus bens. Referem também uma série de comportamentos da demandada que, verdadeiros ou não, em nada influem no julgamento da ação.
>
> Assim sendo, por primeiro, é imperativo salientar que a aludida negociação ocorreu em 1991, muito antes do óbito dos inventariados, que vieram a falecer cerca de dez anos depois. Maiores e capazes à época da sua celebração, portanto. Ademais, como se vê do instrumento de fls. 54/59, os filhos dos falecidos não opuseram resistência alguma no momento da dação em pagamento, tendo inclusive firmado a escritura pública que a formalizou conjuntamente.
>
> Daí concluir-se que nem de longe o negócio jurídico que foi alvo da presente ação constituiu ato de última vontade de qualquer dos falecidos, o que, por si só, poria abaixo a tese sustentada pela parte autora.
>
> Por segundo, caberia aos demandantes ter feito prova da suposta existência de violência ou meios fraudulentos empregados para a realização do negócio, o que não lograram provar, tampouco se desincumbiram do ônus que lhes competia, conforme apregoa o art. 333, I, do Código de Processo Civil. Pelo contrário, teceram uma série de considerações - igualmente desprovidas de comprovação - irrelevantes para o julgamento da presente, pois em nada se relacionam com as hipóteses de exclusão de herdeiro da sucessão por indignidade, cujo elenco é disposto em lei.
>
> Diante da inexistência de atos de indignidade praticados pela herdeira Sandra, na sua acepção jurídica, impõe-se a improcedência da ação.

A hipótese é interessante por duas razões principais: a primeira diz com a premissa subjacente à fundamentação transcrita; a segunda, com o esforço argumentativo com vistas a justificar a subsunção. No que tange à primeira razão, cumpre salientar que a discussão a propósito da subsunção dos fatos narrados à hipótese de manipulação da vontade testamentária só ganha relevo se assumirmos a premissa de que o rol é circunscrito às hipóteses legais. O acórdão, portanto, corrobora nossa hipótese científica.

No que tange à segunda razão, trata-se de um bom exemplo à diferenciação entre os dois planos de discussão que apresentamos, no paradigma teórico selecionada, no terceiro capítulo. Trata-se da distinção entre a justificação interna e a justificação externa. No caso apresentado, fica claro que a discussão não busca, como é próprio da argumentação jurídico-racional, premissas outras, distintas das hipóteses de indignidade sucessória legislativamente selecionadas. O esforço argumentativo envidado pela juíza sentenciante endereça-se à demonstração de que o negócio jurídico entabulado entre a filha e os pais, diversamente do que pretendiam os demais filhos, não é alcançado pela esfera normativa de proteção à autonomia privada dos genitores prevista no terceiro inciso do art. 1.814 do CC.

Na Apelação Cível n.º 70031318652[604], a mesma hipótese de indignidade sucessória (art. 1.814, III, CC) voltou a julgamento no TJRS, só que – comparativamente ao acórdão analisado no parágrafo anterior, no qual se enfrentou a questão sob o prisma da justificação interna – em distinto plano de discussão. Isso porque, agora, a discussão se dá ao redor da impossibilidade, no plano da justificação externa, de se achar outra hipótese – além das selecionadas pelo legislador – de indignidade sucessória apta a albergar a pretensão deduzida pelo autor da ação.

As circunstâncias fáticas do recurso de apelação servirão, exemplarmente, à discussão que viemos desenvolvendo até aqui no que concerne aos limites jurídico-dogmáticos que se podem impor ao arbítrio emotivista. Vejamos trechos do relatório:

> Em suas razões recursais, alegou o recorrente que é pessoa idosa e tanto ele quanto sua esposa falecida, pais do demandado, ora apelado, sofreram abandono material e moral por parte do filho. Disse que comprovou todas as alegações de maus tratos que o demandado perpetrou contra si e contra sua falecida esposa, mas mesmo assim o magistrado a quo proferiu sentença de improcedência de seu pedido de exclusão do filho em relação à herança deixada por sua genitora. Referiu que o apelado morava a duas quadras da casa do apelante e nunca forneceu qualquer ajuda aos pais, idosos, com mais de 80 anos.

Logo adiante, quando trata do mérito, o desembargador relator desqualifica a relevância jurídica dos argumentos aduzidos – de acentuado apelo emocional –, cingindo sua análise à dimensão dogmático-jurídica da indignidade sucessória:

> Ao que se constata da redação do dispositivo legal, para que o herdeiro, que aqui no caso é o filho, pudesse ser excluído da sucessão da de cujus Manoela, necessária seria a demonstração de que a falecida, ao tentar dispor de seus bens por testamento ou qualquer outro ato de última vontade, tenha sido impedida pelo demandado de modo violento ou mediante fraude.
> Entretanto, nada disto restou comprovado.
> O que se viu foi que entre pai e filho, no caso apelante e apelado, há uma grande desavença, ao que tudo indica pelas alegações de ambas as partes, geradas por discussões de ordem econômica e religiosa, não havendo demonstração de que entre o apelado e a autora da herança (sua mãe) tenha ocorrido algum problema capaz de gerar a exclusão do filho da sucessão.
> E são os próprios documentos juntados que comprovam tais assertivas, pois todas as ações judiciais existentes entre as partes, mesmo antes do falecimento de Manoela, têm como partes somente pai e filho, inclusive na ação criminal que o apelante (genitor) moveu contra

[604] APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. EXCLUSÃO DE HERDEIRO. INDIGNIDADE. ARTIGO 1.814, INCISO III, DO CC. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DA EXCLUSÃO. Estando ausente comprovação de que o herdeiro, filho da falecida, a inibiu ou obstou de dispor de seus bens por ato de última vontade, não se pode impedi-lo de concorrer na herança de sua mãe. Demonstrado nos autos que todas as desavenças havidas se restringem ao pai e filho, geradas por disputas de ordem econômica e religiosa, não se vê autorizada a declaração de indignidade e conseqüente exclusão do herdeiro. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJ/RS, Apelação Cível n.º 70031318652, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 14/10/2009)

> o apelado (filho), visando à condenação pelo crime de lesões corporais, na qual o apelado foi absolvido por ausência de prova da autoria (fls. 591-592).
> Assim, para que se configurasse a possibilidade de exclusão do apelado (herdeiro filho) da sucessão da falecida, necessária seria a comprovação da estrita tipificação legal, qual seja, de que ele inibiu ou obstou, violenta ou fraudulentamente, sua mãe de dispor de seus bens por ato de última vontade, o que, como já referi, não se demonstrou.
> Deste modo, a improcedência do pedido se impunha, como bem decidiu o magistrado a quo, mantendo-se o apelado como herdeiro necessário da falecida Manoela.
> Por fim, saliento que o abandono moral e material dos filhos para com os pais não é causa automática de exclusão de herdeiro da sucessão dos genitores, podendo ser cabível outro tipo de postulação, caso evidenciada a necessidade do genitor, mas não o pedido que aqui foi deduzido.
> Ainda, as demais questões aventadas neste recurso – pedido feito pelo apelado no inventário para garantir a reserva de 50% do imóvel que, mediante acordo das partes, ficou para o genitor - dizem somente com o processo de inventário, no qual, inclusive, já houve acordo entre as partes em audiência (fls. 603), o que, mais uma vez, evidencia que os problemas existentes entre as partes são notadamente de ordem econômica, não autorizando a pretendida exclusão de herdeiro.

Julgando a Apelação Cível n.º 70043443944[605], a 8ª Câmara Cível do TJRS teve oportunidade de assentar a necessária concorrência daqueles pressupostos que apontamos ao longo desta dissertação, quais sejam os requisitos subjetivos (são legitimados passivos da ação de indignidade sucessória os herdeiros necessários e os legatários) e os requisitos objetivos (as hipóteses contempladas nos três incisos do art. 1.814 do CC). Com efeito, o voto condutor da unanimidade formada no acórdão contém um trecho elucidativo aos nossos propósitos:

> Ocorre que, como muito bem destacou a r. sentença, o réu, dado o regime matrimonial de bens (comunhão universal) não é herdeiro da vítima. Logo, totalmente descabida a pretensão de excluí-lo de uma herança à qual não tem direito. E não tem o menor cabimento a pretensão dos apelantes em afastar o direito do réu à própria meação, para o que não há qualquer embasamento legal. Não se pode confundir herança (resultante de direito sucessório) com meação (decorrência do regime de bens). Esta última não é um patrimônio que se transfere de uma pessoa a outra, mas um conjunto patrimonial que já é de titularidade de cada cônjuge e que, por isso, não lhe pode ser subtraído em decorrência de eventual comportamento indigno.

É lição antiga que toda tese se beneficia de sua antítese. Consoante o ensinamento de Jean GUITTON, o pensador deveria eleger como livro de cabeceira aquele cujo autor fosse o seu maior adversário, aproximando de si o ponto de vista

---

[605] APELAÇÃO. INDIGNIDADE. INDENIZAÇÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO. Agravo retido. Considerando que o recorrente já foi condenado no juízo criminal, não há porque aqui, no juízo cível, abrir-se investigação pericial para saber o grau de dependência que o álcool para prática do fato. Apelação. Cerceamento de defesa Adequado indeferimento do pedido de prova oral, na medida em que o recorrente busca provar que os filhos (autores desta ação) contribuíram indiretamente para o deterioramento de sua relação conjugal, o que culminou com o trágico desfecho. Recurso adesivo. A indignidade, como causa de exclusão da herança, é imputável ao herdeiro ou legatário. Quem não é herdeiro ou legatário do autor da herança, não tem como ser "excluído" da sucessão dele. Trata-se de pretensão juridicamente impossível. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, AO APELO E AO RECURSO ADESIVO. (TJ/RS, Apelação Cível n.º 70043443944, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, Julgado em 15/12/2011)

que revela suas fraquezas teóricas e que vê claro aquilo que ele vê escuro. Nas palavras de GUITTON, *"alojar em si o adversário é dar-lhe licença para contradizer. É, na ordem dos pensamentos, o análogo da coragem*"[606].

Dentro da pesquisa jurisprudencial a que se dedica este item, dois acórdãos, em especial, desempenham esse salutar contraponto ao que expusemos até aqui, divorciando-se da tradição jurisprudencial suprarreferida. A análise de ambos os acórdãos – um do TJRS; outro, do TJMG – enriquecerão a investigação a que se dedica esta dissertação, em geral, e este item, em especial. Situando a questão dentro do marco teórico até aqui apresentado, saber se o Poder Judiciário – defrontando-se com situação não contemplada pelas três hipóteses do art. 1.814 do CC – pode superar o caráter taxativo das situações de indignidade sem descambar para o emotivismo, é matéria que deve – hoje e no futuro[607] – ser aferida a partir de uma perspectiva racional da argumentação jurídica, tal como a compreende Robert ALEXY.

Comecemos analisando a Apelação Cível n.º 1.0518.02.016087-6/001, julgada pela 16ª Câmara Cível do TJMG, ainda na vigência do Código Civil de 1916, a qual restou assim ementada:

> DECLARATÓRIA - CASO CONCRETO - PREVISÃO LEGAL - AUSÊNCIA - ANALOGIA - COSTUMES - PRINCIPIOS GERAIS DO DIREITO - POSSIBILIDADE. SEGURO DE VIDA - SEGURADA - HOMICIDIO - BENEFICIÁRIO - INDIGNIDADE - DECLARAÇÃO - INDENIZAÇÃO - HERDEIROS. Não havendo previsão legal quanto à determinada situação apresentada à apreciação do julgador, deve este utilizar-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Inteligência do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Vindo a pessoa a que indicou como beneficiário do seguro de vida o seu algoz, se por ele assassinada, deve ser reconhecida a indignidade deste, sob pena de malferir os mais comezinhos princípios do direito. Declarada a indignidade do beneficiário de seguro de vida, deve este ser pago aos herdeiros do segurado. (TJMG, Apelação Cível n.° 1.0518.02.016087-6/001, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. José Amancio, julgado em 15/03/2006)

A análise de alguns trechos do voto condutor aproveitará aos nossos propósitos. Vejamo-los:

---

[606] GUITTON, Jean. *A arte de viver e pensar.* Traduzido por Daniel Innocentini. São Paulo: Paulinas, 1962. p. 52.

[607] A referência temporal é feita em virtude do Projeto de Lei do Senado nº 118/2010, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça sob a relatoria do Senador Demóstenes Torres, já remetido à Câmara dos Deputados, onde aguarda parecer da Comissão de Seguridade Social e Família sob o número "PL 867/2011". Esse projeto prevê diversas alterações no Capítulo V do Título I e o Capítulo X do Título III, ambos do Livro V da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). No que nos interessa, o referido projeto amplia sobremaneira as hipóteses do art. 1.814, atribuindo a pecha de indigno ao herdeiro que, por exemplo, "*venha a atingir a honra, a integridade física, a liberdade, o patrimônio ou a dignidade sexual do autor da herança, ou de pessoa a ele intimamente ligada".*

> Para justificar a alegada impossibilidade jurídica do pedido, argúem os apelantes ser incabível declarar a indignidade daquele que não é herdeiro ou legatário do de cujus.
>
> Com efeito, o texto legal fala somente em herdeiros ou legatários, inexistindo previsão legal especifica para o caso de homicídio praticado por beneficiário de seguro de vida, que não detenha tais condições.
>
> Não havendo previsão legal quanto à determinada situação apresentada à apreciação do julgador, deve este utilizar-se dos recursos disponibilizados pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.
>
> Com efeito, irretocável a r. sentença recorrida ao declarar a indignidade daquele que teria sido o causador da morte voluntária da segurada.
>
> Verificada a hipótese de inexistência de lei especifica ao caso concreto, torna-se correta a aplicação da analogia, sendo inaceitável que aquele que mata a pessoa que lhe indicou como beneficiário de seguro de vida, permaneça nessa condição, sob pena de malferidos os mais comezinhos princípios do direito.
>
> Como bem salientou o M.M. Juiz a quo:
>
> "No momento em que o legislador revelou a repulsa em contemplar com direito sucessório quem atentar contra a vida do autor da herança, a ponto de excluir o herdeiro da sucessão, nitidamente, rejeitou a possibilidade de que, quem assim age, ser beneficiado com seu ato.
>
> Por analogia, esse mesmo principio vale para a hipótese de o beneficiário atentar contra a vida do instituidor do seguro, ante a ausência de previsão legal à época dos fatos para um comportamento repudiado pelo direito"
>
> Quanto ao demais, tem-se como perfeitamente válido o contrato celebrado entre as partes, por restar comprovada a livre manifestação da vontade da contratante e a autenticidade de sua assinatura, não subsistindo tão-só a indicação do beneficiário, passando estes a serem os filhos da segurada, não havendo motivo suficiente para reforma da r. sentença primeva.

Trata-se do reconhecimento, como fato caracterizador de indignidade sucessória, do homicídio, tendo por vítima o contratante de seguro de vida, cometido pelo beneficiário desse mesmo contrato. O caso é interessantíssimo e, dentro da classificação até aqui adotada, superou o requisito subjetivo-ativo da indignidade sucessória, já que o beneficiário do seguro de vida (autor do homicídio) não mantinha qualquer relação jurídico-sucessória com a vítima. Com o fim de superar esse requisito, contudo, o voto vencedor parte de três premissas que julgamos inadequadas.

Acompanhemos o desenvolvimento desse raciocínio. Na qualidade de primeira premissa, vê-se: *"Não havendo previsão legal quanto à determinada situação apresentada à apreciação do julgador, deve este utilizar-se dos recursos disponibilizados pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil".*

Ora, assumir a construção doutrinária a propósito da vedação do *non liquet*, encerrada no referido dispositivo legal, não implica, desde já, a procedência do pedido condenatório veiculado na ação de indignidade sucessória. Com efeito, a utilização dos recursos contidos naquele dispositivo legal pode resultar, em abstrato, tanto na procedência, quanto na improcedência, do pedido condenatório. Daí a prescindibilidade, neste espaço, da investigação a respeito do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942, com o título modificado pela Lei n.º 12.376/2010) por julgarmos que a mesma reflexão crítica, com menos espaço ao arbítrio, já decorre de nossas propostas de enquadramento dogmático de nossa matéria.

A segunda premissa assume que, verificada *"a hipótese de inexistência de lei especifica ao caso concreto, torna-se correta a aplicação da analogia, sendo inaceitável que aquele que mata a pessoa que lhe indicou como beneficiário de seguro de vida, permaneça nessa condição, sob pena de malferidos os mais comezinhos princípios do direito".* No trecho transcrito, fica evidente um dos principais adversários teóricos desta dissertação, na medida em que o magistrado julgador presume, de um lado, que a inexistência de dispositivo legal específico implica, necessariamente, a existência de lacuna, e, de outro, que pode colmatar essa lacuna sem expor os argumentos jurídico-dogmáticos que o conduzem a tanto.

Explicamos: depois de termos destacado, nas páginas anteriores, a principiologia reitora do Direito das Sucessões, causa espeque a menção vaga aos "*mais comezinhos princípios do direito"*. A quais normas estaria fazendo referência o julgador? Sem responder a esse questionamento, não há como refutar esse pretenso argumento, nem possibilidade lógica de interpor recurso, tampouco como preservar a racionalidade jurídica.

A terceira premissa, por fim, diz com *"o momento em que o legislador revelou a repulsa em contemplar com direito sucessório quem atentar contra a vida do autor da herança, a ponto de excluir o herdeiro da sucessão, nitidamente, rejeitou a possibilidade de que, quem assim age, ser beneficiado com seu ato".* Com o devido respeito, não há nada de nítido nessa conclusão. Faz parte da presunção institucional, à qual fizemos referência nas páginas anteriores, assumir que o Poder Judiciário pode criar o que não encontra na obra do Poder Legislativo; faz parte da presunção técnica assumir que a ausência de previsão específica resulte de lapso do legislador ao disciplinar o contrato de seguro.

Convém que matizemos essa análise – tal qual faremos na análise do próximo acórdão – no que se refere à distinta natureza das relações jurídicas envolvidas no acórdão, trazendo à luz as estruturas envolvidas na questão[608]. Em estrita visão analítica, o Poder Judiciário foi chamado a se manifestar sobre uma relação jurídica de Direito das Sucessões (*"S"*), mas, em decorrência das circunstâncias fáticas do caso, cedeu à tentação de metamorfoseá-la em relação jurídica de Direito das Obrigações ("*O"*). Trata-se de ação de indignidade sucessória (art. 1.814 do CC), cuja heteróclita causa de pedir é o homicídio do segurado, praticado por beneficiário de contrato de seguro de pessoa, inexistindo, entre ambos, qualquer parentesco.

Ora, a presunção técnica é facilmente derrubada pela análise do art. 789 e seguintes do CC. O legislador já disciplinou, guardando a coerência sistemática e a topologia adequada, as relações familiares e as relações sucessórias que pudessem entestar fronteiras com o contrato de seguro de pessoa. O art. 790, por exemplo, determina que o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado, presumindo o interesse, excepcionalmente, em seu parágrafo único, quando o segurado é cônjuge, ascendente ou descendente do proponente. Da mesma forma, o art. 793 dispõe que é válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato.

Por fim, o art. 794 distingue, exemplarmente, duas relações jurídicas que se podem estabelecer a partir da mesma quantia pecuniária: *"o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito"*. Nesse enunciado normativo, a teleologia do legislador, se assim se quiser chamar, está com as vísceras expostas: há uma separação clara – potencializada pela expressão "*para todos os efeitos de direito"* – entre a relação jurídica *"O"* e a relação jurídica "*S".* Diante de tal eloqüente exemplo, estamos no direito de questionar se essa imposição jurisprudencial da lógica emotivista ao caso concreto não assumiria o risco, em última análise, de subverter a lógica interna da obra legislativa.

---

[608] Segundo a doutrina propedêutica mais tradicional, tal é a função precípua da Teoria Geral do Direito, conforme se vê em BOBBIO, Norberto. *Studi sulla teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1955. p. 5 *et seq.* Para justificar nosso parágrafo, aliás, cumpre ressaltar que a teoria da relação jurídica já foi considerada por grandes autores como o corte metodológico mais importante na Teoria Geral do Direito. Nesse sentido, reportamo-nos à obra de LEVI, Alessandro. *Teoria generale del diritto*. Padova: CEDAM, 1950. p. 212 *et seq.*

Avancemos mais um passo argumentativo, testando a utilidade de nossa proposta de tratamento da indignidade sucessória em sua dimensão jurídico-dogmática. O recurso a outro conceito da Teoria Geral do Direito poderia, aparentemente, justificar a extensão da *pena civil* da indignidade a um sujeito de direitos (como o beneficiário, do caso analisado) que não ostente as condições exigidas pelo art. 1.814 (herdeiro ou legatário). Trata-se da *fraude,* a qual, segundo a melhor doutrina, *"consiste em elidir uma regra obrigatória, empregando um meio eficaz, o qual torna esse resultado inatacável no plano do direito positivo"*[609].

Destarte, cumprindo o papel de correção ao funcionamento ordinário das regras, o emprego da teoria da fraude consistiria em uma técnica própria da argumentação jurídica para chegar-se à conclusão desejada: retirar da esfera patrimonial do beneficiário a quantia contratada pelo *de cujus* assassinado. O paralelo é sedutor, mas descabido. Isso porque a utilidade da sanção jurídica proveniente do reconhecimento do ato fraudulento foi cifrada pela doutrina àquelas ocasiões que escapam à incidência de qualquer regra[610]. Noutras palavras: a fraude é um verdadeiro mecanismo de auto-defesa do ordenamento, mas timbrado pelo caráter da subsidiariedade[611].

A problematização de nosso caso, sob esse ângulo de vista, demonstra que a necessária subsidiariedade requerida para a aplicação da figura da *"*fraude*"* não se encontra preenchida se considerarmos, ainda que com certo elastério hermenêutico, estar a situação do beneficiário, frente ao valor do seguro, alcançada pela regra inscrita na alínea "b" do inciso II do art. 91 do CP[612], devendo esta questão ser resolvida no juízo penal, nunca nos autos de uma ação de indignidade sucessória.

---

[609] Trata-se de tradução livre do trecho «*consiste à éluder une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif»,* retirado de VIDAL, José. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français.* Paris: Dalloz, 1957. p. 341. Diferenciando a fraude do «abuso de direito», cite-se GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil.* Introduction générale. Paris: LGDJ, 1977. n.º 765.

[610] GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil.* Introduction générale. Paris: LGDJ, 1977. n.º 745. Ainda, BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit.* 4ème éd. Paris: Dalloz, 2003. p. 278, n.º 243: *«Ainsi, certaines manœuvres déloyales, ruses ou tromperies que l'on englobe au sens large sous le vocable de fraude, mais qui sont sanctionnées par d'autres règles légales n'ont pas à être incluses dans la notion stricte de fraude».*

[611] VIDAL, José. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français.* Paris: Dalloz, 1957. p. 391.

[612] Art. 91 - São efeitos da condenação: [...] II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: [...] b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso." A viabilidade de nossa proposta parece ser corroborada, por um lado, em razão da literalidade da alínea "b" do inciso II do art. 91 do Código Penal e, por outro, pelo fato de a doutrina penalista brasileira ter conferido interpretação ampla ao seu alcance, haja vista a expressão "*qualquer bem ou valor".*

Poderíamos cogitar de outra categorização jurídica, agora no juízo cível, dos fatos. Em ação indenizatória, os herdeiros da vítima assassinada poderiam, quiçá, pleitear a aplicação analógica – já que o beneficiário, conquanto tenha ido de encontro ao mais elementar nível de boa-fé contratual relativamente ao segurado, foi indicado[613] – do art. 792: *"Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária".*

Os cânones da interpretação semântica e da interpretação sistemática, ou mesmo o argumento analógico, possibilitam o enquadramento do homicídio, por exemplo, na hipótese "qualquer motivo" para que não prevaleça a indicação feita. A partir dessa linha de argumentação, respeitando-se a diversidade de relações jurídicas em jogo, bem como a compostura jurídica das categorias do direito brasileiro, alcança-se o mesmo desiderato sem prejuízo da racionalidade jurídica.

A análise de outro acórdão, agora do TJRS, demonstrará como é possível proceder à mesma crítica construtiva – não descendo ao terreno vil do criticismo inócuo, desprovido de substrato teórico propositivo – quando se baralham uma relação jurídica do Direito de Família (*"F"*) e uma relação jurídica do Direito das Sucessões (*"S"*). Trata-se do acórdão exarado pela 7ª Câmara Cível do TJRS na Apelação Cível nº 70005798004, a qual restou assim ementada:

> Meação. Divórcio. Indignidade. Quem matou o autor da herança fica excluído da sucessão. Este é o princípio consagrado no inc. I do art. 1595 do CC, que revela a repulsa do legislador em contemplar com direito sucessório quem atenta contra a vida de alguém, rejeitando a possibilidade de que, quem assim age, venha a ser beneficiado com seu ato. Esta norma jurídica de elevado teor moral deve ser respeitada ainda que o autor do delito não seja herdeiro legítimo. Tendo o genro assassinado o sogro, não faz jus ao acervo patrimonial decorrente da abertura da sucessão. Mesmo quando do divórcio, e ainda que o

---

Exemplificativamente, cite-se DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto. et al. *Código penal comentado.* 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 263; MIRABETE, J.F.; FABBRINI, R.N. *Manual de direito penal.* 24.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 362. Volume I; MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao código de processo penal.* São Paulo: Manole, 2005. p. 277; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal.* 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 325. Volume I; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* 6.ed. São Paulo: RT, 2006. p. 455; PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro.* 6.ed. São Paulo: RT, 2006. p. 701. Volume I; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro.* 7.ed. São Paulo: RT, 2007. p.689. Volume I.

[613] Uma vez mais, voltamos ao argumento da autonomia negocial: houve a formação desse contrato – consensual, sinalagmático e aleatório – visando à garantia de eventual sinistro, cuja ocorrência deflagra esse qualificado adimplemento de não só cobrir o risco, mas prestar determinada quantia em dinheiro. Essa estrutura dogmática do contrato de seguro, como descreve Pontes de Miranda, não sofre alteração pela simples razão de tutelar a vida humana (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* 3.ed. São Paulo: RT, 1984. p. 8 *et seq*. Tomo XLVI).

> regime do casamento seja o da comunhão de bens, não pode o varão receber a meação constituída dos bens percebidos por herança. Apelo provido por maioria, vencido o relator. (segredo de justiça)". (TJRS, Apelação Cível nº 70005798004, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 09/04/2003)

Nesse caso, veio à baila situação jurídica de um condenado por homicídio qualificado de seu sogro, que, na presente demanda, discutia a partilha de bens, em uma ação judicial de divórcio, com a filha da vítima. A apelante pretendia a exclusão de seu cônjuge (homicida de seu pai) da partilha, argüindo a incidência do primeiro inciso do art. 1.595 do então vigente Código Civil de 1916 (de redação muito próxima ao atual primeiro inciso do art. 1.814 do CC), já que o patrimônio lá dividido seria oriundo, exclusivamente, do inventário do sogro assassinado.

A solução engendrada pela maioria vitoriosa no referido acórdão (no sentido de afastar da meação do cônjuge todos os bens advindos do inventário) é inspirada, fora de dúvidas, pelas mais relevantes preocupações humanitárias que são cultivadas pelos espíritos iluminados. Já dissera VALÉRY que os pensamentos, tal como as emoções, nascem nus e são frágeis como os homens - *"il faut donc les vêtir"*[614]. A única *vestimenta* admissível em um pronunciamento jurisdicional, contudo, deve ser racional, onde prepondera o argumento de natureza jurídica que tenha o maior peso. Vejamos como essas observações podem ser aplicadas no presente caso, partindo-se da análise, primeiramente, do voto vencido do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos:

> No que diz com o mérito, ainda que estes autos relatem lamentável episódio que envolve o apelado no assassinato de seu sogro Emílio M.G., no interior do Cartório de Registros, no receio de que este estivesse alienando imóvel, que, ao final, seria herdado por sua esposa, ora apelante, tenho que nenhum reparo merece a sentença.
>
> Ocorre que o fundamento da apelante para ver seu ex-marido excluído da partilha na ação de divórcio (processo nº 11488 – autos em apenso), não encontra respaldo legal, eis que pretende aplicar, por analogia, o art. 1595, inc. I, do CC.
>
> Como bem afirmou o decisum, "(...)Os bens devem ser partilhados entre os cônjuges, pois casados sob o regime da comunhão universal de bens (art. 262, do Código Civil), não estando a hipótese dos autos (homicídio do sogro) elencadas no art. 263, do Código Civil, que estabelece os casos de exclusão da comunhão. Também não há como acolher eventual aplicação analógica do art. 1.595, inciso I, do diploma legal supra mencionado, porque o referido não é herdeiro da vítima do homicídio, como já reconhecido em sentenças anteriores, faltando o requisito da semelhança essencial dos casos postos em análise. Ademais, não se admite analogia para restringir direitos ou quando a enumeração legal é taxativa. Nesse sentido, a lição de Carlos Maximiliano na obra 'Hermenêutica e Aplicação do Direito" (Rio de janeiro, Forense, 1992, 12ª ed., p. 213): 'Quando o texto contém uma enumeração de casos, cumpre distinguir: se ela é taxativa, não há lugar para o

[614] VALÉRY, Paul. Littérature. In: *Tel quel.* Paris: Gallimard, 1941. p. 127.

> processo analógico; se exemplificativa apenas, dá-se o contrário, não se presume restringida a faculdade do aplicador do Direito.' "
>
> Ademais, cabe frisar que a doutrina estrangeira trazida pela apelante em sua inicial, com o fito de utilizar-se do direito comparado nos remete aos casos específicos de herdeiros excluídos da partilha pois atentaram contra a vida do autor da herança.
>
> A legislação ora sob foco traz uma sanção – exclusão da herança – aos que tentaram ou participaram de tentativa contra a vida daqueles de cuja sucessão se tratar. Em outros termos, como frisou o Ministério Público (fls. 543/549), quis a lei que a regra da indignidade recaísse tão-só naqueles possuidores de laços de sangue e/ou de extrema afeição com o autor da herança, a ponto de serem penalizados por atos atentatórios a sua vida, honra ou liberdade. Neste sentido, DESPROVEJO o apelo.

A linha de argumentação empregada nesses trechos é, de certa forma, próxima da que viemos defendendo ao longo desta dissertação. Com isso em mente, transcrevemos o voto vencedor da relatora para o acórdão, Desembargadora Maria Berenice Dias:

> Concordo com o eminente Relator quando diz que o Código Civil de 1916 não previu, entre as hipóteses de exclusão elencadas no art. 1.595, a situação ora vertida nos autos, uma vez que excluiu da sucessão, exclusivamente, os herdeiros.
> No entanto, não vejo como se possa afastar o princípio que regeu a edição dessa regra jurídica de elevado teor moral; No momento em que o legislador revelou a repulsa em contemplar com direito sucessório quem atentar contra a vida do autor da herança, a ponto de excluir o herdeiro da sucessão, nitidamente, rejeitou a possibilidade de que, quem assim age, ser beneficiado com seu ato.
>
> Houve uma omissão do legislador em não prever que tal ato, praticado por outrem, mas que direta ou indiretamente poderia se beneficiar do acervo patrimonial do de cujus, estaria o mesmo sujeito à mesma sanção. No entanto, ao contrário do posto no parecer ministerial, não vejo que a referência exclusivamente ao herdeiro vise punir só quem tivesse laços de sangue ou laços de afinidade com a pessoa contra quem atentou. Não. O legislador quis punir o autor do ato criminoso não lhe dando a herança, ou seja, lhe subtraindo o patrimônio que poderia vir a fazer jus.
>
> Não se pode olvidar que não há plenitude do ordenamento jurídico, prova disso é que, modo expresso, tanto o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil quanto o art. 126 do Código de Processo Civil determinam que a Justiça aprecie todas as questões que lhe são postas. Em havendo omissão da lei, por evidente que a solução não é negar a pretensão, pois a própria lei dá o caminho: analogia, costumes e princípios gerais do direito.
>
> A lei não permite que seja premiado com a herança quem age contra a vida de alguém, tanto que o pune com a exclusa do direito sucessório. Ora, o fato de o ora apelado não ser herdeiro, mas marido da herdeira, bem como não se estar em sede de sucessão mas frente a ação de divórcio, não se pode afastar a diretriz do legislador e impedir que quem deu ensejo à abertura da sucessão seja contemplado com os bens do de cujus que passou a integrar o patrimônio do casal.
>
> Esta omissão do legislador não se verifica no novo Código, que, no art. 1.814, amplia as hipóteses de exclusão, ao dizer que são excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa desta, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.

> Ainda que in casu não se possa aplicar o novo Código, cabível atentar que essa ampliação do dispositivo revela a aceitação da diretriz sinalizada pela doutrina.
>
> Confesso que tenho enorme dificuldade em fazer distinguir nos elencos legais se o rol é enumerativo, taxativo ou exemplificativo. No momento em que a lei prevê hipóteses - ainda que hipóteses de exclusão - nunca se pode ter o mesmo como exaustivo, porque, às vezes a imaginação - ou a crueldade do ser humano, como no caso - vai além da previsão do legislador.
>
> No entanto, se há omissões na identificação das pessoas integrantes do suporte fático, de tal omissão não se recentem os princípios, que devem sempre ser identificados para serem invocados quando se verifica uma lacuna na lei. Assim, se há omissão de norma legal, deve sempre que prevalecer o princípio consagrado pelo legislador que, indiscutivelmente, é o de não permitir a quem atenta contra a vida de outrem possa dele receber alguma coisa, seja como sucessor, seja como cônjuge ou companheiro do sucessor, Essa é a intenção do legislador e a função da Justiça é exatamente fazer incidir a orientação ditada pela lei. Aliás, para isso é que somos juízes, para fazer justiça segundo os princípios que regem o sistema jurídico. Não somos, como dizia Montesquieu: la bouche de la loi, juízes que simplesmente se limitam a repetir e aplicar a norma contida no elenco legal, permitindo que se conviva com a injustiça. Somos Juízes de Direito, integramos um Tribunal de Justiça.
>
> Confesso que fere meu senso de justiça fazer uma injustiça dessa ordem. No dia em que tomei posse como magistrada, jurei fazer justiça, não aplicar a lei de forma mecânica e casuísta. Se para isso, quem sabe, tiver que afrontar a lei, a dar ensejo talvez de ser acusada de ter me tornado adepto da nominada “justiça alternativa”, paciência. Se for esse a qualificativo que mereço, vou aceitar, mas não posso permitir é o locupletamento de alguém com a própria torpeza.
>
> Rogando vênia ao eminente Relator, voto pelo acolhimento do recurso com a inversão dos encargos sucumbenciais para afastar a possibilidade de o apelado se beneficiar da meação que é integrada pela herança da pessoa que ele matou.

As afirmações lançadas no voto denunciam o inconformismo com a categorização jurídica que a tradição doutrinária impõe ao julgamento da causa. O caráter odioso de que se reveste um homicídio praticado pelo genro contra o sogro, contudo, não opera qualquer taumaturgia hermenêutica: o assassino, que não é herdeiro, não apresenta a qualidade exigida pelo suporte fático da norma.

Reconheça-se que, sob a pressão emotiva do descompasso entre o que é e o que se gostaria que fosse, é grande a tentação de desenvolver teorias que melhor confortem a intuição subjetiva do “justo”. As conclusões de Claude DU PASQUIER, professor das Universidades de Neuchâtel e Génève, na terceira edição de sua famigerada obra, são pertinentes:

> Assim o espírito do Direito postula serenidade na sua aplicação. Nós fôramos, durante muito tempo, partidários de seu extremo amoldamento; nós estávamos inclinados a lançar fora os entraves de um 'juridismo' que nos parecia, por vezes, petrificado. As atribulações por nós sofridas, e que numerosas vítimas ainda sofrem, colocaram em plena luz o outro lado do problema. Embora continuemos a condenar o excesso de uma regulamentação burocrática, nós reconhecemos que estávamos errados ao procurar amenizar as garantias e as formas; elas protegem o sujeito de direito contra os excessos de febre que podem inflamar a opinião

> pública e contaminar mesmo os magistrados. O direito deve permanecer senhor, não somente em razão de seu conteúdo moral, mas simplesmente porque é direito[615].

Com efeito, no Direito Civil, os construtos jurisprudenciais costumam derivar do balanço entre sentimentos imediatos e a coerência conceitual, sendo tarefa da Ciência Jurídica garantir a harmonia entre ambos, rememorando os limites das categorias jurídicas[616]. Tendo isso em mente, para que a análise do acórdão seja a mais completa possível, faremos o cotejo dos argumentos expendidos pelo terceiro julgador, Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, o qual acompanhou o voto divergente:

> Uma das características de todos os diplomas materiais - e foi também o caso do código em vigor - é a preservação do sentido ético das suas regras. No código, como foi acentuado por todos os comentadores e por aqueles que vinham acompanhando toda a discussão do atual Código Civil, é o princípio ético que prevalece, como por exemplo, no caso dos contratos, o princípio da boa-fé.
>
> Não há por que, lá como aqui, deixar-se de divisar, no caso concreto, a aplicação do princípio ético, do princípio do senso comum, do princípio da equidade, ancorado nos princípios gerais do Direito, já que a aplicação da analogia é dificultada, podendo-se utilizar os princípios do Direito e dos costumes.
>
> Na obra de Orlando Gomes, arrola-se que, entre as hipóteses de indignidade, está o fato de o herdeiro ser o autor ou co-autor de homicídio. Arnaldo Rizzardo, em sua obra "Direito das Sucessões", traz uma citação do doutrinador Argentino Horacio e Cejas, afirmando que seria contrário a todo o princípio da justiça que aquele que ofendeu gravemente o causante ou sua memória, que tentou contra sua vida ou terminou com ela, pudesse a vir beneficiar-se com seus bens.
>
> Então, é o sentido que adoto, aceitando a tese sustentada da tribuna de que o meeiro não deixa de ser um legatário ex legis; portanto, aplicando-se também a indignidade no caso da sucessão legítima, pode-se construir uma nova hipótese de que ali se incluem também outras pessoas que, aproveitando-se diretamente do resultado do seu inexplicável gesto, venham a matar os autores da herança.
>
> Observe-se que já houve até trânsito em julgado da sentença condenatória, tanto que a pena está sendo cumprida; poderia prever-se que a família ajuizasse ação de indenização baseada na sentença trânsita em julgado e que no final pudesse até, quem sabe, haver-se da penhora desses bens, mas isso ofende o senso comum, a moral do cidadão e a justiça.
>
> Daí rogo vênia ao eminente Relator para dissentir de seu voto e, como a eminente Presidente, estou dando também provimento à apelação.

Na análise crítica dos votos vencedores componentes desse acórdão do TJRS, partiremos da já demonstrada construção teórica ao longo deste quarto

---

[615] Trata-se de tradução livre de trecho encontrável em: DU PASQUIER, Claude. *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit.* 3ème éd. Neuchâtel: 1948. p. 321.

[616] COGLIOLO, Pietro. *Filosofia del diritto privato*. 2.ed. Firenze: G. Barbèra, 1891. p. 101; *Idem. Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*. Torino: Fratelli Bocca, 1885. p. 80.

capítulo – no que tange ao caráter taxativo das hipóteses de indignidade –, salientando, novamente, o não-engessamento da atividade do Poder Judiciário. Voltamos à força inercial dos argumentos: inexistindo interpretação autêntica a respeito da aplicação do art. 1.814, o afastamento da interpretação tradicional exige que o juiz ordinário se desonere daquilo que ALEXY designa de "peso da argumentação" ("*Argumentationslast*").

Nos votos condutores do acórdão sob análise, contudo, inexiste sequer referência à mudança de entendimento, acompanhada, como seria próprio da argumentação jurídica racional e seu tributo aos princípios da universalização e da igualdade, da fixação de parâmetros normativos que orientassem decisões futuras. Houve decisão casuística – sem observância do passado, nem do futuro.

Ante o caráter apaixonado de algumas das linhas transcritas, registramos, novamente, a postura metodológica empregada no tratamento dos argumentos dogmáticos: qualificar a magistratura como uma atividade guiada pelo "senso de justiça", caracterizada por "fazer justiça" e, se necessário, "afrontar a lei", não passa de opinião individual, da qual, respeitosamente, discordamos. Nossa discordância, contudo, pretende buscar apoio em argumentos próprios da Ciência do Direito, não em impressões subjetivas. É por essa razão que enfrentaremos, neste espaço, tão somente os argumentos jurídicos dos votos transcritos.

Com relação ao voto que abriu a divergência, devemos insistir na presunção – tanto de natureza técnica, quanto de natureza institucional – presente no trecho em que se afirma que *"Houve uma omissão do legislador em não prever que tal ato, praticado por outrem, mas que direta ou indiretamente poderia se beneficiar do acervo patrimonial do de cujus, estaria o mesmo sujeito à mesma sanção".*

Como afirmamos ao longo deste quarto capítulo, o Poder Legislativo dispõe de variegadas técnicas legislativas aptas à apreensão da realidade – variando dos modelos cerrados aos modelos abertos. O CC, aliás, inspirado pela diretriz da operabilidade, traduz a madura reflexão a respeito desses temas. A circunstância temporal de o fato sob julgamento estar regido pelo Código Civil de 1916 – o qual, podendo utilizar-se de fórmula genérica, redigiu o art. 1.595 com terminologia específica – em nada altera a conclusão segundo a qual as omissões não podem ser presumidas a partir do desejo do magistrado.

A relatora para o acórdão prossegue: *"Assim, se há omissão de norma legal, deve sempre que prevalecer o princípio consagrado pelo legislador que,*

indiscutivelmente, é o de não permitir a quem atenta contra a vida de outrem possa dele receber alguma coisa, seja como sucessor, seja como cônjuge ou companheiro do sucessor". Com o devido respeito, já enfrentamos a temática do cânone da interpretação teleológica – onde discutimos a principiologia do Direito das Sucessões – de modo a debelar a assertiva.

Nada obstante, para que fique absolutamente clara a extensão que reconhecemos à teoria da argumentação jurídica selecionada, bem como a honestidade intelectual com que lidamos com os posicionamentos contrários, é bem de se ver que, na vigência do Código Civil de 1916 – o qual, à época, ainda contava, por exemplo, com o advérbio "só" na disciplina da ingratidão no contrato de doação –, apresentaria caráter dogmático uma argumentação que defendesse: "o legislador, quisesse ter conferido caráter taxativo ao rol de hipóteses de indignidade sucessória, tê-lo-ia redigido à guisa do rol de hipóteses de ingratidão do donatário". A esse argumento jurídico, diferentemente do que ocorre com o alegado "senso de justiça", são oponíveis outros argumentos jurídicos (diferença da natureza jurídica entre as categorias, por exemplo). Esse debate, juridicamente profícuo e racionalmente controlável, é elemento nuclear da teoria da argumentação jurídica ora defendida.

Prossigamos na análise dos argumentos expendidos pelo outro desembargador que compôs a maioria vencedora. Lê-se, no corpo de seu voto, a tentativa de assimilar a figura do genro meeiro (e não-herdeiro) à heteróclita categoria de "legatário *ex lege*". O legatário, como atesta pacífica doutrina[617], é beneficiado por uma operação de liberalidade do testador a título singular. Essa liberalidade, de um lado, exige cuidadosa disciplina legal (artigos 1.912 a 1.940 do CC), porque será executada quando não mais houver a possibilidade do testador aclarar a sua real extensão. De outro lado, essa disciplina, bem observada, é repleta de normas supletivas (subservientes, portanto, à vontade do testador), como o demonstram, por exemplo, a literalidade dos artigos 1.934 e 1.936. Trata-se de impossibilidade lógico-jurídica que um legado, voluntário por definição, seja considerado produto direto da lei, mormente em se tratando de hermenêutica que implique exclusão de direitos.

---

[617] Conferir, exemplificativamente, na doutrina brasileira: CAHALI, Francisco José. Sujeitos da sucessão: capacidade e legitimidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões.* 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 18; DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 381 *et seq;* VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil.* 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 265. Volume 7.

Convém que se examine, novamente, a distinta natureza das relações jurídicas, trazendo à luz as estruturas envolvidas na questão. No caso sob exame, o Poder Judiciário foi chamado a se manifestar sobre uma relação jurídica de Direito de Família (*"F"*): trata-se de divórcio (dissolução do vínculo conjugal – art. 1.571, *caput* e § 1º, CC), do qual resulta partilha do patrimônio cuja construção fática se deu durante o convívio dos cônjuges. Dessas constatações decorre que deve haver uma categorização de acordo com algum dos regimes de bens disponibilizados pela legislação civil: no caso, uma comunhão universal de bens (art. 1.667 do CC), a qual se encontra em fase de divisão.

A problemática da indignidade se insere em uma relação jurídico-sucessória (*"S"*), cuja eficácia tende a ser exclusiva deste mesmo ramo do Direito Civil[618]. A uma relação jurídica de Direito de Família (*"F"*), pois, quis-se aplicar uma eficácia que é própria das relações jurídicas de Direito das Sucessões (*"S"*) com vistas à exclusão de um sujeito capaz de direitos. Nem sequer uma interpretação sistemática justificaria arrastar uma eficácia excludente – diríamos uma eficácia-limite, naquele espaço de excepcionalidade que WINDSCHEID denominou "*a reação do Direito contra si mesmo"* –, oriunda de atos que só podem ser praticados por sujeitos envolvidos na relação jurídica "*S*", para uma relação jurídica *"F",* a qual se encontra submetida à outra disciplina normativa.

Ao fazê-lo, aliás, a fundamentação do acórdão pode ser atacada mediante outro prisma: a conseqüência prática de sua "justiça do caso concreto*"*, ao argumento de impedir que houvesse um locupletamento ilícito através da meação, subverte um esquema normativo pré-organizado pelo legislador no Direito de Família. Convém que se registre as observações, em obra doutrinária, da própria Maria Berenice DIAS:

> Quando o ato indigno for cometido pelo cônjuge ou pelo companheiro, tal pode levar à perda do direito de concorrência sucessória. Afinal, recebem parte da herança como herdeiros, ainda que não herdeiros exclusivos. Assim, mesmo que haja descendentes ou ascendentes, o cônjuge pode ser excluído por indignidade. A exclusão, no entanto, não afeta o direito à meação. A depender do regime de bens, fração do patrimônio pertence ao cônjuge por direito próprio. O mesmo ocorre na união estável, em que a metade dos

[618] O autor não ignora que existem casos no CC em que a eficácia oriunda de ato jurídico *lato sensu* regido pelo Direito das Sucessões esparge seus efeitos excludentes para o Direito de Família. Um exemplo disso se contém no inciso IV do art. 1.693, no qual se prevê que os bens pertencentes aos filhos, por força de herança, da qual os pais foram excluídos, não podem ser por estes administrados. Trata-se, com efeito, de uma relação de Direito de Família que é tolhida pela eficácia da declaração judicial de indignidade. O exemplo, contudo, só reforça a nossa tese: a lei deve intervir explicitamente quando, ainda que em sede de um sistema interno, queira restringir direitos.

> aquestos compõe a meação do companheiro. Assim, mesmo que um cônjuge tenha matado o outro, não perde o direito à meação. Somente sujeita-se a perder o direito de concorrência ou o direito à herança se for herdeiro exclusivo.[619]

Noutras palavras, impedir que o genro, por intermédio da partilha oriunda da dissolução do vínculo conjugal, venha a adquirir os bens que compunham o inventário da vítima de seu ato criminoso, implica dizer que a filha do *de cujus* não tenha que dividir um patrimônio que é comum, segundo a disciplina da comunhão universal de bens. Estar-se-ia, no presente caso, promovendo um enriquecimento ilícito de um dos cônjuges (filha do *de cujus*) graças a um procedimento hermenêutico que funde "juridicamente" as figuras do cônjuge meeiro (*"F"*) e do assassino não-herdeiro (*"S"*).

Poucas situações exemplificariam melhor o risco ao qual a argumentação jurídica encontra-se sujeita quando se concebem determinadas interpenetrações ontológicas entre sujeito e objeto, amalgamadoras da pessoa e seus atos[620], nas quais a reprovabilidade (moral ou jurídica) que recaia sobre o ato sobrepõe-se à categorização jurídica do sujeito. Tal procedimento engendra um déficit democrático que é evitado pela utilização, dentro do marco da teoria da argumentação jurídica selecionada, de alguns conceitos clássicos da Teoria Geral do Direito (como o são os conceitos de "categoria jurídica" e de "relação jurídica").

O recurso à teoria da fraude*,* tal qual no acórdão anterior, pode ser aqui problematizada – inclusive com maior proveito, em face das circunstâncias fáticas deste acórdão do TJRS, no qual surge a delicada questão que relaciona a esfera civil com a esfera penal, cujo desenvolvimento teórico fundamental não cabe neste espaço[621]. Para nossos propósitos importa referir, tão somente, que a necessária subsidiariedade requerida para a aplicação da figura da *"*fraude*"*, novamente, não se encontra preenchida se subsumirmos a situação do genro, frente aos bens que eram

---

[619] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões.* São Paulo: RT, 2008. p. 290.

[620] OLBRECHTS-TYTECA, Lucie; PERELMANN, Chaïm. *La nouvelle réthorique* - Traité de l'argumentation*.* Paris: PUF, 1958. p. 398-399. Tome deuxième: *"La morale et le droit jugente à la fois l'acte et l'agent: ils ne pourraient se contenter de prendre en considération un seul de ces deux éléments. Du fait même qu'on le juge lui, l'individu, et non ses actes, on admet qu'il est solidaire des actes qu'il a commis. Mais cependant, si l'on s'occupe de lui, c'est en raison d'actes, que l'on est capable de qualifier indépendamment de sa personne».*

[621] A título exemplificativo de algumas questões concernentes ao ponto, remetemos à leitura dos seguintes acórdãos do TJ/RS: Apelação Cível nº 596185256, 8ª Câmara Cível, Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 28/08/1997; Apelação Cível nº 599204930, 7ª Câmara Cível, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 09/06/1999; Agravo de Instrumento nº 597180702, 7ª Câmara Cível, Rel. Eliseu Gomes Torres, j. 15/04/1998; Agravo de Instrumento nº 70002423044, 7ª Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, j. 30/05/2001.

de propriedade do *de cujus*, à já citada regra da alínea "b" do inciso II do art. 91 do CP. Essa questão, contudo, deve ser resolvida no juízo penal, não nos autos do divórcio.

Importa salientar que um dos julgadores suscita essa hipótese, afirmando que "*já houve até trânsito em julgado da sentença condenatória, tanto que a pena está sendo cumprida; poderia prever-se que a família ajuizasse ação de indenização baseada na sentença trânsita em julgado e que no final pudesse até, quem sabe, haver-se da penhora desses bens*", mas isso, segundo o magistrado, *"ofende*[ria] *o senso comum, a moral do cidadão e a justiça"*. Essa observação deixa claro, a nosso ver, a maneira como esse aguilhão emotivista impediu que o caso fosse trabalhado à luz de categorias jurídicas e, conseguintemente, ofertasse segurança em casos futuros, no marco de uma argumentação jurídica racional.

Frise-se, aqui, a distância teórica que separa dois fundamentos convergentes a um só resultado prático. Tanto no caso de extensão da hipótese do inciso I do art. 1.814 a quem não seja herdeiro ou legatário, como no caso de considerar aqueles bens auferidos a título de meação como produtos de um crime, o resultado será uno (perda dos bens); é a "*metódica jurídica"*[622] de um ou de outro, contudo, que define qual dos dois melhor se afina com o exercício de rigorosa argumentação jurídica de caráter racional.

---

[622] Fazemos expressa referência ao termo germânico *"Methodik"*, empregado por Friedrich Müller em sua prestigiada "*Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts".* Para a citação, não a encontrando no vernáculo, consultamos a primorosa tradução feita por Peter Naumann, onde se encontra este conceito altamente sintético – *Methodik* – e agregador de toda a diferença que se pretende expor entre a fundamentação empregada no acórdão e aquela que se propõe neste espaço. Müller explora as nuanças fundamentais da *"Methodik"* ao escrever: *"A metódica deve poder decompor os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir caminho ao 'feed-back' (Rückkopplung) controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais (tribunais revisores, jurisdição constitucional, etc.) e da ciência jurídica".* Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional.* Traduzido por Peter Naumann. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 35-38, *passim.*

CONCLUSÃO

Voltamos a Jean Guitton: só o fim confere o verdadeiro sentido ao começo, tão somente as últimas linhas esclarecem as primeiras[623]. Desde as afirmações preambulares desta dissertação, a ela imputamos o objetivo de apresentar propostas argumentativas ao tratamento jurisprudencial da indignidade sucessória, no que tange, especialmente, à impossibilidade de estender a sua eficácia excludente (da herança) a hipóteses que não se encontrem contempladas no art. 1.814 do CC.

A estruturação formal dos capítulos desta dissertação, dissemos então, metaforizaria os sucessivos degraus convergentes à demonstração dessa hipótese científica. Chegado o momento conclusivo do trabalho, aquela impossibilidade hermenêutica é corroborada pelo conjunto de argumentos extraíveis dos quatro capítulos, de cuja sintética rememoração passamos a tratar.

O primeiro capítulo desta dissertação dedicou-se à narrativa a propósito da construção do Direito das Sucessões a partir de seus aspectos eminentemente filosóficos e sociológicos, tendo por objetivo metodológico precípuo demonstrar que o conceito de herança intestada já foi arquitetado ao redor das mais variegadas concepções filosóficas e sociológicas. Preliminarmente, contudo, demonstramos que essa construção é tensionada por atávica perplexidade humana no que concerne à finitude existencial. Essa perplexidade espelhou-se nas mais diversificadas manifestações culturais – filosóficas, psicanalíticas, literárias e, no que nos interessa, jurídicas.

Nessa ordem de pensamento, sublinhamos (evocando a lição doutrinária de Jean-Pierre VERNANT) a função civilizatória da morte, segunda a qual, para além de refletir sobre seus aspectos metafísicos, é mister que demarquemos os limites materiais de sua repercussão. Essa perplexidade jurídica traduz-se em comandos normativos organizadores dos bens daqueles que faleceram. Na quase totalidade das sociedades ocidentais, essa tarefa é desempenhada pelo Direito das Sucessões.

---

[623] GUITTON, Jean. *Le travail intellectuel.* Conseils à ceux qui étudient et à ceux qui écrivent. Paris: Aubier Montaigne, 1951. p. 174 : «*Car la fin seule donne son sens vrai au commecement et les dernier écrits éclairent les premiers, et les derniers actes de la vie illuminent tout ».*

A partir desse ponto, pudemos explorar os diversificados e reciprocamente contraditórios fundamentos que já foram atribuídos ao Direito das Sucessões. Para essa função, nos valemos de duas obras – uma, de autoria de Edouard GANS; outra, de GABBA, Carlo Francesco –, cuja densidade as inscreve sobre as páginas clássicas do Direito Civil. Ao coligir os ensinamentos de tais autores, assinalamos o nosso propósito específico: fixar o dissenso a fim de romper, na segunda parte desta dissertação, com esse tipo de fundamentação e adotar uma Teoria da Argumentação Jurídica cuja racionalidade, independentemente de filiação filosófica, seja condizente com o Estado Democrático de Direito.

A análise das civilizações antigas do Oriente (chineses, hindus, hebreus), helênica e romana, levam à conclusão de que o fenômeno jurídico-sucessório nasce sob o signo da afirmação – ora patriarcal, ora estamental - fundamentalmente política, matizada, é certo, por nuanças religiosas (mormente em Roma) e por nuanças territoriais (mormente no período feudal).

Fizemos questão de declinar a lição de Henri LÉVY-BRUHL – e nenhum outro autor pesquisado, neste trabalho, deixa tão claro o propósito do primeiro capítulo –, segundo a qual a sucessão é intimamente ligada, em Roma, à *patria potestas*, ou, de uma maneira ainda mais larga, ao parentesco agnatício. Ela não tem nada que ver com afeição. A ideia segundo a qual a *pietas* obriga um romano a deixar seus bens a um parente próximo não aparece, sob o influxo do Cristianismo, antes da época imperial e da "Novela CXV".

O Ocidente esperaria o séc. XVI para assistir à defesa, por parte da Escola dos Comentadores, de concepções jusfilosóficas que assentassem os fundamentos do Direito das Sucessões sobre o afeto familiar. Essa afirmação contradiz toda e qualquer argumentação que se queira arrogar o caráter pretensiosamente histórico com vistas a influenciar na exegese de qualquer instituto de Direito das Sucessões.

A comparação entre os autores alocados no seio das "doutrinas críticas" demonstra, a partir da diferença radical que aparta as perspectivas a partir das quais criticam o mesmo fenômeno – seja sob a perspectiva da igualdade, tais os revolucionários franceses, Léobon LAROMBIÈRE, Antoine-Eugène BURET, Claude-Henri SAINT-SIMON, Joseph-Pierre PROUDHON e Karl MARX; seja sob a perspectiva da liberdade, tais como Jeremy BENTHAM e John Stuart MILL –, o dissenso a que fizemos referência.

As doutrinas jusfilosóficas do séc. XIX (sob as penas, por exemplo, de Heinrich AHRENS, Luigi MIRAGLIA, Antonio ROSMINI, Jean-Jacques BURLAMAQUI, Eugène LERMINIER, Enrico CIMBALI) já vêm impregnadas da inclinação romântica e em nada alteram nossa conclusão a respeito do equívoco de se querer, a partir de exemplos históricos, o argumento metafísico do afeto como base do Direito das Sucessões.

A partir dessa apertada síntese histórica, podemos atribuir a esse primeiro capítulo da primeira parte o condão de ter assentado aquele objetivo que assinalávamos nas linhas introdutórias: o conceito de herança intestada já foi arquitetado ao redor das mais diversas concepções filosóficas e sociológicas. Esse ponto de partida – isto é, o caráter dissentâneo dessas concepções – é fundamental ao recorte metodológico do segundo capítulo, qual seja a opção por um estudo dogmático-jurídico da indignidade sucessória.

No início do segundo capítulo, ressaltamos, a partir da constatação de Bernard WINDSCHEID, que a ruptura (de caráter material) representada, no âmbito do Direito das Sucessões, pela indignidade sucessória, seria mais bem apreendida por meio de outra ruptura (de caráter formal). Ambas as rupturas – formal e material – foram esmiuçadas ao longo do segundo capítulo.

À ruptura formal se dedicou a primeira parte do segundo capítulo, demonstrando a opção metodológica que fizemos, a partir da constatação de que as concepções demonstradas ao longo do primeiro capítulo não guardavam unanimidade nem em suas premissas, nem em suas conclusões. Afastar essas concepções de nosso viés científico (ruptura formal) impedirá que a densidade semântica do substantivo "indignidade" se expanda – tal como o próprio WINDSCHEID parecia temer quando criticava o uso, por parte dos pandectistas, do latinismo "*Indignität"* ao invés de *"Erbunwürdigkeit*" – para além dos efeitos jurídicos previstos no Direito das Sucessões brasileiro. A esse propósito serviram as especificações terminológicas do item "2.1".

A segunda parte do segundo capítulo dedicou-se à ruptura material, frisando o caráter excludente da categoria da indignidade sucessória. Esse momento da dissertação dedicou-se à exposição dos contornos normativos objetivos e subjetivos através dos quais o Direito brasileiro delimita a noção jurídica de indignidade sucessória, momento em que estabelecemos as balizas argumentativas norteadoras das propostas do quarto capítulo.

O tratamento doutrinário da indignidade sucessória no direito brasileiro endereça-nos à seguinte premissa dogmática: para que seja deflagrada a eficácia excludente da herança, representada pela indignidade sucessória, é necessária a cumulação de dois requisitos: um de ordem subjetiva, outro de ordem objetiva. O requisito de ordem subjetiva diz com a limitação, apontada pelo *caput* do art. 1814 do CC, de acordo com a qual estão sujeitos à pecha da indignidade, tão somente, "herdeiros ou legatários". Eis o universo subjetivo passível de indignidade sucessória.

O requisito de ordem objetiva diz com a enumeração legislativa, nos três incisos do art. 1.814, dos atos que importam a excepcional eficácia excludente da herança, bem como a propositura, dentro do prazo de quatro anos, da ação respectiva. Eis o conteúdo normativo do requisito objetivo da indignidade sucessória.

Esses requisitos nutrem estreita relação com o conceito de "categoria jurídica", cujo potencial jurídico-racionalizante foi ressaltado na segunda parte do segundo capítulo. Isso porque os artigos 1.814 a 1.818 do CC delimitam, por meio desses requisitos, o alcance da categoria jurídica da indignidade sucessória no direito brasileiro. É dizer, ao se fazer referência a qualquer aspecto normativo estranho a esses requisitos, não se cuidará, ao menos no Brasil, de indignidade sucessória.

Poder-se-á cogitar do emprego de "indignidade" em um sentido sociológico, histórico, até mesmo jusfilosófico; não dogmático. Essa opção do aplicador do Direito por um sentido não-dogmático em nada contribui para a segurança jurídica e para a universalizabilidade das decisões judiciais. Esse aspecto deve ser enfaticamente sublinhado: o magistrado que pretenda declarar judicialmente a indignidade sucessória de alguém que não seja herdeiro ou legatário (requisito subjetivo), ou de alguém que tenha incorrido em atos não previstos nos três incisos do art. 1.814 do CC (requisito objetivo), não está contribuindo ao tratamento racional da referida categoria.

A disciplina legislativa brasileira, mormente a partir do cotejo que fizemos entre a indignidade sucessória e a deserdação, deixa entrever o caráter absolutamente excepcional da primeira. Ao passo que a deserdação admite a forma testamentária pura, a indignidade sucessória requer declaração judicial, provocada por meio de ação própria.

O desenvolvimento da categoria da indignidade sucessória, seja na perspectiva da História do Direito, seja na perspectiva do Direito Comparado, sinaliza a necessária cumulação desses dois requisitos. Qualquer "guinada jurisprudencial" nesse caminhar, caso se queira preservar a segurança jurídica e a universalizabilidade das decisões do Poder Judiciário, exige fundamentação racionalmente idônea, sob uma perspectiva dogmática.

Naquele espaço do segundo capítulo, fizemos questão de demonstrar ponto fundamental deste trabalho: nossa hipótese científica, a respeito do caráter taxativo das hipóteses de indignidade sucessória, não partilha da compreensão, típica do positivismo exegético do séc. XIX, segundo a qual o intérprete nulifica a sua atividade diante da sacralidade de que se reveste o texto legal. Muito ao contrário, nossas propostas partem de um modelo de teoria da argumentação jurídica que defende, obstinada e persistentemente, a “provisionalidade do conteúdo de verdade dos dogmas jurídicos” (BACHOF). No terceiro capítulo, pudemos explorar a amplitude dessa afirmação.

O que há de comum entre a teoria da argumentação jurídica selecionada e as premissas fundamentais do positivismo exegético é, em primeiro lugar, a valorização da segurança jurídica na qualidade de (um dos elementos) garantidor da igualdade perante a jurisdição. Em segundo lugar, há a compreensão comum de que a lei desempenha um papel – ainda que insuficiente – absolutamente imprescindível no exercício da jurisdição. Essas constatações ganharam luminosidade quando expusemos, no item "2.1.1.3", as relevantes funções que Robert ALEXY imputa à argumentação dogmática (estabilizadora, de descarga, função técnica, de controle e heurística).

Uma das principais funções metodológicas que outorgamos ao segundo capítulo, mormente a partir do item "2.2.2", consiste em salientar, uma vez mais, a distância que separa os pressupostos teóricos desta dissertação do vetusto positivismo exegético. Isso porque este item demonstrou, através de exemplos, o alcance da expressão contida em nossa hipótese científica ("impossibilidade de estender a eficácia excludente da herança a hipóteses que ***não se encontrem contempladas no art. 1.814 do CC***"), muito além da mera previsão legal.

Tivemos oportunidade de demonstrar que divergências teóricas – nascentes, precisamente, da ambiguidade literal da obra legislativa – são pacificamente aceitas pela teoria da argumentação jurídica de Robert ALEXY na qualidade de

contraposição entre argumentos dogmáticos, de cuja solução a passagem do tempo e a qualidade do melhor argumento se encarregarão.

O exemplo paradigmático a que fizemos referência diz com a divergência doutrinária a propósito da caracterização jurídica da situação em que o filho menor de dezoito anos assassina o pai. A teoria da argumentação jurídica selecionada reconhece o caráter saudável a esse dissenso doutrinário, desde que ele se movimente, como demonstrado, dentro de lindes conceituais dogmático-jurídicos (ato infracional x homicídio), os quais independem de indevidas interferências ideológico-filosóficas de cada magistrado no exercício jurisdicional.

Essas afirmações foram mais bem esclarecidas no terceiro capítulo, quando selecionamos a Teoria da Argumentação Jurídica que julgamos idônea, simultaneamente, à promoção da racionalidade jurisdicional e à permeabilidade do Direito à realidade social. Incumbimos o terceiro capítulo da missão reveladora dos pressupostos alexyanos a partir dos quais enfrentaríamos o tratamento jurisprudencial das hipóteses elencadas nos três incisos do art. 1.814 do CC/2002. O enfrentamento, direcionado à lassidão jurídico-intelectual e à predominância do emotivismo sobre a Ciência do Direito, encontra em Robert ALEXY um modelo de racionalidade – conquanto muitos outros sejam possíveis –, o qual assegura, a um só tempo, a segurança jurídica e a universalizabilidade das decisões judiciais.

Refutando diversas teorias a respeito da argumentação, ALEXY adota, em grande parte, o sistema de regras da teoria do discurso prático geral na argumentação jurídica, de acordo com uma relação batizada, conforme visto, de "tese do caso especial" (*"Sonderfallthese*"). Essa tese nasce, de um lado, do caráter inespecífico do discurso prático geral que torna sua utilidade limitada para o discurso jurídico; de outro, do substancial aporte que o primeiro fornece ao segundo, com especial relevância aos conceitos de "pretensão de correção" (*"Anspruch auf Richtigkeit"*) e "princípio da inércia" ("*Prinzip der Trägheit*").

Tivemos oportunidade de frisar, ainda no item "3.1", a não coincidência entre o discurso prático-geral e o discurso moral, em face da evidente constatação de que não se mostra viável a resolução de questões práticas (sobre o que deve ser permitido ou proibido) recorrendo ao simples "aquilo que é bom para todos". Se o legislador, imbuído de legitimidade democrática, recorre, no exercício legiferante, a critérios muito mais objetivos que essa duvidosa presunção a respeito do que é bom para todos, o que se dirá do magistrado no exercício jurisdicional.

Segundo ALEXY, os discursos práticos gerais diferem do discurso jurídico no que são independentes de razões institucionais. Para a argumentação jurídica, ao contrário, as razões institucionais (como a lei e o precedente) são constitutivas. As exigências “práticas”, contudo, demandam a eleição de critérios preferenciais entre as possibilidades discursivas. Esse é o marco transicional do “discurso prático geral” ao “discurso jurídico”: os limites do primeiro fundamentam a necessidade do segundo.

Eis o coração da "tese do caso especial": ao contrário do discurso prático geral, na discussão jurídica nem todas as perguntas estão abertas para serem discutidas. A discussão jurídica se realiza baixo de restrições, as quais advêm do ordenamento jurídico vigente. Complementarmente a essas restrições, a "pretensão de correção" exige que toda proposição jurídica implique aceitabilidade racional, apoiada em argumentos racionais.

Uma proposição que se pretende correta nada mais é do que uma proposição que pode ser justificada racionalmente através de uma argumentação racional, e não arbitrária e despojada de valor, ou seja, meramente subjetiva. Diferentemente da pretensão de correção do discurso prático geral, a pretensão de correção jurídica reivindica que, mesmo sujeita às limitações estabelecidas por essas condições limitadoras, a afirmação é racionalmente justificável.

Um juiz deverá, portanto, de uma forma ou outra, demonstrar que sua sentença não se baseia em convicções pessoais, mas que pode ser racionalmente justificada no contexto da ordem vigente. Essa preocupação, principalmente em face do emotivismo subjacente ao tratamento da Morte e das relações familiares, preencheu cada um dos parágrafos desta dissertação.

Tendo em mente esses elementos teóricos, ao longo do item "3.2.2", dedicamo-nos à exposição dos caracteres fundamentais de da argumentação jurídico-dogmática a partir, principalmente, da justificação interna e da justificação externa. Demonstramos que a justificação interna, na exata medida em que traduz procedimento lógico-dedutivo de correspondência entre a argumentação e as premissas que a informam, satisfaz a exigência – por parte do princípio da igualdade – de universalizabilidade das decisões judiciais.

Após conceituá-la, de acordo com o paradigma teórico escolhido, salientamos que a proposta de ALEXY, bem como as nossas propostas atinentes à indignidade sucessória, não se esgota nesse procedimento lógico-dedutivo que

caracteriza a subsunção. É a sua necessariedade, seguida de sua insuficiência, que reclama um segundo – e relevante – passo da metodologia argumentativa: a justificação externa.

Demonstramos que a teoria da argumentação jurídica defendida por Robert ALEXY compreende a justificação externa a partir de uma comparação: ao passo que a justificação interna se presta à verificação da pertinência lógica entre a decisão e as premissas aduzidas na sua fundamentação, a justificação externa consiste em aferir a correção dessas premissas.

Considerando que a solução de nosso problema científico não problematiza enunciados empíricos, bem como já estamos analisando dispositivos legais, a justificação externa nos serviu à desconstrução dogmática dos argumentos que buscam – além do que contido no art. 1.814 do CC – outras hipóteses deflagradoras da eficácia excludente da herança.

Procedemos a tal desconstrução, no item “3.2.2.2”, por meio de cinco regras principais (argumentação empírica, argumentação a partir de cânones da interpretação legal, argumentação dogmática *stricto sensu*, argumentação jurisprudencial, formas especiais de argumentos jurídicos) coesivamente cimentados a partir do uso de argumentos prático gerais – eis a hexapartição que nos serviu de grade analítica no quarto capítulo.

Esse arsenal teórico, portanto, serviu de instrumento, nos propósitos desta dissertação, à análise doutrinária a respeito do caráter taxativo das hipóteses de indignidade sucessória, bem como à análise do tratamento jurisprudencial dessa categoria. Demonstramos a importância, nesse paradigma, do conceito de princípio da inércia, segundo o qual, em nossa matéria, quando um magistrado se afasta de determinada orientação, deve arcar com um ônus argumentativo racionalmente controlável. Trata-se de deslocar no espaço argumentativo – seja-nos permitido a metáfora – uma dada interpretação, retirando-lhe da inércia. Essa inércia, contudo, presta inegáveis serviços à segurança jurídica, daí o peso que recai sobre os julgadores que lhe objetam.

A função emotiva – combatida por ALEXY, em abstrato, e por esta dissertação, em particular – atribui às palavras “significados emotivos”, os quais exaltam ou desacreditam determinados pontos de vista ao sabor variável dos interesses de quem sugestiona. Essa cisão entre os significados (descritivo e

valorativo) raramente se deixa perceber por quem sofre sua influência, bem como se estabelece em cima da persuasão emotiva, não-racional.

É notável, neste ponto, a conexão com a insistência que demonstramos, tanto em nossas especificações terminológicas ao longo do segundo capítulo. A hexapartição exposta no terceiro capítulo, da mesma forma, constitui-se em proposta de racionalidade objetivando imunizar o magistrado desses efeitos – valorativos e irracionais – evocados pela hediondez dos fatos que ensejam a indignidade sucessória, a partir do obstinado e persistente recuo aos contornos jurídico-dogmáticos da categoria no Direito brasileiro.

Se é certo que o sistema de regras da teoria do discurso, aplicado à argumentação jurídica, não oferece nenhum procedimento que permita alcançar sempre um resultado correto, é a imbricação lógica – e a possibilidade de controle que daí decorre – entre a decisão do caso concreto e a dogmática assentada que garante sua superior legitimidade comparativamente à imbricação puramente psicológica desenvolvida pela fundamentação emotivista.

Em outras palavras: o fato de a teoria do discurso apontar, via de regra, mais de um resultado argumentativamente possível, não lhe diminui em nada a racionalidade, já que é modulada pelos vários elementos dogmáticos do ordenamento em que se estabelece. Essa mesma modulação inexiste no paradigma emotivista, porquanto, ainda que coloque às claras suas premissas ("senso de justiça", "moral do cidadão", etc.), não põe seu conteúdo à discussão – o magistrado assume que está autorizado a ignorar a lei a partir de distorcida noção de legitimidade (alegadamente) popular.

Perseguindo com fidelidade o objetivo desta dissertação, pudemos, já no quarto capítulo, instrumentalizar a análise da indignidade sucessória com os conceitos hauridos da Teoria da Argumentação Jurídica exposta no terceiro capítulo. Nessa ordem de pensamento, salta aos olhos o marco distintivo entre o discurso prático geral e o discurso jurídico: neste último, "nem todas as perguntas estão em discussão". No tratamento das hipóteses legalmente estabelecidas no art. 1.814 do CC, a interpretação que lhes será conferida não pode partir dos bons sentimentos (parentesados por nós nas linhas introdutórias desta dissertação). A impossibilidade da extensão judicial, no que tange aos requisitos objetivos e subjetivos encartados no referido dispositivo, teve de ser justificada sobre outras bases: a esse propósito se dedicou o quarto capítulo.

Para esse fim, o item “4.2” demonstrou que, há mais de um século, a questão a propósito da taxatividade de que se revestem as hipóteses legais de indignidade sucessória é tratada de maneira uniforme no Direito Comparado. Ao menos nos ordenamentos jurídicos cotejados, a análise consorciada entre o texto legal e sua exegese doutrinária demonstra, à saciedade, o uníssono entendimento segundo o qual o conceito de indignidade sucessória não é abstratamente manipulável pelo magistrado; senão determinado pela legislação. Sob essa ótica, a discussão dogmática a respeito do alcance dos requisitos subjetivos e objetivos – cujas controvérsias cientificamente saudáveis foram expostas no segundo capítulo – não só é garantida, como também estimulada pela teoria da argumentação jurídica. Diversa é a situação, a exemplo dos acórdãos que analisamos ao longo do quarto capítulo, quando se quer imputar a pecha de indignidade sucessória a quem não dispõe da qualidade de herdeiro ou legatário.

O item “4.3” consolidou essas impressões genericamente espargidas ao longo desta dissertação. Demonstramos, logo às suas primeiras linhas, a simplicidade teórica – em que pese a hediondez fática – do caso Suzane Von Richtofen, solucionado logo no plano da justificação interna. Demonstramos, então, que embora Suzane tivesse cometido homicídio, em coautoria, contra os seus ascendentes, poder-se-iam conjecturar algumas hipóteses que sofisticariam as reflexões ora expostas, abstraindo o trânsito em julgado da ação penal. Questões como a inconsciência de Suzane a respeito dos planos homicidas do namorado, de maneira a não configurar sequer a sua participação; a vontade viciada de Suzane, coagida pelo namorado a estrangular a mãe; a decretação, no foro penal competente, da extinção da punibilidade em razão de se ter consumado a prescrição da pretensão penal; que Suzane contasse, à época dos fatos, com dezesseis anos – todas são discutíveis dentro do contexto jurídico-dogmático em que situamos a questão até aqui, isto é, são rigorosamente problemas de argumentação jurídica, para o qual a doutrina, com ou sem consenso, oferta soluções a serem debatidas no tempo e espaço da construção da Ciência Jurídica. A respeito dessas elucubrações, consignamos, conquanto acarretem relativa insegurança jurídica, fazem parte da imprecisão inevitável da obra legislativa.

Diversa é a situação, por outro lado, nas hipóteses prefiguradas no quarto capítulo, tais como: (A) a hipótese segundo a qual, ao invés da mãe, Suzane tivesse matado, consciente e voluntariamente, não a companheira, nem a cônjuge atual,

mas a concubina de seu pai; (B) se Suzane induzisse, diária e persistentemente, a mãe depressiva a cortar os pulsos, deixando-lhe ao alcance facas e tesouras; (C) se Suzane, surpreendida por uma gravidez indesejada, mantivesse a gestação até o seu termo, afogando o bebê imediatamente após o parto; (D) se Suzane venha a contrair matrimônio e pactue a comunhão universal de bens, após o que assiste ao assassinato de seu pai por seu cônjuge. Nessas hipóteses é que se faz necessário o recurso à justificação externa, testando a correção das premissas de qualquer intérprete/aplicador que lhes queira imputar a pecha de indignidade sucessória.

No bojo da justificação externa, após termos reiterado (no item “4.3.2.1”) a prescindibilidade de se alongar na análise da argumentação empírica, adentramos, já no item “4.3.2.2”, na análise da argumentação a partir dos cânones de interpretação. No plano do cânone da interpretação sistemática, destacamos que as diferenças redacionais entre as duas espécies de categorias de exclusão da herança dependentes da conduta do herdeiro (deserdação e indignidade sucessória) indicavam intenção unilateral do legislador, considerado o emprego da técnica da remissão, tão somente, no que diz com a deserdação. Salientamos, então, que essa exegese comparativa importaria na subversão da lógica própria do Direito das Sucessões, na medida em que a autonomia do autor da herança, ao invés de respeitada, é coagida.

Ainda no cânone da interpretação sistemática, o exemplo retirado do Direito de Família demonstrou que, ao disciplinar a cessação do dever do ex-cônjuge prestar alimentos, o legislador se valeu de técnica legislativa aberta. Podendo discriminar as hipóteses que reputava suficientemente indignas ao ponto da dissolução do dever de prestar alimentos, não o fez. A partir desse silêncio, a doutrina brasileira, reverenciando a interpretação sistemática, admite a aplicação liberatória das hipóteses de indignidade sucessória e de ingratidão do donatário; nada obstante, não se descarta, em virtude da redação empregada, a postura dogmática que defenda a livre apreciação desse "procedimento indigno" por parte do magistrado.

O mesmo não sucede, registramos, com a categoria jurídica de que nos ocupamos nesta dissertação, já que o mesmo CC, podendo adotar um modelo legislativamente aberto de exclusão da herança, optou pela discriminação das hipóteses aptas a servirem como causa de pedir em ação de indignidade sucessória.

Em nosso modo de ver, essa comparação sistemática, uma vez mais, evidenciou a postura restritiva do legislador com relação às hipóteses de indignidade sucessória.

Já no cânone da interpretação teleológica, alinhavamos uma síntese do que a doutrina convencionou chamar de "princípios do Direito das Sucessões" (como os princípios da liberdade relativa, da *saisine* e da solenidade), bem como a inspiração técnica que motivou a elaboração do novo CC. A partir desses elementos, registramos nossa posição segundo a qual, quisesse o legislador remeter ao magistrado a tarefa de sopesar quais são as condutas suficientemente graves à exclusão da herança, tê-lo-ia feito por meio da técnica legislativa da cláusula geral.

Tivemos oportunidade de frisar as conclusões advenientes do cotejo entre a indignidade sucessória e a modificação legislativa experimentada pelo instituto da ingratidão no contrato de doação, seja em razão da distinção de natureza jurídica que as separa, seja em razão da inércia legislativa no que tange à categoria estudada nesta dissertação.

No plano da argumentação dogmática, no item "4.3.2.4", cotejamos amplo rol bibliográfico – tanto na vigência do revogado Código Civil de 1916, quanto no vigente CC –, objetivando demonstrar, no Brasil, a opinião doutrinária que se inclina à taxatividade das hipóteses de indignidade sucessória. Essa acaçapante maioria robustece a tradição dogmática sobre a qual recai o princípio da inércia, tensionando os magistrados, em nosso caso, rumo à impossibilidade de simplesmente ignorar os requisitos objetivos e subjetivos da categoria da indignidade sucessória no direito brasileiro.

No plano da argumentação por meio das formas especiais de argumentos jurídicos, no item "4.3.2.4", tivemos ensejo de demonstrar a incompatibilidade existente entre a possibilidade de analogia e certos ramos do Direito onde vige o "princípio da taxatividade". Exemplificamos com o Direito Penal e o Direito Tributário, no Direito Público, e os Direitos Reais no Direito Privado. Comparando o tratamento doutrinário que visa à mitigação do princípio da taxatividade nos Direitos Reais e a mesma aplicação sobre a indignidade sucessória, salientamos a sugestiva distinção: ao passo que, no primeiro caso, o tratamento doutrinário ampliativo tem por resultado a concessão de direitos; no segundo caso, o mesmo tratamento resulta na amputação de direitos.

A argumentação a partir de precedentes, desenvolvida no item "4.3.2.5", demonstrou a principal motivação desta dissertação, na exata medida em que

analisou, malgrado a vasta tradição – dogmática, até aqui declinada; jurisprudencial, exposta neste item – existente, manifestações jurisprudenciais em sentido contrário. Caso essas manifestações dissonantes se tivessem dedicado ao enfrentamento jurídico dessa tradição, atentos ao princípio da inércia e da universalizabilidade, tratar-se-ia de mais um saudável exercício dialético na evolução do Direito das Sucessões brasileiro. Nada obstante, os acórdãos colacionados, como fizemos ver, não obedeceram aos pressupostos racionais sugeridos, por exemplo, pela teoria da argumentação jurídica defendida nesta dissertação.

O caráter odioso de que se revestem várias das hipóteses selecionadas pelo art. 1.814 não opera qualquer taumaturgia hermenêutica: o assassino que não é herdeiro, bem como o indivíduo que entretece relação contratual altamente fiduciária com o *de cujus*, não apresenta a qualidade exigida pelo suporte fático da norma. Reconheça-se: sob a pressão emotiva do descompasso entre o que "é" e "o que se gostaria que fosse", grande é a tentação de desenvolver teorias servientes à intuição subjetiva do "justo". Essa tentação deve ser debelada sob o influxo da imperiosa racionalidade da jurisdição.

Anotamos, ao final do quarto capítulo, que as nossas considerações poderiam parecer, nos casos em que o resultado prático fosse o mesmo, mero deleite intelectual sem conseqüência prática. Essa crítica poderia ter procedência caso analisássemos cada caso de modo isolado, sem comprometimento com decisões passadas ou futuras. Ocorre que o Poder Judiciário não tem, no marco teórico que selecionamos nesta dissertação, como avocar essa aleatoriedade no exercício de sua função. O princípio da universalizabilidade das decisões – tantas vezes citados ao longo deste trabalho – é desdobramento direto do princípio da igualdade, o qual, por sua vez, é tido por ALEXY como um componente indissociável do Estado Democrático de Direito. Como dissemos, malgrado o resultado possa, no caso concreto, convergir ao mesmo resultado, a "*metódica jurídica"* que os distingue traduz critério definidor a respeito de qual dos dois caminhos – o emotivismo ou a dogmática jurídica – se afina com o exercício de rigorosa argumentação jurídica de caráter racional.

Jean GUITTON descreveu três figuras do pensamento, cada uma com seu perigo: os espíritos apegados à *unidade* são sistemáticos e tirânicos; os que praticam muito a *distinção* são escolásticos, preciosos, casuísticos, cuja sutileza os alucina; os que louvam os *contrários* são paradoxais, céticos ou artificiais, tudo

podendo justificar. A arte do pensamento proposta por GUITTON deve estar a serviço de uma superiormente sublime missão: julgar. É necessário que se possa dominar um pouco dos três espíritos, uma vez que "o mais sutil erro dos homens de espírito é tornarem-se escravos de seu procedimento"[624].

Esta dissertação aspirou ao "julgamento" em dois níveis principais. Em nível metafórico, objetivamos contribuir ao tratamento jurisprudencial da indignidade sucessória, acomodando os óbices próprios dessa categoria de exclusão do herdeiro da maneira mais racional possível. Em nível metodológico, pretendemos evitar o "erro sutil" apontado por GUITTON, salientando que o corte epistemológico consiste numa escolha. Essa escolha – dissemo-lo no começo; repetimo-lo ao fim – pressupõe que a indignidade sucessória, conquanto possa ser encarada sob outras perspectivas, não expõe, quando dogmaticamente considerada, sua operacionalização jurisdicional aos inconvenientes teóricos – seja no que concerne à universalizabilidade das decisões judiciais, seja no que se refere à legitimidade democrática – presentes em suas dimensões filosófica ou sociológica.

---

[624] GUITTON, Jean. *A arte de viver e pensar.* Traduzido por Daniel Innocentini. São Paulo: Paulinas, 1962. p. 63.

REFERÊNCIAS

AHRENS, Heinrich. **Die Philosophie des Rechts**. Wien: Carl Gerold, 1852. Erster teil.

ALBALADEJO, Manuel. **Comentarios Albaladejo al código civil y compilaciones forales.** Madrid: Reus, 1987. Tomo X.

ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. La tesis del caso especial. Traducido por Isabel Lifante. In: **ISEGORÍA**, 21/1999.

_____. Sistema jurídico y razón práctica. In: _____. **El concepto y la validez del derecho y otros ensayos**. Traducido por Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Theorie der juristischen Argumentation**: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

_____. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducido por Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

_____. Idée et structure d'un système du droit rationnel. In : **Archives de philosophie du droit.** 1988. Tome 33.

ALGABA ROS, Silvia. **Efectos de la desheredación**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856). In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. Volume XVIII.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro.** 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Inventários e partilhas**. Direito das Sucessões. 22.ed. São Paulo: LEUD, 2009.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. Volume II.

AMARAL, Francisco. **Direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil.** Sucessões. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
_____. **A tipicidade dos direitos reais.** Lisboa: Minerva, 1968.

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Inventários e partilhas.** Direito das Sucessões. 20.ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2006.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Istituzioni di diritto romano**. 9.ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1947.

ARNDTS, Ludwig. **Lehrbuch der Pandekten**. 6. Aufl. München: J. G. Cotta, 1868.

AUDARD, Catherine. O princípio da legitimidade democrática e o debate Rawl-Habermas. In: ROCHLITZ, Rainer (org.). **Habermas**: o uso público da razão. Traduzido por Léa Novaes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O espírito de compromisso do direito das sucessões perante as exigências individualistas de autonomia da vontade e as supraindividualistas da família. In: **Revista do advogado.** São Paulo, n. 58, 2000.

BACHOF, Otto von. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung. In: **Veroeffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre**. n.º 30. Berlin: Walter de Gruyter, 1972.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Ensaios de direito civil.** São Paulo: Método, 2006.

BARASSI, Lodovico. **Le successioni per causa di morte**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1947.

BARBERO, Domenico. **Sistema istituzionale del diritto privato italiano**. 2.ed. Torino: UTET, 1949. Volume II.

BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. **A indignidade no direito sucessório brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1996.

BARROS, Hermenegildo de. Do direito das sucessões. In: LACERDA, Paulo. **Manual do código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacinto R. Santos, 1918. Volume XVIII.

BATAILLE, Georges. **A história do olho.** Traduzido por Eliane Robert Moraes. São Paulo: Cosac Naify, 2007.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.; WAHL, Alberto. **Trattato teórico-pratico di Diritto Civile.** Traduzione di Pietro Bonfante. Milano: Francesco Vallardi, 1914. Volume I.

BAUDOIN, Jean-Louis; BLONDEAU, Danielle. **La ética ante la muerte y el derecho a morir.** Traducido por David Chiner. Barcelona: Herder, 1995.

BAUDRILLARD, Jean. **Da sedução**. Traduzido por Tânia Pellegrini. 3.ed. São Paulo: Papirus, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. 2.ed. São Paulo: LEJUS, 2004.

BECKER, Ernest. **A negação da morte**. Uma abordagem psicológica sobre a finitude humana. São Paulo: Record, 2007.

BENTHAM, Jeremy. Supply without burthen or Escheat *vice* taxation. In: **The works of Jeremy Bentham**. Collected by John Bowring. Edinburgh: William Tait, 1839. Part VIII.

_____. **Traités de législation civile et pénale**. Précédés de principes généraux de législation et d'une vue d'un corps complet de Droit. Paris: Bossange, Masson & Besson, 1802. Tome deuxième.

BERGEL, Jean-Louis. **Théorie générale du droit**. 4ème éd. Paris: Dalloz, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil comentado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1935. Volume 6.

BINDER, Julius. **Derecho de sucesiones**. Traducido de la segunda edición alemana por José Lacruz Berdejo. Buenos Aires: Labor, 1953.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1956.

_____. **Diritto ereditario romano**. Milano: Giuffrè, 1954.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Studi sulla teoria generale del diritto**. Torino: Giappichelli, 1955.

_____. **Teoria della scienza giuridica**. Torino: Giappichelli, 1950.

BONFANTE, Pietro. Famiglia e successione. In: _____. **Scritti giuridici varii**. Torino: UTET, 1916. Volume I.

BORGES, José Souto Maior. **Ciência feliz**. 3.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BROX, Hans. **Erbrecht**. Köln: Heymann, 2010.

BRUGGER, Walter. **Dicionário de filosofia.** Traduzido por Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, 1962.

BURET, Antoine-Eugène. **De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France.** Paris: Paulin, 1840. Tome Second.

BURKE, Edmund. Riflessioni sulla rivoluzione francese. In: **Scritti Politici**. A cura di Anna Martelloni. Torino: UTET, 1963.

BURLAMAQUI, Jean-Jacques. **Principes du droit de la nature et des gens et du droit public général.** 2ème éd. Paris: Janet et Cotelle, 1821.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões.** 3.ed. São Paulo: RT, 2007.

_____; _____.. Direito das sucessões. In: CAMBLER, Everaldo (coord.). **Curso avançado de direito civil.** 2.ed. São Paulo: RT, 2003. Volume VI.

CAMUS, Albert. **L'homme revolté**. Paris: Gallimard, 1951.

CANETTI, Elias. **Sobre a morte.** Traduzido por Rita Rios. São Paulo: Estação Liberdade, 2009.

CAPITANT, Henri. **La thèse de doctorat en Droit.** 4ème éd. Paris: Dalloz, 1951.

CARVALHO DOS SANTOS, J.M. **Código Civil brasileiro interpretado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. Volume XXII.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. Volume II.

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

CHARENSOL, Georges. **Comment ils écrivent**. Paris: Aubier Montaigne, 1932.

CHIRONI, G. P. **Istituzioni di diritto civile italiano**. 2.ed. Torino: Fratelli Bocca, 1912.

CICÉRON. **Des devoirs.** Traduit du latin par Charles Appuhn. Paris: Garnier, 1933. Livre Premier. Chapitre Troisième.

_____. Des Lois. In: **Œuvres complètes**. Traduites du latin par J.-P. Charpentier. Paris: C.L.F. Panckoucke, 1840.

CICU, Antonio. Successioni per causa di morte. In: _____; MESSINEO, Francesco. **Trattato di diritto civile e commerciale.** Milano: Giuffrè, 1954. Volume XLII. Tomo I.

CIMBALI, Enrico. La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente. In: **Opere complete**. 4.ed. Torino: UTET, 1907. Volume I.

COING, Helmut; KIPP, Theodor. **Erbrecht**. 14. Aufl. Tübingen: Mohr, 1990.

COLEBROOKE, Henry Thomas**. Two treatises on the Hindu law of inheritance.** Calcutta: A.H. Hubbard, 1810.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Cours élémentaire de droit civil français**. Paris: Dalloz, 1936. Tome troisième

COGLIOLO, Pietro. **Filosofia del diritto privato**. 2.ed. Firenze: G. Barbèra, 1891.

_____. **Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato.** Torino: Fratelli Bocca, 1885.

COMANDUCCI, Paolo. **Razonamiento jurídico**: elementos para un modelo. Traducido por Pablo Larra. Mexico: Fontamara,1999.

COMTE DE MIRABEAU, Honoré Gabriel Riqueti. Discour. In: CUZACK, P. **Du droit d'aînesse et du partage de succession dans les landes**. Bayonne: [s.ed.], 1852.

COMTE-SPONVILLE, André. **Présentations de la philosophie**. Paris: Albin Michel, 2000.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CRUZ, Branca Martins da. **Reflexões críticas sobre a indignidade e a deserdação.** Coimbra: Almedina, 1986.

CUQ, Édouard. **Manuel des institutions juridiques des romains**. 2ème éd. Paris: Plon, 1928.

CZYHLARZ, Karl von. **Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts**. 9. Aufl. Wien: F. Tempsky, 1908.

D'AVANZO, Walter. **Delle successioni.** Firenze: Barbèra, 1941. Tomo I

DABIN, Jean. **La technique de l'élaboration du droit positif.** Bruxelles: Émile Bruylant, 1935.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE GOYTISOLO, J. Vellet. **Panorama de derecho de sucesiones**. Madrid: Civitas, 1984. Volume II.

DE MAISTRE, Joseph. **Considérations sur la France.** Lyon: Rusand, 1834.

DE PAGE, Henri. **Traité élémentaire de droit civil belge**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1946. Tome neuvième.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto. et al. **Código penal comentado.** 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DERNBURG, Heinrich. **Pandekten**. 5. Aufl. Berlin: H. W. Müller, 1897. Dritter Band.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo.** 2.ed. São Paulo: RT, 2007.

DESCARTES, René. **Discours de la méthode.** Pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences. Paris: Cluny, 1943.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5.ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Manual das sucessões***.* São Paulo: RT, 2008.

DI MARZO, Salvatore. **Istituzioni di diritto romano***.* 5.ed. Milano: Giuffrè, 1945.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro***.* Direito das sucessões. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 6.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 5.

DU PASQUIER, Claude. **Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit.** 3.ed Neuchatel: Delachaux et Niestlé, 1948.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso & correção normativa do direito***.* Aproximação à metodologia discursiva do direito. 2.ed. São Paulo: Landy, 2004.

DURANTON, Alexandre. **Cours de droit civil suivant le Code Civil***.* 2ème éd. Paris: Alex-Gobelet, 1828. Tome sixième.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire***.* Oxford: Hart Publishing, 1998.

ENGELMANN, Fabiano. Sociologia jurídica no Brasil. In: FERREIRA, Lier P.; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr L. (orgs.). **Curso de sociologia jurídica***.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ENGISCH, Karl. **Einführung in das juristische Denken.** 5.Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 1971.

ESCOBAR, María José Mena-Bernal. **La indignidad para suceder***.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

ESSER, Joseph. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung***.* 2.Aufl. Frankfurt: Athenaurn, 1972.

ERREYGERS, Guido. Views on inheritance in the history of economic thought. In: _____; VANDEVELDE, Toon. **Is inheritance legitimate***?* Ethical and economic aspects of wealth transfers. Berlin: Springer, 1997.

FERRER, Francisco A.M. De la incapacidad para suceder. In: _____; MEDINA, Graciela (orgs.). **Código civil comentado**. Sucesiones. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003. p. 136. Tomo I.

FINKIELKRAUT, Alain. **La défaite de la pensée.** Paris: Gallimard, 1987.

FRAGA, Francisco Jordano. **Indignidad sucesoria y desheredación**. Granada: Comares, 2004.

FRANK, Rainer. **Erbrecht**. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2010.

FREUD, Sigmund. A nossa atitude diante da morte. In: **Escritos sobre a guerra e a morte.** Traduzido por Artur Morão. Disponível em www.lusofia.net. Acesso em 27.12.2011.

_____. Le créateur littéraire et la fantasie. In: **L'inquiétante étrangeté et autres essais**. Traduit de l'allemand par Bertrand Féron. Paris: Gallimard, 2011.

_____. **Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud.** 11.ed. Rio de Janeiro: Imago, 1974. Volume 14.

FICKER, Franz. **Histoire abrégée de la littérature classique ancienne**. Traduite de l'allemand par M. Theil. Paris: Hachette, 1837.Tome Premier.

FOLSCHEID, Dominique. **Les grandes philosophies**. 7ème éd. Paris: PUF, 2008.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **La cité antique.** 26ème éd. Paris: Hachette, 1920.

GABBA, Carlo Francesco. Essai sur la véritable origine du droit de succession. In: **Mémoires couronnés et autres mémoires**. Bruxelles: Académie Royale, 1861. Tome XII.

GADAMER, Hans-Georg. **Der Anfang der Philosophie**. Stuttgart: Philipp Reclam, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**. Sucessões. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007. Volume 7.

GANS, Edouard. **Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung**. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. Stuttgart: Cotta, 1829-1835. Dritter und Vierter Bände.

GÉRARD, Pierre Auguste Florence. **Code Civil expliqué par la jurisprudence des cours et de tribunaux**. Bruxelles: J. Rozez, 1849. Tome troisième.

GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. **Traité de droit civil.** Introduction générale. Paris: LGDJ, 1977.

GIORGI, Giorgio. **Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano**. Firenze: Fratelli Cammelli, 1905, Volume VI.

GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire du Droit Romain**. 6ème éd. Paris: Arthur Rousseau, 1918.

GIUFFRÈ, Vincenzo. **Il diritto dei privati nell'esperienza romana.** Napoli: Eugenio Jovene, 1998.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Volume 7.

GROTIUS, Hugo. **On the rights of war and peace.** Translated by William Whewell. London: John Parker, 1853.

GUITTON, Jean. **Nova arte de pensar**. Tradução de Gabriel Martin. São Paulo: Paulinas, 1964.

_____. **A arte de viver e pensar.** Traduzido por Daniel Innocentini. São Paulo: Paulinas, 1962.

_____. **Le travail intellectuel.** Conseils à ceux qui étudient et à ceux qui écrivent. Paris: Aubier Montaigne, 1951.

GUIZOT, François. **Histoire parlementaire de France.** Paris: Michel Lévy, 1861. Tome neuvième

HART, Herbert L.A. **The concept of Law.** Oxford: Clarendon Press, 1963.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Traduzido por Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 1992. Volume II.

HEIDEGGER, Martin. **Sein und Zeit**. 11. Aufl. Tübingen: Max Niemeyer, 1967.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**. Síntese de um milênio. Florianopólis: Fundação Boiteux, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Deserdação e exclusão da sucessão. In: _____; CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito das sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HÖFFE, Otfried. **Kleine Geschichte der Philosophie**. 2. Aufl. München: C.H.Beck, 2008.

HOLLERBACH, Alexander. Ciência do Direito. Traduzido por Eduardo Schenato Piñeiro. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Volume I.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Elementos de direito das successões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1929.

JASPERS, Karl. **Philosophie**. Berlin: Springer, 1956. Zweiter und Dritter Bände.

JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. Berlin: [s.ed.], 1905.

JHERING, Rudolf von. Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild. In: **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz.** Wien: Linde, 2009.

_____. **L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement.** Traduit sur la troisième édition allemande par O. De Meulenaere. 2ème éd. Paris: A. Marescq, 1853.

JOUANJAN, Olivier. **Une histoire de la pensée juridique en Allemagne**. Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle. Paris: PUF, 2005.

JUSTINIANO. **Cuerpo de derecho civil romano.** Traducido por Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, 1892. Primera Parte (Digesto). Tomo II.

_____. **Cuerpo de derecho civil**. Traducido al castellano del latino por D. Ildefonso L. García del Corral. Barcelona: Jaime Molina, 1889. Tomo I.

KANT, Immanuel. **Die Metaphysik der Sitten**. Suttgart: Philipp Reclam, 2007.

_____. Zum ewigen Frieden: ein philosophischer Entwurf. In: HARTENSTEIN, G. (hg.). **Immanuel Kant's sämmtliche Werke**. Leipzig: Leopold Voss, 1868. Sechster Band.

KOJÈVE, Alexandre. **Introduction à la lecture de Hegel**. Leçons sur la Phénoménologie de l'Esprit réunies et publiées par Raymond Queneau. Paris: Gallimard, 2011.

KARATANI, Kojin. **Transcritique**: on Kant and Marx. Translated by Sabu Kohso. Cambridge: MIT Press, 2003.

KELSEN, Hans. **Pure theory of Law**. Translated by Max Knight. Los Angeles: University of California Press, 1967.

KENNY, Anthony. **Uma nova história da filosofia ocidental.** São Paulo: Loyola, 2008. Volume 1.

KLUG, Ulrich. **Juristische Logik**. 3. Aufl. Berlin: Springer, 1966.

KRAWIETZ, W. Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft. In: **Recht und Politik**. Vol. 6. 1970.

KRIELE, Martin. **Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation**. 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. **Sobre a morte e o morrer.** 9.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LABOULAYE, Edouard. **Histoire de la propriété foncière en Occident**. Paris: A. Durand, 1839.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. **Derecho de sucesiones**. Parte general. Barcelona: Bosch, 1961.

LASALA, José Luis Pérez. **Curso de derecho sucesorio**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

LASSALE, Ferdinand. **System der erworbenen Rechte.** Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwickelung. Leipzig: Brockhaus, 1861. Zweiter Theil.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 3. Aufl. Berlin: Springer, 1995.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Traduzido por José de Sousa Brito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LAROMBIÈRE, Léobon Valéry Léon Jupile. **Théorie et pratique des obligations.** Commentaire des titres III & IV, du Code Napoleón. Paris: A. Durand, 1857. Volume I.

LEENEN, Detlef. **Typus und Rechtsfindung.** Berlin: Duncker&Humblot, 1971.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Volume XXI.

LERMINIER, Eugène. **Philosophie du droit.** 2ème éd. Paris: Charpentier, 1835.

_____. **Introduction générale à l'histoire du droit**. Paris: Alexandre Mesnier, 1829.

LEVI, Alessandro. **Teoria generale del diritto**. Padova: CEDAM, 1950.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Le regard éloigné.** Paris: Plon, 1983.

_____. **Les structures élementaires de la parenté**. Paris: PUF, 1949.

LÉVY-BRUHL, Henri. Observations sur le régime successoral des XII Tables. In: _____. **Nouvelles études sur le très ancien Droit Romain.** Paris: Recueil Sirey, 1947.

_____. 'Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto'. In: _____. **Nouvelles études sur le très ancien Droit Romain**. Paris: Recueil Sirey, 1947.

LÉVY, J.P.H. Dignitas, gravitas, auctoritas testium. In: **Studi in onore di Biondo Biondi**. Milano: Giuffrè, 1965. Volume II.

LINGENTHAL, Karl Eduard Zachariä von. **Geschichte des griechisch-römischen Rechts.** 3. Aufl. Berlin: Weidmann, 1892.

LOSANA, Cesare. **Le successioni testamentarie secondo il codice civile italiano***:* commento prático. Torino: Fratelli Bocca, 1884.

MARCADÉ, Victor Napoléon. **Cours élémentaire de droit civil français***.* 5ème éd. Paris: Delamotte,1859. Tome troisième.

MARTÍNEZ, Miguel Royo. **Derecho sucesorio 'mortis causa'***.* Sevilla: Edelce, 1951.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. In: CRUZ E TUCCI, Cibele Pinheiro; CARDOSO, Dina Darc (coords.). **Revista do advogado***.* Ano XXXI, nº 112 (jul/2012).

_____. **A boa-fé no direito privado.** São Paulo: RT, 1999.

MENEZES CORDEIRO, António. Problemas de direitos reais. Evolução juscientífica dos direitos reais. In: **Estudos de direito civil***.* Coimbra: Almedina, 1991. Volume I.

MICHAUX, Alexandre. **Traité pratique des testaments***.* Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1865.

MIRAGLIA, Luigi. **Filosofía del derecho**. Buenos Aires: Impulso, 1943.

MOLFFATT, Alfredo. **Terapia de crise**: teoria temporal do psiquismo. São Paulo: Cortez, 1982.

MORAES, Walter. **Teoria geral e sucessão legítima.** São Paulo: RT, 1980.

MAINE, Henry Sumner. **Ancient Law***:* its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas. London: John Murray, 1870.

MAFFÍA, Jorge O. **Manual de derecho sucesorio***.* Buenos Aires: Depalma, 1977.

MARQUES, Eduardo Lorenzetti. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: LTr, 1999.

MARX, Karl. *Bericht des Generalrats über das Erbrecht*. In: **Marx und Engels Werke.** Berlin: Dietz, 1961. Sechzehnter Band.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões***.* 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. Volume I.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito***.* 3.ed. Traduzido por Ana Prata. Lisboa: Estampa, 2005.

MICHALSKI, Lutz. **Erbrecht**. 3.Aufl. Heidelberg: C.F.Müller, 2006.

MILL, John Stuart. **Principles of political economy with some of their application to social philosophy.** Boston: Little & Brown, 1848. Chapter II. Second Book.

MIRABETE, J.F.; FABBRINI, R.N. **Manual de direito penal**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2006. Volume I.

MIRAGLIA, Luigi. **Filosofia del diritto.** 2.ed. Napoli: Regia Universita, 1895.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Anotações ao Código Civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. Volume 3.

MONIER, Raymond. **Manuel élémentaire de droit romain**. 4ème éd. Paris: Domat-Montchrestien, 1948. Tome premier.

MONTAIGNE, Michel Eyquem de. **Essais**. Paris: Gallimard, 1965. Livre Premier.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** 31.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. Volume 6.

MORA, José Ferrater. **Diccionário de filosofía**. 5.ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1964. Tomo II.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao código de processo penal**. São Paulo: Manole, 2005.

MÜHLENBRUCH, Christian Friedrich. **Lehrbuch des Pandektenrechts**. 4. Aufl. Halle: C.H. Schwetschke, 1844. Dritter Teil.

MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. 10. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**.Traduzido por Peter Naumann. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar,1999.

NALINI, José Renato. **Reflexões jurídico-filosóficas sobre a morte**. Pronto para partir? São Paulo: RT, 2011.

NARDI, Enzo. **I casi di indegnità nel diritto successorio romano**. Milano: Giuffrè, 1937.

NASCIMENTO, Walter Vieira. **Lições de história do direito**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica***.* Problemas fundamentais. Coimbra: Studia Iuridica, 1993.

NOGUEIRA, José Carlos. Ética e realidade humana – a compreensão do fenômeno moral em Ser e Tempo de Martin Heidegger. In: TRASFERETTI, José (org.). **Morte***:* qual seu significado? Entre a medicina, a filosofia e a teologia. Campinas: Alínea, 2007.

NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. Volume I.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal.** 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1982. Volume I.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 6.ed. São Paulo: RT, 2006.

OLBRECHTS-TYTECA, Lucie; PERELMANN, Chaïm. **La nouvelle réthorique***.* Traité de l'argumentation. Paris: PUF, 1958.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Cultura da democracia para direitos humanos multiculturais. In: _____ (org.). **Cultura e prática dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Sociologia judiciária**. Brasília: STJ/Enfam, 2010.

PACIFICI-MAZZONI, Emidio. **Studio storico della successione legittima.** Modena: Carlo Vicenzi, 1870.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária***.* 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PAGET, Auguste-Philippe. **De la puissance paternelle dans le droit romain et le droit français.** Paris: Pichon, 1869.

PANIZZA, Cíntia Spinelli. **Deserdação***.* Rio de Janeiro: Prestígio, 2010.

PARENTE, Pietro; PIOLANTI, Antonio; GAROFALO, Salvatore. **Diccionario de teología dogmática***.* Traducido por Francisco Navarro. Barcelona: Editorial Litúrgica Española, 1955.

PELBART, Peter Pál. A vida desnudada. In: GREINER, Christine; AMORIM, Claudia (orgs.). **Leituras da morte***.* São Paulo: Annablume, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Volume VI.

PERELMAN, Chaïm. Eine Studie über die Gerechtigkeit. In: _____. **Über die Gerechtigkeit.** München: C.H.Beck, 1967.

PÉREZ DE VARGAS, J. **La indignidad sucesoria en el Código civil español**. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

PIERANGELI, José Henrique. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal.** 6.ed. São Paulo: RT, 2006.Volume I.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Traité pratique de droit civil français**. 2ème éd. Paris: LGDJ, 1956. Tome IV.

_____. **Traité élémentaire du droit civil**. 7ème éd. Paris: LGDJ, 1918. Tome troisième.

PLATON. Les lois. In: **Œuvres**. Traduites du grec par Victor Cousin. Œuvre numérisée par J. P. Murcia. Paris: Pichon, 1832. Tome Huitième.

PONCE DE LÉON, Luis Díez-Picazo. **Sistema de derecho civil**. Madrid: Tecnos, 1978. Volumen IV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** 3.ed. São Paulo: RT, 1984. Tomos XLVI e LV.

_____. **Tratado de direito privado.** 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. Tomos I e XXII.

_____. **Tratado de direito privado**. 2.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1955. Tomos I, II e IV.

POTHIER, Pierre Joseph. **Œuvres**. 12ème éd. Paris: H. Plon, 1861. Tome huitième.

PROUDHON, Joseph-Pierre. **Théorie de la propriété**. 2ème. éd. Paris: Lacroix, 1866.

_____. **Qu'est-ce que la propriété**? Recherches sur le principe du droit e du gouvernement. Paris: Prévot, 1841.

PUFENDORF, Samuel von. **Le droit de la nature et des gens ou Système général des principes les plus importantes de la morale, de la jurisprudence et de la politique.** Traduit du latin par Jean Barbetrac. Basle: J.R. Thourneisen, 1732. Tome Premier. Livre Quatrième.

PUGLIATTI, Salvatore. La giurisprudenza come scienza pratica. In: **Rivista italiana di scienze giuridiche.** 1950.

RADBRUCH, Gustav. **Rechtsphilosophie**. 7. Aufl. Stuttgart: K.F. Koehler, 1970.

RAMÓN, Francisco Bonet. **Compendio de derecho civil**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1965. Volumen V.

RAMSAY, William Wardlaw. **A manual of roman antiquities**. London: Griffin Bohn, 1863.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**.19.ed.São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O projeto do novo Código Civil.** Situação após a aprovação pelo Senado Federal. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O direito como experiência**. Introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968.

REYBAUD, Louis**. Études sur les réformateurs ou socialistes modernes**. 7ème éd. Paris: Guillaumin, 1864. Tome premier.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Uma introdução ao fenômeno jurídico sucessório. In: _____; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RICCI, Francesco. **Corso teorico-pratico di diritto civile**. Torino: UTET, 1907. Volume II.

RICCOBONO JR., Salvatore. 'Humanitas'. Fonte di progresso del diritto. In: **Studi in onore di Biondo Biondi.** Milano: Giuffrè, 1965.Tomo II.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHLITZ, Rainer. Introdução. Razão e Racionalidade em Habermas. In: ROCHLITZ, Rainer (org.). **Habermas**: o uso público da razão. Traduzido por Léa Novaes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil.** Direito das sucessões. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Volume 7.

ROGUIN, Ernest. **Traité de droit civil comparé.** Paris: LGDJ, 1908. Tome premier.

ROSENVALDI, Nelson. **Direitos reais.** Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

ROSMINI, Antonio. **Filosofia del diritto**. Milano: Boniardi-Pogliani, 1841. Volume I.

ROSSI, Pellegrino. **Cours d'économie politique**. 3ème éd. Paris: Guillaumin, 1854. Tome Second.

ROTTLEUTHNER, Hubert R. **Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1973.

ROUBIER, Paul. **Théorie générale du droit.** 2ème éd. Paris: Recueil Sirey, 1951.

RUGGIERO, Roberto de; MAROI, Fulvio. **Istituzioni di diritto privato**. 8.ed. Milano: Giuseppe Principato, 1955. Tomo III.

_____. **Instituciones del derecho civil.** Traducción de la cuarta edición italiana por R.S. Suñer y J.S.C. Teijeiro. Madrid: Reus, 1965. Tomo II. Volumen II.

SAGAUT, Jean-François. **Successions**. 2ème éd. Paris: Dalloz, 2011.

SAINT-SIMON, Claude Henri. **Doctrine saint-simonienne**. Résumé générale. 2ème éd. Paris: [s.ed.], 1830.

SARTRE, Jean-Paul. **Le mur.** Paris: Gallimard, 2010.

SÉNÈQUE. Des bienfaits. In: **Œuvres de Sénèque**. Traduites du latin par Joseph Baillard. Paris: Félix Alcan, 1886. Livre troisième.

_____. Lettres à Lucilius. In: **Œuvres complètes de Sénèque le philosophe**. Traduites du latin et organisées par Jean Baillard. Paris: Hachette, 1861. Tome deuxième.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Juristische Methodenlehre**. Stuttgart: K.F. Koehler, 1951.

SCARPELLI, Uberto. Per una sociologia del Diritto come scienza. In: **La sociologia del diritto:** un dibattito. Milano: Giuffrè, 1974.

SCHELLHAMMER, Kurt. **Erbrecht nach Anspruchsgrundlagen**. 3.Aufl. Heidelberg: C.F.Müller, 2010.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Métaphysique de la mort.** Traduit de l'allemand par Marianna Simon. Paris: Bibliothèques 10/18, 2006.

SCHULZ, Fritz. **Prinzipen des Römischen Rechts**. Berlin: Duncker & Humblot, 1954.

SEBRELI, Juan José. **El olvido de la razón**. 2.ed. Buenos Aires: Sudamericana, 2006.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. Mexico: Porruá, 1959.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SPINOZA, Baruch. **Œuvres de Spinoza**. Éthique.Traduites par Émile Saisset. Paris: Charpentier, 1842. Tome deuxiéme.

SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de fato:** incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SOHM, Rudolf. **Institutionen**: Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1949.

SOUSA, Rabindranath Capelo de. **Lições de direito das sucessões**. Coimbra: Coimbra, 1978.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência**? 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TAVARES, José. **Os princípios fundamentais do direito civil**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1929. Volume I.

TEIXEIRA, Evilázio Borges. **A aventura pós-moderna e sua sombra**. São Paulo: Paulus, 2006.

TEWES, August. **System des Erbrechts nach heutigem römischen Rechts**. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1863.

TREVES, Renato. **Sociologia do Direito**. Origens, pesquisas e problemas. 3.ed. Traduzido por Marcelo Branchini. São Paulo: Manole, 2004.

TROPLONG, Raymond-Théodore. **Droit civil expliqué**. Des donations entre-vifs et des testaments. Bruxelles: A. Labrouet, 1855. Tome Premier.

ULLMANN, Stephen. **Semántica**. Introducción a la ciencia del significado. Traducido J.M. Ruiz-Werner. Madrid: Aguillar, 1965.

VALÉRY, Paul. Littérature. In: **Tel quel.** Paris: Gallimard, 1941.

VELOSO, Zeno. Direito das sucessões. In: FIUZA, Ricardo (org.). **Novo Código Civil comentado**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Comentários ao código civil.** São Paulo: Saraiva, 2003. Volume 21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. Volume 7.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. Teoria geral das sociedades. São Paulo: Malheiros, 2006. Volume 2.

VERNANT, Jean-Pierre. **Les origines de la pensée grecque**. 10ème éd. Paris: PUF, 2009.

_____. **La mort dans les yeux.** Figures de l'autre en Grèce ancienne. Paris: Hachette, 2008.

_____. **L'individu, la mort, l'amour**. Paris: Gallimard, 2007.

VICO, Giovanni Battista. **Principî di scienza nuova.** Milano: Fortunato Perelli, 1857. Libro Secondo.

VIDAL, José. **Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français**. Paris: Dalloz, 1957.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: RT, 1977.

VILLEY, Michel. **Le droit et les droits de l'homme**. Paris: PUF, 2009.

VON TEPL, Johannes. **Der Ackermann aus Böhmen.** Stuttgart: Reclam, 1951.

WALD, Arnoldo. Do direito de empresa. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord.). **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Volume XIV.

WIEACKER, Franz. **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer berucksichtigung der deutschen entwicklung.** Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1952.

WINDSCHEID, Bernhard. **Lehrbuch des Pandektenrechts**. 9. Aufl. Frankfurt am Main: Rütten & Leoning, 1906. Erster Band.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. In: HUBIEN, H. (org.). **Le raisonnement juridique.** Bruxelles: Émile Bruylant, 1971.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação.** São Paulo: RT, 1978.

ZACHARIAE, Karl Solomon. **Cours de droit civil français**. Traduit de l'allemand sur la cinquième édition par Charles Aubry et Charles Rau. Bruxelles: Meline et Cans, 1850. Tome deuxième.

ZANNONI, Eduardo A. **Manual de derecho de las sucesiones**. 4.ed. Buenos Aires: Depalma, 1999.

ŽIŽEK, Slavoj. **A visão em paralaxe.** Traduzido por Maria Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

ZOLA, Émile. **Como se casa. Como se morre**. 2.ed. Traduzido por Duda Machado. São Paulo: Editora 34, 2001.