

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARIANA SOBRAL DE SOUZA

**SUCCESSÃO TESTAMENTÁRIA: o abandono afetivo como hipótese de
deserdação**

Recife
2016

MARIANA SOBRAL DE SOUZA

SUCCESSÃO TESTAMENTÁRIA: o abandono afetivo como hipótese de deserdação

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof^ª. Dr^ª. Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade

Recife
2016

Souza, Mariana Sobral de

Sucessão testamentária: o abandono afetivo como hipótese de deserdação. / Mariana Sobral de Souza. – Recife: O Autor, 2016.

45 f.; il.

**Orientador(a): Prof. Dr^a. Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2016.**

Inclui bibliografia.

1. Direitos civil. 2. Sucessão testamentária. 3. Deserdação. 4. Abandono afetivo. I. Título.

**34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2017-514**

Minha gratidão a Deus, por tantas bênçãos concedidas, a Valmir, meu esposo, meus filhos Ítalo, Ícaro e Iuri e a Clecia, minha mãe, pois sem a força e o incentivo deles não teria chegado até aqui.

Meus sinceros agradecimentos a Professora Renata Celeste pela disposição em ajudar, mesmo aqueles que não eram seus orientandos, ao Professor Ricardo José pela incansável disposição em colaborar, e por último, mas não menos importante, a minha orientadora Professora Renata Andrade pela generosidade em partilhar comigo o seu imenso saber.

RESUMO

Esse trabalho de pesquisa analisa o que se denomina sucessão testamentária, abordando o instituto da deserdação a partir da perspectiva do abandono afetivo, surgindo o seguinte questionamento: teria direito aquele que nunca soube o valor do afeto receber por condição de parentesco e dizeres jurídicos bens do falecido, uma vez que o abandono afetivo não configura hipótese de deserdação? Através do método hipotético dedutivo foi desenvolvido esse estudo na propositura de demonstrar que haja vista tal hipótese não configurar no rol taxativo da deserdação, caberá para tanto que seja feita uma interpretação extensiva, além do rol taxativo da deserdação para envolver o abandono afetivo em tais hipóteses.

Palavras-chaves: Sucessão testamentária. Deserdação. Abandono afetivo.

ABSTRACT

This research analyzes what is called testamentary succession, approaching the institute of disinheritance from the perspective of affective abandonment, the following questioning arises: would be entitled the one who never knew the value of affection receive by condition of kinship and legal words assets of the Deceased, since the abandonment of affection does not constitute a hypothesis of disinheritance? Through the hypothetical deductive method, this study was developed in order to demonstrate that since such hypothesis does not fit into the exhaustive role of disinheritance, it will be necessary to make an extensive interpretation, in addition to the exhaustive role of disinheritance to involve affective abandonment in such hypotheses

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL E A AFETIVIDADE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO	10
2.1 Estado Liberal e o Direito Civil Patrimonial.....	10
2.2 Surgimento do Estado Social e Influência no Direito Civil.....	11
2.3 O Direito Civil Contemporâneo e o Paradigma da Afetividade.....	13
2.3.1 Afeto e Afetividade no ordenamento jurídico brasileiro.....	16
3 DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA	20
3.1 Do testamento.....	22
3.1.1 Capacidade e legitimidade para testar e para suceder por testamento.....	23
3.1.2 Das Substituições e Revogações Testamentárias.....	25
3.2 Formas de Exclusões Sucessórias: Indignidade X Deserdação.....	28
3.2.1 Da Indignidade.....	28
3.2.2 Da Deserdação.....	30
3.2.3 Pontos de afinidade entre a indignidade e a deserdação.....	32
3.2.4 Distinção comparativa entre indignidade e deserdação.....	32
4 O DIÁLOGO DAS FONTES: A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA COMO MÉTODO DE ADEQUAÇÃO PARA OS CASOS DE DESERDAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO	35
4.1 Direito positivo brasileiro como método de atuação completo de normas jurídicas: acerca da teoria dos espaços cheios e dos espaços vazios na norma posta.....	36
4.1.1 Teoria das normas gerais exclusiva e/ou inclusiva.....	38
4.1.2 Das listas taxativas.....	39
4.1.3. Analogia e interpretação extensiva na exegese das listas taxativas.....	40
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se destina a promover uma reflexão dentro da temática da sucessão testamentária direcionada a possibilidade da deserdação em situações de abandono afetivo decorrente da ausência de afetividade na relação parental.

Desta forma, na possibilidade de o herdeiro não conservar uma união salutar com o autor da herança, mostra-se um vínculo desprovido de afeto, não sendo aceitável que aquele receba a herança de outrem que não tem apreço.

No que tange a sucessão testamentária, esta revela com maior amplitude a autonomia da vontade privada. “O testador regula em ato unilateral, a destinação dos seus bens para depois de sua morte, permitindo-o dispor de seu patrimônio para quem desejar, ressalvadas as limitações legais” (DIAS, 2011, p. 13). Dentro desta temática, o estudo delimita-se a analisar com maior profundidade o instituto da deserdação que configura uma exceção no direito das sucessões e pode ser definida como sendo o ato voluntário do autor da herança de afastar um herdeiro necessário do direito à sucessão, motivada por uma das hipóteses previstas na lei.

Hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, para tornar-se efetiva a deserdação, é indispensável a existência de uma das causas taxativas relacionadas no artigo 1.962 do CC, em que, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes em motivo de ofensa física; injúria grave; relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; assim como, por desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade

Ademais, além dessas, a deserdação pode se dá nas situações descritas no art. 1.814 do CC, que trata da declaração de indignidade, onde serão excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso ou tentativa, contra a pessoa cuja sucessão se tratar, como o caso do seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; os que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; aquele que por sua vez praticar violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor de seus bens por ato de última vontade.

No entanto, todos os pressupostos são de exclusiva iniciativa do testador. Considerando-se que nas hipóteses supracitadas ainda não vislumbramos o

abandono afetivo como causa de deserdação, o propósito deste estudo é, portanto, explorar a viável configuração do abandono afetivo como causa de deserdação, tendo em vista que as necessidades da sociedade são variáveis e o direito não deve ficar estático à frente de tantas transformações, com intenção de impedir que arbitrariedades venham a acontecer.

Teria direito aquele que nunca soube o valor do afeto receber por condição de parentesco e dizeres jurídicos bens do falecido, uma vez que o abandono afetivo não configura hipótese de deserdação?

Destarte a complexidade da questão, recorremos a principiologia, pois a mesma é uma espécie de bússola que deve servir de norte ao legislador na feitura das leis. No direito das sucessões, o princípio da afetividade deve estabelecer os vínculos normativos que permeiam as relações familiares, bem como deve incidir, por ocasião da morte, sobre as consequências patrimoniais daí advindas.

A violação ao princípio da afetividade, decorrente do abandono afetivo em relação ao titular de um patrimônio, fere explicitamente as bases da Constituição Federativa do Brasil no tocante ao respeito à dignidade da pessoa humana, defendendo a idéia da interpretação além do rol taxativo de deserdação, justificando-se dessa forma que caiba ao testador, e somente a ele, em ato de última vontade, excluir da herança aqueles que comprovadamente lhe ofenderam e foram omissos em vida.

O objetivo geral é o de analisar à hipótese de deserdação ocasionados a partir da concepção dos males decorrentes do abandono afetivo.

Os objetivos específicos são: a) Descrever o contexto da evolução do direito civil com suas respectivas etapas; b) Contextualizar a sucessão testamentária, com seu conceito, tipos e efeitos; c) Realizar o levantamento da interpretação extensiva como método de adequação para os casos de deserdação.

Almejando atingir o objetivo deste trabalho, o método abordado foi o hipotético dedutivo, partindo-se de uma análise geral dos aspectos da deserdação, que envolvem o abandono afetivo pela relevância do tema no tocante à defesa do respeito e da dignidade das pessoas.

Para tanto, foi utilizado pesquisas bibliográficas por meio de material já publicado, como livros, artigos científicos, periódicos, monográficas, dissertações, teses, bem como pela internet.

Para chegarmos a um entendimento melhor acerca do tema abordado dividiremos esta pesquisa em três capítulos, quais sejam: O primeiro capítulo descreve o contexto histórico do direito civil com suas respectivas etapas. O segundo capítulo conceitua a sucessão testamentária de forma a introduzir as hipóteses taxativas da deserdação arroladas na mesma, fazendo uma comparação entre deserdação e indignidade, e por fim, o terceiro capítulo é uma breve análise a cerca dos precedentes jurídicos que possibilitem uma interpretação extensiva do Magistrado.

2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL E A AFETIVIDADE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Ao longo da história no universo romano-germânico, o Direito Civil sempre foi tratado como uma posição normativa privilegiada do indivíduo, tal como indivíduo. Mantinha o Direito Civil uma distância demasiada do Direito Constitucional.

Na atualidade, não se busca separar um do outro, mas sim, promover a unicidade hermenêutica, trazendo a Constituição como cume adequado para criação e execução da legislação civil. Segundo leciona Paulo Lôbo:

No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei (LÔBO, 2008, p. 1).

Podemos dizer que a constitucionalização é o método de ascendência ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, à medida que condicionam a observação pelas pessoas, e a utilização pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.

2.1 Estado Liberal e o Direito Civil Patrimonial

O surgimento do Estado Liberal e a afirmativa do interesse jurídico deram origem ao constitucionalismo e a codificação, em especial dos códigos civis, onde o papel do constitucionalismo era o de estabelecer limites ao Estado e ao poder político, enquanto que a codificação tinha como função garantir o mais extenso espaço de soberania aos indivíduos, principalmente na esfera econômica. Assevera Lôbo, “O Estado Liberal, hegemônico no século XIX no mundo ocidental, caracterizava-se pela limitação do poder político e pela não-intervenção nas relações privadas e no poder econômico” (LÔBO, 2008, p.4).

Teve início o Direito Civil Patrimonial, sobre o qual os códigos civis versavam como modelo o indivíduo beneficiado de patrimônio, ou seja, a grande maioria dos cidadãos não foram inclusos, uma vez que entendia-se como homem comum os burgueses livres do domínio ou restrição pública.

Consubstanciou o ideal iluminista da liberdade e igualdade dos indivíduos. Entretanto, essa liberdade se dava com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário, onde ser livre é sinônimo de reter, usufruir e possuir propriedade, sem restrições, fora quando ferir os bons costumes e a ordem pública, sem a intervenção do Estado, enquanto que a igualdade estava no âmbito formal, ou seja, da igualdade formal de indivíduos alheado de suas situações materiais ou existenciais (LÔBO, 2008, p. 4).

O Estado mínimo teve sua função cumprida nas primeiras constituições, uma vez que, nada legitimaram a respeito das relações privadas, cabendo-lhe tão somente determinar as normas das liberdades privadas, espera infraconstitucional, de indivíduos de prerrogativas categoricamente correspondente. Houve a predominância dos economicamente mais favorecidos, abrangendo a lacuna no que tange a justiça social. Como assegura Paulo Lôbo:

Mas a família, nas grandes codificações liberais burguesas, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque estava à margem dos interesses patrimonializantes que passaram a determinar as relações civis (LÔBO, 2008, p. 4).

Portanto, como observado, podemos dizer que existiram no Estado liberal a fase da conquista da liberdade e a exploração dessa liberdade, deixando como herança, a liberdade e igualdade jurídicas que foram incorporados aos direitos das pessoas. Nas relações de família, a mulher encontrava-se subalternamente submetida ao marido, tendo como destaque o poder marital, onde esta era pertence do marido. Podemos constatar também que a codificação liberal e a inexistência da constituição econômica ocasionaram a exploração dos menos favorecidos pelos mais fortes, provocando atitudes e discussões que resultaram no surgimento do Estado Social.

2.2 Surgimento do Estado Social e Influência no Direito Civil

O Estado Social foi desenvolvido ao longo do século XX, tendo como características a interferência nas relações privadas e no domínio dos poderes econômicos, focando na defesa dos mais fracos, ou seja, na esfera do direito, é todo aquele que traz na Constituição Federal a regulamentação da ordem social e

econômica. Além disso, delimita o poder político, restringe-se o poder econômico e tenciona-se para mais adiante dos cidadãos a assistência dos direitos, inserindo o trabalho, cultura, educação, seguridade social, saúde e meio ambiente.

Diante disso:

Sua nota dominante é a solidariedade social ou a promoção da justiça social. O intervencionismo também alcança a família, com o intuito de redução dos poderes domésticos – notadamente do poder marital e do poder paterno -, da inclusão e equalização de seus membros, e na compreensão de seu espaço para a promoção da dignidade humana. (LÔBO, 2008, p. 5)

Com o advento da primeira Constituição social, em 1934, até a Constituição de 1988, no Brasil, a família é objeto de normas tutelares crescentes, que favorece a liberdade e a igualdade materiais.

Os ideais do social, compreendidos em princípios de justiça social ou distribuição, passou a reger a visão constitucional do século XX. O Estado atuava prevalecendo o interesse coletivo, de forma a livrar os abusos e assegurar o ambiente popular que pudesse corroborar a dignidade humana, tendo assim, a exigência da sociedade ao ingresso aos bens e serviços fornecidos pela economia, para Lôbo, “O sentido de intervenção que o Estado assumiu foi antes de proteção do espaço familiar, de sua garantia, mais do que sua substituição. Até porque a afetividade não é subsumível à impessoalidade da *res publica*” (LÔBO, 2008, p. 5).

Nem sequer o furor neoliberalista e a globalização movimentaram as estruturas do Estado Social, verificou-se o surgimento de novas proporções de direitos e deveres dos cidadãos, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, o Código Civil continuou engessado, aportado no Estado liberal, corroborando na predominância dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico, enquanto que o Estado e a sociedade mudaram consideravelmente.

Seguindo essa linha, pronuncia-se Anderson Schreiber:

Fruto de um amplo debate democrático, a Constituição brasileira de 1988 elegeu como valores fundamentais da sociedade brasileira a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza, entre outros valores de cunho fortemente social e humanista. Ao mesmo tempo, permanecia em vigor o Código Civil de 1916, que, inspirado na filosofia liberal e individualista, seguira, qual servo fiel, a

cartilha das codificações europeias dos séculos XVIII e XIX (SCHREIBER, 2013, p. 9)

A divergência entre o Código Civil e a Constituição era evidente em diferentes esferas do direito privado. A título de exemplo, temos o direito de família, no qual a Constituição legitima a igualdade entre homens e mulheres em seu art. 226, parágrafo 5º, ao mesmo tempo o Código Civil segue apontando o marido como o chefe da sociedade matrimonial, a Constituição também reconhece visivelmente a união estável em seu art. 226, parágrafo 3º, afirmando que a prole havida ou não da relação do matrimônio, ou por adoção, possuirão direitos igualitários, sendo proibida qualquer discriminação entre eles (art. 227, parágrafo 6º). Apesar disso, o Código Civil de 1916 discriminava explicitamente os filhos legítimos dos ilegítimos reconhecendo como família aquela advinda do matrimônio.

Ademais, a totalidade do Código Civil mantinha-se ancorado na larga autonomia de contratar, no desamarrado exercício da propriedade privada, na responsabilidade civil por culpa, ao mesmo tempo a Constituição Federal de 1988 baseia-se no valor social da livre iniciativa, na função social da propriedade, na socialização dos riscos. A ausência de concordância era desmedida.

2.3 O Direito Civil Contemporâneo e o Paradigma da Afetividade

O Direito civil contemporâneo é centrado na pessoa, com base na importância que foi dada à efetivação da dignidade da pessoa humana, que na Carta Magna de 1988 elevou-se a princípio constitucional fundamental, rompendo com o legado de três centenários de gerações do direito civil, tendo como premissa a defesa do patrimônio ou da propriedade individual assegurado pelo Estado Liberal. O caráter patrimonial do direito civil na época, fez com que apartasse de sua esfera as relações de cunho privado que não contemplassem o caráter econômico e pecuniário, como por exemplo, os direitos da personalidade, que passaram a ser tutelados apenas na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002. Para o direito civil contemporâneo, o patrimônio está para serventia da pessoa e não o contrário.

Surge assim, o Direito civil constitucionalizado, onde o modelo democrático da família constitucionalizada se confronta ao modelo impositivo do Código Civil antecedente. A concordância de ideais, a ajuda ao próximo, o apreço a dignidade das pessoas que a agregam são as noções elementares dessa transformação.

Existe um novo entendimento de família, abarcado por laços afetivos de carinho e amor.

O conceito de Direito Civil Constitucionalizado segundo Anderson Schreiber:

O direito civil-constitucional pode ser definido como a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo “releitura” não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil, mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser *diretamente* aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares (SCHREIBER, 2013, p. 6).

Como vemos, não se trata de um direito civil visto apenas pela esfera de normas constitucionais, também não diz respeito em exaurir o direito civil com a transferência de seus temas, como por exemplo, família e propriedade para o domínio constitucional. Versa sobre ultrapassar o afastamento entre o Direito Civil e a Constituição, remontando os seus regulamentos com base nas orientações constitucionais, em específico dos preceitos fundamentais da ordenação jurídica.

No Brasil, a constitucionalização do direito civil esbarrou, contudo, em consistente relutância entre os civilistas, uma vez que, o Código de 1916 encontrava-se uno e monolítico.

Verificou-se com o decorrer do tempo e a excessiva devoção dos poucos professores e alunos, concentrados em sua maioria no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, que o método civil-constitucional obteve apreciadores, tornando-se mais sólido no debate acadêmico. Seu emprego também pôde ser visualizado no exercício do Superior Tribunal de Justiça sendo assim conhecida pela jurisprudência.

Portanto, no que concerne o Direito de Família houve uma substancial modificação quanto à evolução da afetividade. Como visto anteriormente, na antiguidade o instituto familiar foi criado pelo Direito Romano, onde o casamento dava início à formação da família, no qual a esposa e os filhos tinham o dever de servilismo junto ao patriarca, este por sua vez possuía poder de autoridade sobre as pessoas da família.

A começar de a sociedade romana e, mais tarde, com o apoio da Igreja Católica, a partir da Idade Média, se observa o instituto familiar pelo meio dos laços sanguíneos adquiridos entre seus componentes.

À vista disso, o Brasil, em decorrência da influência dos colonizadores portugueses, consolidou na sociedade brasileira a cultura patriarcal.

Com o adimplemento do Código Civil de 1916 ainda tínhamos o caráter autoritário, onde a administração dos bens familiares e o provimento a manutenção da família pertencia ao chefe da mesma, ou seja, ao patriarca.

Assim sendo, pôde-se observar que durante muitos anos o Direito Brasileiro seguiu defendendo essa forma de constituição familiar, não reconhecendo assim a vivência de família estabelecida por outro meio desconforme do matrimônio.

Isto posto, avante a constante transformação histórica do país, percebe-se que o Direito de antigamente não caberia nos tempos modernos, sendo destituída a figura da família hierarquizada e patriarcal, onde o pai era o provedor e senhor do lar, que era fundamentado no Código Civil de 1916. Com o advento do Código Civil de 2002 foi priorizado antes de tudo, a proteção do ser humano, tendo como alicerce os direitos humanos e o princípio da dignidade humana.

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentânea à realidade social, atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade (GONÇALVES, 2010, p. 21).

As modificações que foram introduzidas objetivam preservar a harmonia familiar e os princípios culturais, dando a família moderna um tratamento mais condizente com a realidade social, para que dessa forma possa atender as necessidades dos sucessores e de afeto entre os companheiros ou cônjuges.

Sobre o assunto, salienta Maria Berenice Dias:

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor, de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas (DIAS, 2011, p. 55)

No entanto, podemos observar que a família está voltada para a promoção própria e particular de cada pessoa no tocante a afetividade, na esfera da vida em comum e ajuda ao próximo, sendo essa a função primordial da família de nosso

tempo. Suas antiquadas funções quais sejam: econômica, política e religiosa desapareceram ou desempenham papel secundário.

Como visto anteriormente, o Direito de Família passou por enormes progressos nas últimas décadas, quando foi envolvido por inúmeras inovações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais. Podemos observar que a família constituída a partir da Constituição Federal de 1988 tem como papel principal e essencial o de fazer valer a dignidade dos seus integrantes para dessa forma assegurar a felicidade pessoal de cada um deles. Percebe-se que o Direito passou a ter um novo entendimento e aceitação em relação à família, sendo uma entidade mais diversificada, diferente da formação unicamente biológica, ligada precipuamente pela afetividade vivente entre seus componentes. Desta maneira, quando esta afetividade inexiste, entende por bem das instituições familiares, punir de alguma maneira, o seu violador, sob pena desse princípio perder sua simbologia e essência.

Baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de família, aponta o princípio da afetividade entre os componentes da família, apresentando-o como substancial nas convivências familiares.

Uma das mudanças mais marcantes foi o robustecimento do afeto como valor jurídico, impactando assim, as variadas relações familiares e renovando o Direito de Família. Deram origem a novas entidades familiares baseadas no aceite do afeto.

A unidade da família foi abarcada no afeto, onde a afetividade aparece como elemento central que definirá a família, harmonizando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o êxito da particularidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade.

Assim sendo, fica evidente a relevância que o afeto e o cuidado tiveram dentro da conjuntura familiar.

2.3.1 Afeto e Afetividade no ordenamento jurídico brasileiro

Nesse ponto, cabe esclarecer o que se entende por afeto e afetividade atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, podemos entender por afeto no Direito Brasileiro, o cuidado que se tem a alguém, abrange mais sentimentos do que apenas vontade. É exprimido por uma benevolência, confiança, intimidade,

amor, bem-estar, satisfação, apego, entre outros sentimentos, em suma, é o relacionamento que abarca o carinho em todos os sentidos.

Nos dias de hoje, o afeto decorre de origem espontânea e profundamente, com relevância de amizade verdadeira, solidariedade profunda entre seus indivíduos, vem sendo o ponto chave no estabelecimento de uma relação entre as pessoas. Ao abordar o assunto do afeto nas relações de família, Sérgio Gischkow Pereira, aponta os benefícios desse novo conceito:

Uma família que experimente a convivência do afeto, da liberdade, da veracidade, da responsabilidade mútua, haverá de gerar um grupo não fechado egoisticamente em si mesmo, mas sim voltado para as angústias e problemas de toda a coletividade, passo relevante à correção das injustiças sociais (PEREIRA, 1988, p. 19)

No dicionário, a palavra afeto direcionada ao sentimento de carinho, significa, benquerença, amor, apego, ternura, afeição, estima, dedicação, amizade; no sentido psicológico, afeto é o componente precípua da afetividade. “Já a afetividade no sentido comum, é a qualidade ou caráter do que é afetivo, no sentido psicológico, afetividade é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões” (BUENO, 1992).

A Constituição Federal de 1988 surge protegendo valores que estão intimamente ligados a dignidade da pessoa humana, considerando assim a família como base da sociedade, e para tanto, veda qualquer tipo de discriminação.

Enquanto que, a afetividade advém da palavra afeto. Denota a qualificação que envolve todas as manifestações de afeto. “Entende-se por afetividade um dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles” (LOBO, 2008).

Tem uma função primordial no desenvolvimento do aprendizado do indivíduo, isto porque ela se encontra evidente em todos os campos da vida, tendo uma influência profunda no seu progresso. “A afetividade é o agente motivador da atividade cognitiva. A afetividade seria a energia, o que move a ação, enquanto a razão seria o que possibilitaria ao sujeito identificar desejos, sentimentos variados, e obter êxito nas ações” (LOPES, 2013, p. 4).

Segundo entendimento de (LÔBO, 2002), “a afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente

emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade”.

Um dos elementos indispensáveis para a formação, o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da dignidade humana é o amor.

A afetividade também pode ser entendida como sendo o conhecimento formado pelo meio da vivência, não se limitando ao convívio corpóreo, mas à relação que se funda entre os componentes envolvidos.

Através da afetividade os indivíduos adquirem vínculos entre eles e manifestam seus sentimentos.

Como vimos anteriormente, a família como núcleo social primário passou por alterações, adquirindo novos conceitos, onde o sentimento afetivo tem mais destaque, não obstante simples laços de sangue para se consumir a existência de uma entidade familiar.

Cada vez mais a afetividade vem sendo abordada na esfera jurídica. Houve uma evolução do afeto frente à evolução social fazendo com que o mesmo fosse elevado à categoria de princípio jurídico derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, com o intuito de assegurar o direito a uma vida digna e a felicidade.

A afetividade atua como uma ligação de união entre as pessoas, influenciando na realização destas, uma vez que se trata de um princípio que se correlaciona com a harmonia familiar.

A primordialidade da ação permanente em se tratando do afeto é de extrema relevância para a formação saudável do caráter cognitivo, psíquico e sentimental de uma pessoa, por consequência, a falta de afeto por parte de quem teria a obrigação de promovê-lo poderá acarretar implicações muitas vezes irreversíveis à pessoa abandonada.

Tal ausência afetiva por parte de quem tem o dever de cuidar acaba por representar um verdadeiro abandono afetivo, acarretando a pessoa abandonada uma vida privada da atenção, presença e cuidados próprios da representação de um responsável.

O abandono afetivo é uma definição nova hodiernamente conferida à ausência de afeto entre pais e filhos.

O abandono afetivo pode ser muito gravoso, a pessoa que vivencia a falta de afeto de um indivíduo querido pode ser carregado pela angústia e até mesmo adoecer.

A relevância do afeto se dá não só juridicamente, mas principalmente em termos psíquicos.

Portanto, não resta dúvida de que a omissão de quem tem o dever de cuidar e cumprir com as obrigações decorrentes do poder familiar ao deixar de estar presente no decorrer da vida do filho e vice-versa, privando a pessoa da sua companhia produz males emocionais que o prejudicarão para o resto de sua vida, motivando então danos advindos do abandono afetivo. Pois é na família que encontramos o suporte para toda vida, privar a pessoa deste direito subjetivo inerente à ela, deixando de se expressar da maneira como se espera, dando atenção e amor, configurará, então, abuso de um direito.

Assim sendo, o dano causado pela ausência afetiva é antes de tudo um dano causado à personalidade de um indivíduo.

Dessa forma, o afeto se torna um elemento essencial nas relações familiares, e a ausência deste não deverá ensejar herança para aquele que não soube o valor do amor e da atenção no decorrer de toda uma vida. “Assim, será insuficiente a aquisição de uma herança patrimonial diante da ausência de afeto na construção de uma relação familiar moldada no amor, em que pese ser os pais os principais responsáveis por sua realização” (VIAFORE, 2007, p. 10).

3. DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Em decorrência da estruturação feita com o adimplemento do Código Civil de 2002, especificamente em seu Livro V, podemos observar a estruturação do Direito das Sucessões divididos em quatro partes, quais sejam: sucessão geral; sucessão legítima; sucessão testamentária; e inventários e partilhas.

No qual a sucessão geral arrola as regras aplicáveis a toda sucessão, por exemplo, aceitação e renúncia da herança, indignidade do sucessor entre outros.

A sucessão legítima é aquela que decorre em razão da lei, beneficiando os herdeiros que constam na ordem de vocação hereditária, indicando assim, as pessoas que estão habilitadas a receber a herança, na ordem sucessiva que a lei estabelece.

Por outro lado, o inventário e a partilha se referem às diretrizes procedimentais para a transferência da herança e divisão dos bens.

E a sucessão testamentária, na qual abordaremos com mais ênfase neste capítulo, é a que se dá em observância às declarações de vontade expressas deixadas pelo de cujus, nos limites e em documentos formais admitidos pela lei.

Sendo assim, nada obstante o de cujus expressar sua vontade na negativa de herança para aqueles que em vida não demonstrarem afeto com o mesmo, uma vez que, como visto no capítulo anterior a afetividade é o elemento essencial para o novo conceito de família advindo da constitucionalização civil.

Neste diapasão, se faz necessário apontar os critérios que o legislador utiliza para nomear um herdeiro, sendo assim, passamos expor a ordem de vocação hereditária, que por sua vez, vem a ser a ordem sucessória, ou seja, o rol das pessoas que podem suceder. Dispõe o art. 1.798 do Código Civil de 2002 que são legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidos no momento da abertura da sucessão, não legitimando, portanto, as expressamente excluídas. Resguardou-se o direito do nascituro, por já concebido, isto posto, somente as pessoas vivas ou já concebidas ao tempo da abertura da sucessão podem ser herdeiras ou legatárias.

A sucessão legítima se dá nos casos de inexistência, invalidade ou caducidade de testamento e, também, em relação aos bens que nele estão estabelecidos. Podendo a sucessão testamentária conviver com a legítima, quando

houver herdeiros necessários, ao qual a lei estabelece o direito à legítima, ou quando o testador desfruta apenas de parte de seus bens.

Nesse contexto explica Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Assim, a sucessão legítima se divide em sucessão legítima necessária e sucessão legítima não necessária (também dita facultativa). Aquela (necessária) impõe a participação de determinados herdeiros obrigatoriamente, retirando do titular do patrimônio a liberdade de excluí-los da sucessão. Esta (facultativa) preserva o direito do auctor hereditatis de livremente dispor do seu patrimônio, inclusive eliminando a participação dos herdeiros não necessários (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 26)

Desse modo, o chamamento dos sucessores é realizado em conformidade realizado em conformidade com a ordem da vocação hereditária. Compreende a relação preferencial na qual a lei chama predeterminadas pessoas à sucessão hereditária. O art. 1845 do Código Civil prescreve que os herdeiros necessários são os descendentes, ascendentes e o cônjuge sobrevivente. Como observamos, os colaterais até o quarto grau foram tratados, pelo texto de lei em vigor, como herdeiros facultativos, de tal forma, poderão ser excluídos da participação sucessória por meio de testamento, uma vez que não possuem direito à legítima.

Tal chamando é feito através de classes, onde a mais próxima exclui a mais remota. A primeira classe é a dos descendentes. Caso haja algum herdeiro que a classe dos descendentes pertença, serão afastados todos os demais herdeiros que porventura possam vir a existir nas classes subsequentes, salvo na circunstância em que haja concorrência com cônjuge sobrevivente ou com companheiro.

De acordo com o art. 1.835 do Código Civil, os filhos sucedem por cabeça (ou direito próprio), e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe (representação), conforme se achem ou não no mesmo grau.

Caso não haja herdeiros da classe dos descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, orientando-se por dois princípios, quais sejam: o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas; ou, havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra metade aos da linha materna. Cabe ressaltar que, o direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente.

Assevera Carlos Roberto Gonçalves:

Há, nesta espécie de sucessão, uma combinação de linhas e graus. O grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linha. Se não há prole, herdam os genitores do falecido, em partes iguais (por direito próprio). Se apenas um está vivo, recebe a totalidade da herança, ainda que estejam vivos os pais do genitor falecido (avós do de cujus), pois na linha ascendente não há direito de representação (GONÇALVES, 2009, p.45).

Caso não haja descendentes e ascendentes do de cujus, será concedida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, porém, este por sua vez, só terá seu direito sucessório reconhecido, se, ao tempo da morte do outro cônjuge, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos.

Os colaterais figuram como herdeiros na sucessão legítima não necessária, em quarto lugar na ordem da vocação hereditária, chamados a suceder àqueles até o quarto grau. Entre os colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos. Abre-se exceção em prol dos sobrinhos, que herdam representando o pai pré-morto.

3.1 Do Testamento

O código civil considera testamento o ato personalíssimo, revogável e solene, pelo qual alguém dispõe da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte, dos quais os efeitos ficam interrompidos até que aconteça o evento futuro e indeterminado no tempo, qual seja a morte do testador. O testamento é o instrumento adequado para realização da autonomia de legar em testamento.

A herança legítima dos herdeiros necessários não pode ensejar objeto do testamento, salvo quando houver cláusulas que decorram da inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade, contanto que esteja expressamente justificada. Caso não haja herdeiros necessários, o testador poderá dispor da totalidade de seus bens ou a parte que lhe desejar, caso o testador não distribua toda sua herança, a parte que restar será destinada aos herdeiros legítimos.

A qualquer tempo o testador poderá revogar o testamento, expressa ou tacitamente, sem há necessidade de justificativa para a alteração do destino de seus bens, pois, mesmo existindo e sendo válido, ainda não ocasionou efeitos. Os herdeiros e legatários têm mera perspectiva de direito, uma vez que ainda não fora constituído ou iniciado nenhum direito, nada podendo fazer o herdeiro testamentário

caso o testador venha a modificar ou até mesmo extinguir o testamento. Os credores por sua vez, não serão afetados pelo testamento visto que têm o patrimônio do testador, em vida e após a morte, como garantia de seus créditos.

Não está previsto no direito brasileiro um prazo prescricional para os testamentos, uma vez feitos, valerão para toda a vida do testador até sua morte, quando passam a produzir efeitos.

3.1.1 Capacidade e legitimidade para testar e para suceder por testamento

Todas as pessoas que sejam civilmente capazes podem exprimir declaração de vontade em testamento. No entanto, para fins de validade para testar, a legislação, diminuiu a idade para dezesseis anos, desde que não seja absolutamente incapaz, poderá o indivíduo com dezesseis anos ou mais, testar. Na faixa etária entre os dezesseis e dezoito anos, para os atos civis completos, se fará necessário a assistência dos pais ou do tutor, entretanto, para o testamento, essa assistência é dispensada, sendo suficiente a sua declaração de vontade. De acordo com Paulo Lôbo:

Não é frequente o exercício da legitimidade para testar pelos maiores de dezesseis anos, mas é uma faculdade concedida pela lei exatamente para situações de excepcionalidade. Pode ocorrer que a pessoa maior de dezesseis anos seja titular de bens recebidos por herança de ascendentes e, em virtude de precariedade de estado de saúde ou de outro motivo, queira antecipar seu testamento (LÔBO, 2014, p. 194).

Atualmente, toda pessoa que seja civilmente capaz ou maior de dezesseis anos poderá espontaneamente eleger entre os tipos de testamentos que o direito brasileiro consente. Sendo livre a escolha do tipo, desde que, estejam dentro dos tipos legais, sejam comuns (particular, público, cerrado), sejam especiais.

Não poderão testar os que, na realização do testamento, forem incapazes ou não tiverem pleno discernimento. A norma não abrange todos os relativamente incapazes, posto que, não há impedimento para testar em referência aos ébrios habituais, aos viciados em tóxicos e aos que tiverem o discernimento reduzido, contanto que entendam e compreendam o que estão fazendo no momento da feitura do testamento.

A averiguação da capacidade, assim como da legitimidade do testador efetua-se no momento da realização do testamento. Interessando para tanto, que no ato de testar, o testador encontre-se com o necessário discernimento para a prática do ato e de suas consequências. Se, no ato de testar, o testador tinha pleno discernimento, o testamento será válido mesmo que ele venha a perder, posteriormente, a lucidez, assim como nulo será o testamento elaborado por quem, no ato, encontra-se completamente embriagado, ainda que no dia seguinte estivesse curado da embriaguez.

Ademais, vale ressaltar que os bens da legítima, ou seja, os bens legitimários, não podem ser conteúdo de testamento. Versa sobre uma disposição que protege o quinhão dos herdeiros necessários, quais sejam os descendentes, ascendentes e o cônjuge. Ocorrendo o desrespeito a essa regra, o testamento estará suscetível à redução da determinação testamentária.

São legitimados a suceder os indivíduos que podem ser arguidos como herdeiros ou legatários, de acordo com a lei, arrolados em testamento. Para Lôbo, “a legitimação para a sucessão não se confunde com a capacidade civil, pois esta é atributo das pessoas físicas (seres humanos nascidos com vida) ou de pessoas jurídicas” (LÔBO, 2014, p. 195).

Houve uma crítica da doutrina em relação ao Código Civil de 2002 no tocante a substituição do termo “capacidade para suceder” por “legitimação para suceder”, uma vez que não diz respeito a capacidade do cidadão para suceder, mas sim, a legitimação deste para ser detentor de direitos sucessórios. Desta forma, são legitimados para possuir por testamento, atualmente no direito brasileiro vigente as pessoas físicas; os nascituros; as pessoas físicas ainda não concebidas, ou prole eventual de determinadas pessoas, contempladas em testamento; as pessoas jurídicas, designadas em testamento; as entidades não personificadas, porém existentes, como as sociedades em comum ou as sociedades em conta de participação, designadas em testamento, assim como; as pessoas jurídicas futuras, que serão constituídas com legados deixados pelo testador, sob a forma de fundações.

Por conseguinte, de acordo com o art. 1.801 do Código Civil, relacionam aqueles que não podem ser designados herdeiros nem legatários, são estes: a pessoa que, a pedido, escreveu o testamento, assim como o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; da mesma forma que, as

testemunhas do testamento, o concubino do testador casado, exceto se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de 5 anos; o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, diante de quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

3.1.2 Das Substituições e Revogações Testamentárias

Substituição, vem a ser, a indicação de certa pessoa para recolher a herança, ou legado, se o nomeado faltar, ou alguém consecutivamente a ele. Podendo o beneficiário faltar em casos de premissão, exclusão (por indignidade ou falta de legitimação), renúncia e não implemento da condição imposta pelo testador. Como explica Lôbo, “pode haver substituição de herdeiro testamentário ou de legatário, pelo testador, se um ou outro não aceitar a herança ou legado”.

Pode haver a substituição em dois casos, quais sejam: se o herdeiro nomeado não quer, ou não pode receber a herança. Caso o nomeado faleça antes do testador, for considerado sem legitimidade para a sucessão, ou considerado indigno, não haverá a aceitação. Haverá a extinção ou caducidade da substituição caso o substituto venha a falecer antes do testador.

O Código Civil de 2002 abarca as modalidades de substituição, a primeira modalidade é a substituição vulgar ou ordinária, na qual o testador designa uma ou mais pessoas para ocupar o lugar do herdeiro ou legatário, que não quiser ou não puder aceitar o benefício. Podendo ser pura e simples ou mediante a imposição de encargo ou condição ao substituto. Estabelece a vocação direta, porque o substituto herda diretamente do de cujus, de quem é sucessor e não do substituído. Não há dois sucessores sucessivos, pois ou herda o nomeado ou, à falta deste, o substituto designado.

A segunda modalidade é a substituição recíproca, onde um herdeiro substitui o outro e vice-versa. Ocorre quando o testador nomeia duas ou mais pessoas como herdeiros ou legatários e cada uma é substituta da outra, na hipótese de não aceitação ou impossibilidade legal de suceder.

A doutrina também faz menção à substituição compendiosa, esta, no entanto, com o adimplemento do direito contemporâneo, desapareceu.

Existe ainda a substituição fideicomissária, verificada quando o testador nomeia um favorecido e, desde logo, designa um substituto, que recolherá a herança, ou legado, depois daquele.

Esclarece Flávio Tartuce:

Esclarecendo, de forma sucessiva, o fideicomitente (testador ou autor da herança) faz uma disposição do patrimônio para o fiduciário (1º herdeiro) e para o fideicomissário (2º herdeiro). Ocorrendo o termo ou a condição fixada, o bem é transmitido para o fideicomissário.

Cabe consignar que a substituição fideicomissária diferencia-se da vulgar, pelo fato de que o fiduciário assume a efetiva posição de herdeiro, podendo exercer os direitos e ter os deveres relativos à herança (TARTUCE, 2015, p. 509).

Observa-se, também, que é o testador quem fixa a duração do fideicomisso, que pode ser por toda a vida do fiduciário, por certo tempo ou até que se verifique determinada condição resolutiva do direito deste. Abarcando, portanto, três modalidades de fideicomisso: vitalício, onde a substituição se dá com a morte do fiduciário; à termo, quando ocorre no momento prefixado pelo testador; e condicional, se depender do implemento de condição resolutiva.

Pode ocorrer a caducidade do fideicomisso de duas formas, quais sejam: por renúncia do fideicomissário e por morte do fideicomissário antes do fiduciário, ou antes do implemento da condição resolutiva que por acaso tenha sido determinada pelo testador.

No momento em que o fideicomissário abnegar da herança ou o legado vigorará ao fiduciário a propriedade plena da coisa, de acordo com o art. 1.955 do CC. Nessa direção, ensina Lôbo:

Porém, atualmente, o fideicomissário é o concebido após a morte do testador, o que leva à dificuldade decorrente para manifestação de sua renúncia, que apenas pode ser expressa, mediante escritura pública ou termo judicial, por seu representante legal. O pai, a mãe, o tutor e o curador não podem alienar bens imóveis de seus filhos, pupilos e curatelados, sem prévia autorização do juiz (LÔBO, 2014, p. 212).

A caducidade também se dará com a morte do fideicomissário antes do fiduciário, desde que o fideicomissário venha a falecer antes do surgimento da condição ou do termo que o testamento tenha fixado como referência.

No que se refere às revogações, pode o testador revogar o ato que contém a sua última manifestação de vontade quando este assim desejar, sem obrigação de indicar o motivo, a qualquer tempo, jamais ocasionando seus efeitos, apesar do testamento ter existência jurídica e ser considerado válido. Será nula a cláusula na qual o declare irrevogável, ou obrigue-se a não alterá-lo, pois o ato de testar é público não admitindo limitações, no entanto, como para qualquer outro ato jurídico, faz-se necessário que o testador, no momento da revogação, esteja no desempenho pleno de sua legitimidade para testar.

A revogação pode se dá na forma expressa ou tácita. Sendo expressa quando o testador declarar de modo direto a revogação do testamento que o tinha feito. Para ser considerada válida, tal revogação deve estar abarcada por documento escrito particular, ou em instrumento público específico ou em documento particular cerrado e aprovado por tabelião. O importante é que o novo testamento seja válido, o Código Civil exige apenas que se faça por meio de outro testamento específico.

A devida revogação pode também ser revogada, recuperando o testamento revogado, como se nunca tivesse sido revogado. Sendo válido o testamento anterior.

A revogação também pode ser tácita quando o testador não declara que revoga o anterior, e faz outro testamento concedendo sobre seus bens, mesmo sem se referir ao testamento anterior. Não se faz necessário a utilização da mesma forma do testamento anterior, uma vez que não há hierarquia entre as formas testamentárias. Da mesma forma que haverá a revogação tácita quando ocorrer a dilaceração ou abertura do testamento cerrado, pelo testador, ou por outrem, com o seu consentimento.

Tanto na revogação expressa quanto na revogação tácita o testamento pode ser revogado de forma total ou parcial. Será total quando retira a inteira eficácia do testamento, ou seja, quando a revogação expressa alude o testamento sem excetuar parte da herança, ou abrangendo toda a herança. Será parcial quando atinge somente algumas cláusulas, permanecendo incólumes as demais, isto é, quando se refere a parte dos bens deixados ou exclui um determinado herdeiro. Caso a revogação expressa seja parcial, o testamento conserva-se no que não for por ela alcançado.

Entretanto, há uma exceção, a revogação não produzirá efeitos relacionados às declarações incidentais, como por exemplo, na parte em que o testador

reconhecer filho havido fora do casamento, ou a confissão de dívida, ou a nomeação de tutor.

3.2 Formas de Exclusões Sucessórias: Indignidade X Deserdação

Não devemos confundir indignidade com deserdação, mesmo que ambas tenham o mesmo propósito, que é a exclusão da sucessão para àqueles que praticaram atos condenáveis contra o de cujus. A indignidade tem origem na lei, e são causas comuns tanto de indignidade como de deserdação, prevendo a pena somente nos casos do artigo 1.814 do Código Civil. Enquanto que na deserdação, é o autor da herança quem castiga o responsável, em testamento, nos casos elencados nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil e são causas exclusivas da deserdação.

3.2.1 Da Indignidade

A indignidade sucessória consiste na medida punitiva atribuída a um herdeiro ou legatário, em decorrência do alto grau de reprovabilidade, jurídica e social, de uma determinada ação praticada, revelando um desafeto evidente em relação ao titular do patrimônio emitido por conta de seu falecimento. Ela se dá pode ser motivada em fatos posteriores à morte do autor da herança. Daí o argumento de Washington de Barros Monteiro:

O direito sucessório constitui lei de família, baseia-se precipuamente na afeição que deve ter existido entre o herdeiro e o de cujus. Se o primeiro, por atos inequívocos, demonstra seu despreço e ausência de qualquer sentimento afetivo para com o segundo, antes, menospreza-o, odeia-o e contra ele pratica atos delituosos ou reprováveis, curial privá-lo da herança, que lhe tocara por morte deste (MONTEIRO, 2009, p. 62)

À vista disso, não é apenas na esfera sucessória que se trata de indignidade. No campo das relações familiares, a indignidade pode acarretar a perda do direito aos alimentos. Trata-se de dispositivo direcionado a boa-fé objetiva, impondo ao credor alimentar um comportamento harmonizável com a solidariedade familiar. É um comportamento abjeto, que destrói a solidariedade familiar, com o mesmo embasamento ético da indignidade.

Fica sujeito a pena de indignidade tanto o herdeiro legítimo como o herdeiro instituído e o legatário, ou seja, cabendo tanto na sucessão legítima quanto na sucessão testamentária.

O artigo 1.814 do Código Civil traz as causas que dão motivo à declaração de indignidade, discriminando assim, as condutas que o herdeiro deve ter para que seja julgado um indigno. São eles:

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, se cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II – que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III – que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

A exclusão de um indigno depende de propositura de ação específica, tencionada por quem tenha interesse na sucessão, ficando vigente por sentença declaratória. Os interessados podem ser o herdeiro ou legatário favorecido com a exclusão do indigno, o município (caso falte sucessores legítimos e testamentários) e o credor, uma vez prejudicado com a estagnação dos referidos interessados, dito isso, só estão legitimados para ajuizar ação os que venham a se beneficiar com a exclusão, caso mantenham-se inertes, o indigno por sua vez, não perderá a herança, visto que se trata de matéria de interesse privado, e nesses casos o Ministério Público não tem legitimidade para impedir que o mesmo receba os bens da herança, mesmo que os atos praticados por este, constitua crime.

Com a morte do indigno a ação será extinguida, pois torna oportuno a transmissão dos bens aos seus próprios sucessores, posto que a indignidade só produz efeito depois de declarada por sentença, e tal pena não indo além da pessoa que praticou o indigno. Assim sendo, os efeitos da exclusão são pessoais, fazendo com que os descendentes do herdeiro excluído sucedam como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Os efeitos também retroagem à data da abertura da sucessão, ou seja, o indigno é obrigado a dar de volta os frutos e rendimentos que dos bens da herança tiver usufruído, tendo direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles.

O art. 1.818 do CC oportuniza a reabilitação ou perdão do indigno, possibilitando sua admissão para suceder se o ofendido, cujo herdeiro ele for, assim o determinar em testamento ou em outro ato legítimo, como é o caso da escritura pública. Podendo ser considerado qualquer declaração, por instrumento público ou particular, autenticada pelo escrivão.

No que se refere à reabilitação do indigno, enfatiza Salomão de Araújo Cateb:

O perdão é um ato jurídico, uma declaração de vontade do autor da herança, unilateral, direcionada à evitar a exclusão do herdeiro ou legatário do processo sucessório. A este ato do perdão, a doutrina chama de reabilitação, e produz seus efeitos a partir da emanção do ato, independentemente da vontade dos outros herdeiros. Por ser um ato unilateral, não precisa da concorrência de mais ninguém (CATEB, 2004, p. 86)

Visto que o perdão suprime a culpa do indigno, reabilitando-o, este ato só poderá ser praticado pelo ofendido, pois somente ele poderá mensurar o quanto fora ofendido, cabendo tão somente a ele, o perdão.

3.2.2 Da deserdação

A expressão deserdação abarca em si uma origem significativa do seu sentido: des + herdar, indicando excluir, retirar, o direito à herança.

É um ato privativo do autor da herança, pelo qual o testador priva da sucessão herdeiro necessário, de sua legítima, podendo ser ordenada apenas em testamento, em razão de um ato ignóbil que lhe insultou através de um fato ocorrido durante a vida do testador, futuramente reconhecido pelo juiz,

Que nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, significa:

A deserdação é o ato privativo do autor da herança, por declaração expressa de vontade, através de testamento, que exclui da sua sucessão um herdeiro necessário (descendentes, ascendentes ou cônjuge, na forma do art. 1.845 do Codex), por conta de um ato repugnante que lhe ultrajou, posteriormente confirmado pelo juiz (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 128).

Para que a deserdação seja efetivada é preciso observar os seguintes pressupostos: a) existência de herdeiros necessários; b) testamento válido; c)

expressa declaração de causa prevista em lei; e d) comprovação judicial em ação ordinária de deserdação.

Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos que podem ser excluídos da sucessão por indignidade, como mencionado anteriormente, de acordo com o artigo 1.814 do CC, assim como, as causas que autorizam a deserdação, segundo os arts. 1.962 e 1.963 do CC. A primeira norma designa a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

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.

E a segunda norma estabelece a deserdação dos ascendentes pelos descendentes, sendo comuns as duas primeiras:

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.

São pessoais os efeitos da deserdação. Atingindo somente o herdeiro excluído. Herdando os seus descendentes por direito de representação, por analogia com a regra nesse sentido aplicável aos casos de exclusão por indignidade, segundo o art. 1.816 do CC, não podendo ultrapassar a pessoa do delinqüente.

A reabilitação do deserdado, apesar do silêncio do legislador, pode se dá seguindo os parâmetros da reabilitação nos casos de indignidade, fazendo uma similitude em relação ao art. 1.818 do CC, decorrendo de declaração de vontade expressa.

3.2.3 Pontos de afinidade entre a indignidade e a deserdação

Ainda que não se confundam ontologicamente, uma vez que cada uma possui regulamentação própria, não podemos negar que tanto a indignidade quanto a deserdação estão aportadas no mesmo fundamento, finalidade e natureza, trazendo em si um perceptível cunho punitivo.

Desse modo, estampam uma natureza sancionatória comum, que se destina a penalizar quem se comportou mal em relação ao ator da herança, privando-o do recebimento do patrimônio, como se morto fosse.

Em decorrência disso, podemos observar em ambos os casos, a possibilidade de uma sucessão por representação ou por estirpe.

3.2.4 Distinção comparativa entre indignidade e deserdação

Mesmo que abarque alguns pontos em comum, não se podem confundir os institutos por conta de suas individualidades.

Quanto ao sujeito apenado, enquanto que qualquer sucessor sendo ele herdeiro ou legatário pode ser considerado indigno, apenas os herdeiros necessários podem ser deserdados. Explica (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 108): “Aliás, afirma-se que até mesmo pessoas não legitimadas a suceder diretamente podem ser reputadas indignas para evitar que se beneficiem do patrimônio transmitido”.

Por outro lado, apenas os herdeiros necessários podem ser deserdados já que os facultativos podem ser excluídos apenas com a feitura do testamento.

Quanto ao momento da prática do ato justificador da sanção, a indignidade pode se dá em momento anterior o posterior à abertura da sucessão, abertura esta que se concretiza no instante da morte. Já a deserdação corresponde a atos anteriores à abertura da sucessão e que chegaram ao conhecimento do autor da herança, visto que a deserdação se efetiva através do testamento.

Quanto ao instrumento cabível para a exclusão da sucessão, a indignidade deve ser certificada judicialmente, através de uma ação comum ordinária, proposta pelo interessado, no prazo decadencial de 4 anos, contados após a abertura da sucessão, em contra partida, a deserdação é feita pelo próprio autor da herança por

meio de um testamento, se fazendo necessário uma posterior confirmação judicial, no prazo decadencial de 4 anos, contados após o falecimento do testador.

QUADRO COMPARATIVO DA INDIGNIDADE X DESERDAÇÃO

Indignidade	Deserdação
Qualquer sucessor (herdeiro ou legatário) pode ser reputado indigno.	Somente os herdeiros necessários.
Motivo correspondente a um ato praticado antes ou depois da abertura da sucessão.	Motivo correspondente a um ato praticado necessariamente antes da abertura da sucessão.
Provocação por qualquer interessado (herdeiro, legatário, interessado Indireto).	Provocação exclusivamente pelo autor da herança.
Ação de indignidade (procedimento comum ordinário). Prazo decadencial de 4 anos.	Ato praticado em um testamento pelo próprio titular do patrimônio, com posterior confirmação judicial, no prazo decadencial de 4 anos.
Decorre do trânsito em julgado da ação de indignidade.	Decorre do testamento celebrado pelo autor da herança com posterior homologação judicial.
Hipóteses: art. 1.814, CC	Hipóteses: arts. 1.814+1.961 a 1.963

Diante de todo exposto, podemos observar que o abandono afetivo é demasiadamente mais gravoso e danoso, do que o abandono em um único instante da vida de uma pessoa, como nos casos em que a lei autoriza a deserdação por motivo de desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade, do mesmo modo que autoriza a deserdação nos casos de desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. Desse modo, subentende-se que o desamparo em casos de abandono afetivo deva ser abarcado pela deserdação, faremos uma análise de tal possibilidade através da interpretação extensiva, assunto este que foi tratado no próximo capítulo, pois o abandono por si

só já deveria punir o herdeiro. Pois deixa claro à falta de caráter e dignidade do agente, não devendo assim, opulentar do patrimônio daquele ao qual desprezou.

4. O DIÁLOGO DAS FONTES: A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA COMO MÉTODO DE ADEQUAÇÃO PARA OS CASOS DE DESERDAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO

A partir do momento em que o Direito refere-se a um sistema positivado, construído para elucidar conflitos entre as pessoas de modo prévio ditados nas hipóteses legais, muitas questões deixaram de ser atendidas, já que foram apartadas do conhecimento jurídico. A opinião contrária a esse positivismo avivado, construída em volta da interpretação da lei, foi de modo gradativo se desenvolvendo, tendo em vista que as necessidades da sociedade são mutantes e o Direito não deve ficar imóvel a tais modificações.

O Direito na sua modernidade é resultado de uma ordem posta, devendo ser realizada por meio da interpretação. Para Josef Bleicher, a “hermenêutica pode ser definida, em termos genéricos, como a teoria ou filosofia da interpretação do sentido” (BLEICHER, 1980, p.13), no entanto, ele reconhece também que, atualmente, podemos diferenciar três vertentes para a hermenêutica, quais sejam: como teoria, como filosofia e como crítica.

A teoria hermenêutica se ocuparia da elaboração de uma teoria geral da interpretação, enquanto conhecimento relativamente objetivo, já a filosofia hermenêutica, seria aplicada ao meio de razoabilidade desse conhecimento objetivo. Enquanto que a hermenêutica crítica seria o confronto entre essas formas de pensar a hermenêutica.

A expressão hermenêutica é evocada aqui como método de interpretação, como meio para entender um fenômeno jurídico, tendo em vista uma solução prática. Na verdade, para a consumação dessa finalidade, diversos são os métodos de interpretação e intrincados as operações propostas neles.

O diálogo das fontes, por exemplo, vem a ser um método de interpretação do direito, no qual duas ou mais fontes normativas podem ser posto sobre um mesmo dado, atendendo a três métodos de harmonização: coerência dada pelos valores constitucionais e prevalência dos direitos humanos, complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais e adaptação ao sistema de novas leis nele inseridas (MARQUES, 2012, p. 31).

Os valores constitucionais serviriam de condutor conformador entre as diversas fontes legais existentes, viabilizando ao aplicador a conjugação de uma ou

mais leis, proporcionando assim a melhor solução para cada caso em específico. Todavia, se o caso em questão for de pouca complexidade, podendo ser solucionado mediante a aplicação simplista de determinada previsão normativa, não há por que se falar em uma operação hermenêutica mais elaborada.

Desse modo, para desviar as dificuldades derivadas de uma pluralidade normativa de tal porte, uma escapatória é valer-se dos princípios constitucionais como reunificadores do sistema interpretativo (TEPEDINO, 2000, p. 333).

A idéia de que o ordenamento jurídico por si só seria capaz de solucionar todos os litígios da realidade, por mera subsunção de suas regras, encontra-se superada há algumas décadas.

É de fácil constatação que todo ordenamento normalmente se encontra aquém da realidade. Por esse motivo surge a necessidade de um modelo de sistema jurídico capacitado a diminuir esse atraso.

Insuflados por esses ideais, os operadores do direito encontram no diálogo das fontes os métodos de aplicação das leis que comungam igualmente desses valores. Não ignorando a complexidade da realidade, mas sim, assumindo a multiplicidade de escolhas e apontando como vetor de operacionalidade a solução mais adequada para a realização das necessidades individuais e coletivas, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso do direito das sucessões, em se tratando de deserdação por abandono afetivo, não restam dúvidas acerca da importância de sua função na sociedade contemporânea, uma vez que, o propósito é adaptar a lei civil brasileira à contemporânea realidade jurídica e social, buscando fortalecer e proteger a ética e a harmonia das relações parentais.

4.1 Direito positivo brasileiro como método de atuação completo de normas jurídicas: acerca da teoria dos espaços cheios e dos espaços vazios na norma posta

O Direito posto faz uso de diversos meios para formular sentido de unicidade sistêmica, dar harmonia interna, conferir fechamento à ordem positiva. A analogia, a interpretação extensiva, as presunções, entre outros, são alguns desses métodos que podemos citar. Todos esses meios são recursos que se destinam a conceder sentido normativo a cada circunstância que lhe é apresentada, para dessa forma

encontrar uma saída dentro da ordem posta. É dito completo o sistema que dessa forma procede.

Quando isso se dá, o ordenamento fica íntegro, completo, exaustivo, tudo prevendo, e o poder jurisdicional nele encontrando o critério certo de suas decisões. Não completo no sentido lógico dos sistemas formais, em que as proposições se interligam, já existentes, por desenvolvimento dedutivo. Há sempre uma função completante (VILANOVA, 2005, p. 491-492)

A definição de completude encontra-se precisamente na noção de unidade que o direito exige. Podemos pensar como um todo de sentido pleno, posto que, viabiliza as ocorrências que a ele são postas, e complexo, por seu repertório referir-se a um conjunto de uma multiplicidade de normas.

Uma vez completo, dizemos que é uno. De acordo com o prego Savigny: “De fato, o que procuramos estabelecer é sempre a unidade: a unidade negativa com a eliminação das contradições; a unidade positiva com o preenchimento das lacunas” (SAVIGNY, p. 267).

Destarte, ao ser constatada a existência de meios como a presunção, a analogia e a interpretação extensiva no direito brasileiro, podendo ser observado em artigos de diferentes diplomas legais, só vem a corroborar que a norma brasileira necessita de uma completude, ou seja, demanda um ordenamento completo e, para proporcionar tal feito, faz uso dos três mecanismos acima citados. Vemos como princípio indiscutível, pressuposto, requisito essencial a completude no Direito Brasileiro da atualidade para tornar-se aplicável na sua íntegra.

Desse modo, Norberto Bobbio indica o tipo de direito ao qual se admite a completude:

Em conclusão, a completude é uma condição necessária para aqueles ordenamentos em que valem estas duas regras: 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentam ao seu exame; 2) é obrigado a julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema (BOBBIO, 2008, p. 262)

No ordenamento jurídico brasileiro, identificamos prontamente a primeira regra dita acima pelo jurista Norberto Bobbio, uma vez que, não só o magistrado, como todos os operadores do direito, são obrigados a deliberar sobre as

controvérsias que lhes são apresentadas. Como exemplo, podemos citar a Lei de Introdução ao Código Civil, que preconiza em seu art. 4.º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Da mesma forma, podemos observar no Código Tributário Nacional em seu art. 108 que decreta: “Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I – a analogia”.

Assentado no argumento da completude sistêmica, o direito positivo brasileiro, nega a presença de espaços vazios na norma, sendo estes, preenchidos com os métodos acima citados.

4.1.1 Teoria das normas gerais exclusiva e/ou inclusiva

Em apresentação de uma posição contra aos espaços vazios, haveriam no direito espaços cheios onde estabelecidas normas de solução de conflitos agiriam no sentido de dar definição deôntica ao fato a ser avaliado. O preenchimento desses espaços vazios seria realizado, pela norma geral exclusiva e/ou inclusiva. No qual a exclusiva seria aquele preceito que preconiza de maneira oposta os casos não contemplados no enunciado. Enquanto que a inclusiva, é a regra que determina de forma proporcional os casos não contemplados na norma específica. Na primeira, o direito faz uso de um argumento opositivo, em contrário, e na segunda, usa-se da similitude. A observação quanto a essa teoria fica a cargo do critério decisório da aplicabilidade da regra inclusiva ou exclusiva, ou seja, equivalência entre fato não regulado e aquele outro regulado. O emprego da norma vai depender da resposta do juízo dessa pergunta, compondo-se um critério com teor subjetivo:

A decisão sobre a semelhança dos casos cabe ao intérprete. E, sendo assim, cabe ao intérprete decidir se, em caso de lacuna, ele deve aplicar a norma geral exclusiva, e, portanto, excluir o caso não previsto pela disciplina do caso previsto, ou aplicar a norma geral inclusiva, e, portanto, incluir o caso não previsto na disciplina do caso previsto. Na primeira hipótese diz-se que usa o *argumentum a contrario*; na segunda, o *argumentum a simili* (BOBBIO, 2008, p. 278)

As normas gerais inclusivas e exclusivas encontram-se na ordem jurídica brasileira, convivendo entre si, tudo em conformidade com a técnica legislativa usada para a delimitação do tipo jurídico.

Ficamos apenas com a compreensão de que, para o direito brasileiro, não existe caso que não seja regulado pelo ordenamento jurídico, mas, sim, multiplicidade de soluções jurídicas.

4.1.2 Das Listas Taxativas

São comuns as listas taxativas no Direito Civil Brasileiro, assim como em outros campos jurídicos que apreciam pela tipificação estrita de suas materialidades. Chamamos de lista taxativa o rol descritivo de hipóteses, declarado em lei, e que, em regra e como defluência de sua própria taxatividade, denega outras circunstâncias não vislumbradas na lei. A natureza taxativa vem reforçar a condição estrita, ou similarmente apontada como literal, da exegese da lei: os casos são aqueles positivados na redação legal, estando desautorizado ao aplicador a sua extensão por técnicas integrativas. Nesta linha de raciocínio afirma a 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Caráter taxativo da lista, somente permitindo interpretação extensiva para enquadramento de hipóteses idênticas àquelas previstas na lista.”

Pelo termo “lista taxativa” pretende-se delimitar o campo de aplicação da norma, aplicando-as somente aquelas situações nela expressamente mencionadas. E é na análise do que seja estar taxativo ou ser hipótese de incidência do rol positivado nos diplomas legais que se figura o debate sobre os métodos exegéticos cabíveis às listas expressas. Mais uma vez, vislumbramos o juízo de semelhança, preceito decisivo para a inserção de um fato ou outro nas hipóteses das listas taxativas. Intensos nessas ideias iniciais de raciocínios, considerando que tudo no direito é interpretação e a norma é concepção da mente do intérprete, também nas listas taxativas existirá essa incursão aos enunciados positivados em lei pelo qual a coloca em termos individuais e concretos. Nos casos em que não haja interpretação literal, até mesmo os pontos da lista taxativa estarão habilitados a possibilitarem ampliações e restrições, de acordo com a técnica interpretativa que seja empregada.

O STJ tem sustentado entendimento de que o nome que se deu pelos particulares aos fatos aptos a subsumirem-se nos pressupostos da lista taxativa é insignificante, como podemos observar no trecho do acórdão a seguir:

TRIBUTÁRIO – ISS – LISTA DE SERVIÇOS – TAXATIVIDADE – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS sobre serviços bancários, é taxativa, mas não veda a interpretação extensiva, sendo irrelevante a denominação atribuída.

Recurso especial não provido (STJ, 2ª T., REsp 937.111/PB, Rel. Min. Eliana Calmon, Julg. 07/10/2008, DJ 04/11/2008).

Em deliberações mais recentes, reafirmam:

A lógica é evidente porque, se assim não fosse, teríamos, pela simples mudança de nomenclatura de um serviço, a incidência ou não-incidência do ISS. Entretanto, é preciso fazer a distinção dos serviços que estão na lista, independentemente do nomen juris, dos serviços que não se enquadram em nenhum dos itens da lista, sequer por semelhança (STJ, 1ª Seção, REsp 1111234/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Julg. 23/09/2009, DJ 08/10/2009).

TRIBUTÁRIO – ISS – LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DL 406/68 – CARÁTER TAXATIVO – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – POSSIBILIDADE – SERVIÇOS BANCÁRIOS NÃO PREVISTOS NA LISTAGEM.

A própria lei que rege o ISS optou por tributar o gênero e autorizar a aplicação da interpretação extensiva em razão da impossibilidade de se prever todas as espécies e derivações de um mesmo serviço.

A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que é taxativa a lista anexa ao Decreto-Lei n. 406/68, comportando interpretação extensiva, a fim de abarcar serviços correlatos àqueles previstos expressamente, uma vez que, se assim não fosse, ter-se-ia, pela simples mudança de nomenclatura de um serviço, a incidência ou não do ISS.

Embargos de divergência providos (STJ, 1ª Seção, EREsp 916.785/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Julg. 23/04/2008, DJ 12/05/2008).

Neste viés, o magistrado corrobora a impossibilidade de se prever todas as espécies e derivações de um mesmo tipo.

4.1.3 Analogia e interpretação extensiva na exegese das listas taxativas

Analogia e interpretação extensiva são dois institutos em que achamos meios de consumação do direito, características de eficácia normativa às regras

prescritivas postas. Tanto na analogia quanto na interpretação extensiva existirá, de modos diferentes, elementos de conexão entre um fato e outro que toma por fundamento um fator de simetria. A similitude é um fundamento e limitação dessas técnicas interpretativas. Podemos vislumbrar a distinção entre analogia e interpretação extensiva nos tribunais superiores brasileiros:

Não se pode confundir analogia com interpretação analógica ou extensiva. A analogia é técnica de integração, vale dizer, recurso de que se vale o operador do direito diante de uma lacuna no ordenamento jurídico. Já a interpretação, seja ela extensiva ou analógica, objetiva desvendar o sentido e o alcance da norma, para então definir-lhe, com certeza, a sua extensão. A norma existe, sendo o método interpretativo necessário, apenas, para precisar-lhe os contornos (STJ, 2.^a T., REsp 121.428/RJ, Rel. Min. Castro Meira, jun. 2004).

Ademais, também encontramos essa diferenciação na doutrina brasileira, segundo leciona Luciano Amaro:

A diferença estaria em que, na analogia, a lei não terá levado em consideração a hipótese, mas, se o tivesse feito, supõe-se que lhe teria dado idêntica disciplina; já na interpretação extensiva, a lei teria querido abranger a hipótese, mas, em razão de má formulação do texto, deixou a situação fora do alcance expresso da norma, tornando com isso necessário que o aplicador da lei reconstitua o seu alcance (AMARO, 2008, p. 212)

De acordo com os citados, existem duas hipóteses que diferenciam um instituto do outro, o primeiro é quando a lei se omite e, deste modo, é nesse instante em que atua a analogia e a integração; a segunda hipótese é quando a lei é mal escrita, e sendo assim, interpretada de forma extensiva.

Norberto Bobbio realiza a diferenciação entre os dois institutos indicando os diferentes resultados que cada qual gera:

Compreender a diferença em relação aos diversos efeitos, respectivamente, da extensão analógica e da interpretação extensiva: o efeito da primeira é a criação de uma nova norma jurídica; o efeito da segunda é a extensão de uma norma a casos não previstos por ela (BOBBIO, 2008, p. 294).

Para Bobbio, a extensão analógica cria nova norma jurídica, à medida que a interpretação extensiva amplia a norma a casos nela não previstos.

A interpretação extensiva refere-se a um modo de interpretação que expande o sentido da norma para além do compreendido em sua letra. Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr: “Isso significa que o intérprete toma a mensagem codificada num código forte e a decodifica conforme um código fraco” (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 271). Respeitando desse modo a *ratio legis*, já que o legislador não poderia deixar de abarcar casos que, aparentemente, por uma interpretação meramente especificadora, não seriam alcançados.

A interpretação extensiva sobrevém no momento em que o operador do direito ao apreciar a norma acaba expandindo o seu alcance, pois a norma ao ser editada pelo legislador, disse menos do que foi preciso. A interpretação nesses casos acaba dando a norma uma acepção mais extensa do que aquela expressa.

Tendo em vista que a interpretação da norma jurídica tem como objetivo precípuo tornar capaz a aplicação dos conteúdos normativos, abstratos e gerais, em consequência dos acontecimentos vividos pela sociedade em geral, desta maneira, a norma tem por função legitimar as situações concretas do dia a dia.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, conclui-se que é inconcebível para uma legislação que modificou-se a ponto de erguer os níveis da afetividade assemelhando a união estável ao casamento e admitindo a união homoafetiva, não manifestar preocupação que um sujeito seja favorecido com a herança, diretamente, daquele ao qual abandonou. Não condiz com as mutações socioculturais que a tipificação da deserdação seja tão limitada.

Damos por assente que, o abandono afetivo como hipótese de deserdação do herdeiro fundamenta-se nos efeitos e repercussões deste abandono na vida das pessoas que foram atingidas, efeitos esses que são irreversíveis, devendo prevalecer o direito e a vontade do testador, advém dessas conclusões a assertiva de que a interpretação extensiva predomina como um meio apto para se estender o conceito do tipo aos casos de abandono afetivo, tomando os elementos do desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade e o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade como itens do rol taxativo e verificando a extensão destes ao conceito ao qual se quer abarcar, ou seja, o abandono afetivo, como se ele lá estivesse desde o princípio, desde o instante em que procedeu a premissa da norma. Cabendo para tanto que seja feita uma interpretação extensiva, além do rol taxativo da deserdação para envolver o abandono afetivo em tais hipóteses.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica contemporânea**. Tradução por Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. **Código Civil**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo, 14^a Câmara de Direito Público, Apelação Sem Revisão: SR 7056925500 SP, Rel. Renato Zanela Pandin e Cruz Gandini, Julg. 26/09/2008, DJ 22/12/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 2^a T., REsp 937.111/PB, Rel. Min. Eliana Calmon, Julg. 07/10/2008, DJ 04/11/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 1^a Seção, REsp 1111234/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Julg. 23/09/2009, DJ 08/10/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 1^a Seção, EREsp 916.785/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Julg. 23/04/2008, DJ 12/05/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 2.^a T., REsp 121.428/RJ, Rel. Min. Castro Meira, jun. 2004).

CATEB, Salomão de Araújo. **Deserção e indignidade no direito sucessório brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 7: Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed. rev., atual. E aumentada de acordo com o Código Civil de 2002/ por Mario Roberto Carvalho de Faria. – Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. Disponível na internet: <http://jus.com.br/artigos/527>. Acesso em 13 de setembro de 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das fontes** – do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PANIZZA, Cíntia Spinelli. **Deserdação**. Rio de Janeiro: Prestígio, 2010.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Tendências modernas do direito de família**. RT, 1988.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SAVIGNY, F.C. **Sistema del diritto romano attuale**. Tradução italiana. v. 1, seção 42.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito das sucessões. 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. **Boletim da Faculdade de Direito**, Studia Juridica, n. 48. Colloquia 6. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VILANOVA, Lourival. **Proteção jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento**. Escritos jurídicos e filosóficos. São Paulo: Noeses, 2005. v. 2.