

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

LARISSA LESSA FERREIRA RABÊLO

ABANDONO AFETIVO COMO FUNDAMENTO PARA DESERDAÇÃO

Recife
2013

LARISSA LESSA FERREIRA RABÊLO

ABANDONO AFETIVO COMO FUNDAMENTO PARA DESERDAÇÃO

Monografia apresentada à faculdade das damas da Instrução Cristã como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: ciências jurídicas

Orientador: Professora Ms. Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade.

Recife
2013

Rabêlo, L. L. F.

Abandono afetivo como fundamento para deserdação. Larissa Lessa Ferreira Rabêlo. Recife: o Autor, 2013.

64 folhas.

Orientador (a): Profª Renata Lacerda Andrade

Monografia (graduação) – *Bacharelado em Direito* - Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2014.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Família 3. Afetividade 4. Abandono 5. Sucessão 6. Deserdação.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2014 – 273

Larissa Lessa Ferreira Rabêlo

FAMÍLIA: ABANDONO AFETIVO COMO FUNDAMENTO PARA DESERDAÇÃO

DEFESA PÚBLICA em Recife, _____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientador: Profa. Ms. Renata Cristina Othon de Lacerda Andrade (FADIC)

1º Examinador: Prof(a). Ms./Dr.

2º Examinador: Prof(a) Ms./Dr,

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente à Deus por sempre ter guiado e iluminado minha vida acadêmica e pessoal, sem ele jamais teria conseguido.

Quero agradecer, em primeiro lugar, a Deus, que sempre iluminou meu caminho durante toda esta caminhada, sempre me dando força e coragem para seguir ir em frente.

Ao meu filho Leozinho, por ter me mostrado o significado do amor verdadeiro, por ser minha luz, minha força, meu estímulo, por todo carinho, por todo amor que ele passa para mim, por todo ensinamento, por ser exatamente como ele é, o melhor e mais amado filho.

Ao meu pai Leonardo, e minha mãe Lúcia, pelo apoio e por tudo que sempre fizeram por mim, pela simplicidade, exemplo, amizade, e carinho, fundamentais na construção do meu caráter. Por ser minha base, por ser meu chão, por nunca terem me deixado só, por estarem comigo quando mais preciso.

À minha irmã, Luciana, por toda sua dedicação, carinho, ensinamento, paciência, amizade. Por sua capacidade de acreditar em mim. Foi meu porto seguro na hora em que pensei que não daria certo, por estar sempre presente em minha vida nos momentos que mais preciso, por ser minha segunda mãe, por toda palavra dita, por me recriminar quando erro e por vibrar comigo nas minhas conquistas.

À minha irmã, Ana Luísa pelo carinho e incentivo dedicado a mim durante toda minha vida

À minha irmã Ana Lúcia, sua presença significou certeza de que nunca estarei só e pela amizade de toda uma vida, pela cumplicidade, pelo carinho.

À professora Renata Celeste, por seus ensinamentos, paciência, amizade.

À meu amigo Genildo Carvalho, por toda sua ajuda, paciência, carinho durante todo curso.

À minha orientadora Renata Andrade, com quem partilhei o que era o broto daquilo que veio a ser esse trabalho, pela ajuda, paciência, ensinamentos, sempre à disposição.

Aos meus amigos que me ensinaram, incentivaram e ajudaram, direta ou indiretamente, contribuindo assim, para que eu pudesse crescer.

A todos os professores que contribuíram e enriqueceram meu conhecimento em toda minha vida acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho Monográfico tem por finalidade realizar um estudo sobre o abandono afetivo, discorrendo acerca da evolução porque passa o conceito de família tanto na legislação quanto na jurisprudência, observando que o referido instituto deve se adequar à sociedade vigente. Por meio da democratização do direito de família, percebeu-se a mudança nas prioridades no instituto familiar, uma vez que se passou a valorizar a proteção à afetividade em detrimento do patrimônio. Sendo assim, procura-se realizar uma análise sobre o princípio da afetividade e demonstrar que o abandono afetivo importa no descumprimento do dever de família. Para tanto, é necessário fazer um estudo acerca do direito sucessório, no qual se verifica a diferença entre deserdação e indignidade, onde se conclui que o abandono afetivo constitui fundamento para a deserdação nos núcleos familiares desprovidos de afeto, visto não ser aceitável que uma pessoa receba herança de alguém com a qual não havia relação de estima. Para tanto, são utilizadas pesquisas bibliográficas, jurisprudencial e análise da legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se como fontes principais a doutrina de artigos científicos. Por fim, vale ressaltar que constitui um tema atual e que enseja grande controvérsia entre os operadores do direito.

Palavras- chave: Família. Afetividade. Abandono. Sucessão. Deserdação.

RÉSUMÉ

Cette étude a le but de rechercher sur l'abandon affectif, disertant sur l'évolution qui le concept du droit de famille a souffert, en regardant la législation et la jurisprudence et observant que cet institut doit être conforme à la société contemporaine. Grâce à la démocratisation du droit de famille, on s'est aperçu le changement dans les priorités de l'institut familial, parce que on a passé à donner valeur à la protection de l'affectivité au détriment du patrimoine. Dans ce contexte, on a fait une analyse sur le principe de l'affectivité, en démontrant que l'abandon affectif résulte de non-conformité du devoir imposé à la famille. Ainsi, il faut faire un étude du droit de succession, dans lequel on vérifie la différence entre déshéritement et indignité, où on peut conclure que l'abandon affectif constitue fondement pour le déshéritement dans les noyaux familiaux dépourvus de l'affection, parce qu'on ne peut pas accepter qu'une personne reçoit l'héritage de chacun avec lequel n'a pas eu aucune relation d'estime. Pour arriver à cet objectif, on a utilisé des recherches bibliographiques, jurisprudentielles et analyse de la législation courante au Droit brésilien, utilisant comme sources principales la doctrine et articles scientifiques. Dernièrement, on convient souligner que ce thème est actuel et suscite grande controverse entre les professionnels de droit.

Mots-clés: Famille. Affection. Abandon. Succession. Déshéritement.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	CAPÍTULO 1: A FAMÍLIA	9
2.1	Aspectos Históricos da Família	9
2.2	Conceito de família na atualidade	10
2.3	Princípios civis-constitucionais	12
3	CAPÍTULO 2: ABANDONO AFETIVO	23
3.1	Afetividade e Afeto	23
3.2	Princípio da Afetividade	25
3.3	Responsabilidade Civil em face do Abandono Afetivo	28
4	CAPÍTULO 3: DA SUCESSÃO	35
4.1	Conceito de sucessão	35
4.2	Evolução Histórica	35
4.3	Classificação da Sucessão	37
4.4	Abertura da Sucessão	38
4.5	Formas de Exclusão Sucessória no Direito Brasileiro	41
4.6	Conceito de Indignidade	41
4.7	Causas de Exclusão da Indignidade	42
4.8	Conceito de Deserdação	45
4.8.1	Causas e Requisitos da Deserdação	46
4.8.2	Efeitos da Deserdação	49
4.9	Deserdação x Indignidade	50
5	CAPÍTULO 4: ABANDONO AFETIVO E DESERDAÇÃO	52
5.1	O Princípio da Afetividade e sua Aplicação no Direito Sucessório	52
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho monográfico será tratado no primeiro capítulo acerca da família, apresentando aspectos históricos da mesma, o conceito de família na atualidade e os princípios civis constitucionais relacionados ao direito de família.

No segundo capítulo discorre-se sobre o abandono afetivo. Inicialmente será feita uma diferenciação entre afetividade e afeto. Em seguida será falado sobre o princípio da afetividade e por fim será tratado a respeito da responsabilidade civil em face do abandono afetivo

No terceiro capítulo será feito um estudo sobre a sucessão, apresentando seu conceito, evolução histórica, classificação da mesma, bem como a abertura da sucessão.

Além disso, serão mencionadas as formas de exclusão sucessória no direito brasileiro onde será apresentado o conceito de indignidade, as causas de exclusão da indignidade, o conceito de deserdação, as causas e requisitos da deserdação, os efeitos da deserdação e por fim será feita uma diferenciação entre deserdação e indignidade.

O quarto capítulo tem como tema o abandono afetivo e a deserdação. Inicialmente será falado sobre o princípio da afetividade e sua aplicação no direito sucessório. Posteriormente afirmará que o abandono afetivo constitui fundamento para deserdação, tema do presente trabalho monográfico.

É sabido que a família constitui o núcleo basilar da sociedade, é nela que o indivíduo aprende os valores que irão nortear sua vida. Para que uma pessoa possa transmitir amor, afeto aos que o cercam, é preciso que ela tenha recebido os mencionados sentimentos.

Verifica-se ter ocorrido uma ampliação no conceito de família, o qual se adequou à realidade vigente. Hodiernamente, a família não é formada apenas pelo pai, mãe e os filhos, como também pode ser considerada como entidade familiar aquela formada pelo pai ou pela mãe com os filhos bem como a união de pessoas do mesmo sexo é considerada família.

Nesse passo, observa-se que o direito de família passou por muitas transformações, passando a ter como elemento norteador a afetividade e não mais o aspecto patrimonial.

A afetividade é entendida em sua acepção objetiva, deve ser entendida como o dever de cuidado, assistência financeira, psicológica, convivência, constituindo um valor tutelado pelo direito, não podendo ser entendida como amor, já que não se pode obrigar uma

pessoa a amar outrem. A afetividade é imprescindível para o desenvolvimento de cada integrante do núcleo familiar.

O abandono afetivo consiste na ausência de afeto entre integrantes do mesmo núcleo familiar, isto é, de pais para filhos e de filhos para pais. Ele ocorre sobremaneira em famílias onde não há a existência de vínculos familiares, onde não existe a convivência entre eles.

Existem decisões judiciais admitindo a concessão de indenizações aos que foram vítimas de abandono afetivo. Sendo assim, seguindo-se o mesmo raciocínio, aquele que não cuidou de um ente poderia ser excluído da sucessão hereditária, ser deserdado.

2 CAPÍTULO 1: A FAMÍLIA

2.1 Aspectos Históricos da Família

A expressão família, etimologicamente, é oriunda dos oscos, povo do norte da península italiana, significando servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão. Percebe-se que, originariamente, o termo família estava atrelado à ideia escravocrata, de servidão, possuindo uma conotação patrimonial, diferentemente do entendimento atual, o qual é visto como a união de pessoas que comungam do afeto, partilham ideais e projetos, baseando-se na afetividade.

A família é a célula *mater* da sociedade, é nela onde o indivíduo se desenvolve, onde aprende valores e, segundo Vassal (2013, p. 126), “constitui a primeira entidade da qual o ser humano passa a fazer parte, sendo desta feita fundamental para a manutenção da espécie humana, bem como para a sociedade e do próprio Estado”.

Além do que, ainda de acordo com Vassal (2013, p. 126), constitui “o primeiro ente coletivo no qual a pessoa se insere e deve passar a conviver de maneira grupal”.

É no seio familiar onde ocorrem os fatos importantes na vida do ser humano, local em que ele nasce, cresce e vem a morrer e realiza suas escolhas.

Ao discorrer sobre o tema, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald aduzem:

no âmbito familiar, vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico, filosófico..., também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade – aliás, não só pela fisiologia como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar de que o homem nasce para ser feliz (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 38).

O conceito de Família varia de acordo com o tempo, com a cultura, com aspecto político e econômico em que a sociedade esteja inserida. Além do que a variedade de fatores impede a fixação de um modelo familiar único, sendo certo que cada núcleo familiar apresenta suas especificidades.

Dessa feita, em face da diversidade das entidades familiares, a legislação atinente às questões familiares não pode ser restrita. Paulo Luiz Netto Lôbo ao comentar sobre o tema, alega:

Cada entidade familiar submete-se a estatuto jurídico próprio, em virtude requisitos de constituição e efeitos específicos, não estando uma equiparada ou condicionada aos requisitos da outra. Quanto a legislação infraconstitucional não cuida de determinada entidade familiar, ela é regida pelos princípios e regras constitucionais, pelas regras e princípios gerais do direito de família aplicáveis e pela contemplação de suas especificidades. Não pode haver, portanto, regras únicas, segundo modelos únicos e preferenciais. O que as unifica é a função de lócus de afetividade e da tutela de realização da personalidade das pessoas que as integram, em outras palavras, o lugar dos afetos, da formação social onde se pode nascer, ser amadurecer e desenvolver os valores da pessoa (LOBO, 2002, p.11).

Como visto, a família se adequa à realidade vigente, variando com o tempo, lugar. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ao comentarem sobre as modificações da família em razão das transformações da sociedade asseveram:

com efeito, a família tem o seu quadro evolutivo atrelado ao próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a idéias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 41).

Conforme se depreende do comentário supra, o conceito de família não é estanque adapta-se aos valores vigentes na sociedade, não podendo ficar atrelada a conceitos pretéritos, ela modifica-se com os avanços do homem e, por conseguinte, da sociedade.

2.2 Conceito de família na atualidade

É sabido que a família, hodiernamente, vem passando por profundas transformações, em razão das intensas modificações da sociedade, em que a família deixa de constituir um instituto a que o homem serve e que se legitima por si só, passando a representar o local onde o ser humano se desenvolve e satisfaz-se pessoalmente, havendo a valorização do princípio da afetividade.

Essas transformações advieram com a sociedade industrial, em que se discutiu o então modelo familiar e fora adotado, na visão de Vassal (2013, p. 126) “um tratamento pluralista de família, com reflexos sociais e jurídicos”.

Como dito alhures, a família moderna leva em consideração o princípio da afetividade. Porém, não apenas o referido princípio é valorizado no seio da família contemporânea como também a ética, a dignidade humana. Farias e Rosenvald (2012, p. 41)

comentam o seguinte sobre o assunto em tela: “funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Estes são os referenciais da família contemporânea”.

A família é extremamente importante importância para o indivíduo e para a sociedade. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ao comentarem sobre a importância social do núcleo familiar, afirmam:

a família, não o indivíduo nem tampouco o Estado nem nenhuma companhia de comércio, é desde o século XXVI o grande fator colonizador no Brasil, a unidade produtiva, o capital que desbrava o solo, instala fazenda, compra escravos, bois, ferramentas, a força social que se desdobra em política (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 46).

A família constitui um valor garantido constitucionalmente, visto que desempenha um papel fundamental na persecução da dignidade humana. Tratando acerca do tema, Mylène Glória Pinto Vassal, preleciona:

Preocupa-se o direito em tutelar a família como valor constitucionalmente garantido, principalmente porque a declaração universal dos direitos do homem reconheceu à pessoa humana o direito de fundar uma família e, sob esse cenário, tem sua tutela estabelecida de modo privilegiado diante de ser importantíssimo papel na promoção da dignidade humana (VASSAL, 2013, p. 127).

A dignidade humana possibilita a cada integrante da família exercer de forma livre sua personalidade, de acordo com seus anseios e foro íntimo. Ao discorrer sobre o assunto, Vassal (2013, p. 127) afirma: “representa a fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana”.

Além da dignidade da pessoa humana, outros direitos fundamentais descritos na Constituição Federal são adotados no direito civil., existindo um verdadeiro entrelaçamento do Direito de Família com a Constituição Federal.

Flávio Tartuce assevera o seguinte sobre o assunto:

Em suma, deve-se reconhecer também a necessidade da constitucionalização do direito de família, pois “grande parte do direito civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade”. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante de um novo texto constitucional, forçoso ao interprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição (TARTUCE, 2006, p. 1).

Pela leitura percebe-se que o direito civil, em especial o direito de família, constitucionalizou-se isto é, muitos institutos do direito privado vieram da constitucionalização a fim de efetivar as questões relevantes para a sociedade.

2.3 Princípios civis-constitucionais

O novo Código Civil Brasileiro incorporou alguns princípios constitucionais qualificando-os como “linhas mestras do direito privado” (TARTUCE, 2006, p.2).

Ante a importância dos princípios constitucionais no direito civil e especialmente no âmbito do Direito de Família, há que se fazer referência aos mesmos, embora já se tenha feito menção, de forma breve, a alguns deles anteriormente.

O principal princípio é o da proteção da dignidade da pessoa humana, o qual encontra-se elencado no artigo primeiro, inciso III da Magna Carta. Em face do aludido princípio, houve uma valorização da pessoa em detrimento ao patrimônio no novo código civil.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio em comento consiste

no reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleça restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana. (TARTUCE, 2006, p.3).

Pode-se exemplificar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família no instituto do bem de família de pessoa solteira, no qual a norma positiva esta priorizando a pessoa e não a um grupo específico de pessoas.

A segunda manifestação da aplicação da dignidade humana no direito de família refere-se à relativização da culpa nas ações de separação judicial. Por fim, tem-se como exemplo do princípio da dignidade em sede de direito de família a tese do abandono paterno-filial ou teoria do desamor, teoria esta que apresenta divergência entre os juristas, vez que muitos operadores do direito posicionam-se no sentido da possibilidade da indenização por danos morais na hipótese de abandono afetivo, enquanto outros são contrários à indenização quando do abandono paterno-filial.

O segundo princípio a ser mencionado corresponde ao da solidariedade familiar, insculpido no artigo 3º da Constituição Federal, consistindo em um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. A solidariedade não é apenas patrimonial, mas também afetiva e psicológica, implicando no respeito e consideração entre os integrantes do núcleo familiar.

Flávio Tartuce cita como exemplos do princípio em comento no âmbito do direito de família, “o pagamento dos alimentos ao ente necessitado, bem como a coibição de violência nas relações familiares” (TARTUCE, 2006, p. 6).

O terceiro princípio constitucional-civil é o da igualdade entre filhos, descrito no artigo 227, § 6º da Constituição Federal e no artigo 1.596, do Código Civil Brasileiro, segundo os quais são considerados filhos os havidos ou não do casamento, como os adotivos e os frutos de inseminação heteróloga, possuindo os mesmos direitos e qualificações, sendo proibidas quaisquer designações relativas à filiação discriminatórias, como por exemplo filho legítimo ou ilegítimo.

A igualdade não está adstrita aos filhos, mas também aos cônjuges e companheiros. A Constituição Federal em seu artigo 226, § 5º e o Código Civil em seu artigo 1.511 fazem referência à aludida igualdade, que está relacionada à isonomia de direitos e deveres entre eles.

Pode-se citar como exemplo do referido princípio a possibilidade do marido/companheiro pleitear alimentos da mulher/companheira ou vice-versa, além do nubente poder acrescentar ao seu nome o nome do outro, diferentemente do que ocorria outrora, em que apenas a mulher poderia adicionar ao seu sobrenome o do seu marido.

Resultante da igualdade entre homens e mulheres na constância do casamento ou união estável decorre a igualdade na chefia familiar, princípio constitucional, descrito no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal e inserido no direito privado, nos artigos 1.566, III e IV, 1.631 e 1.634, do Código Civil, segundo o qual o poder familiar será exercido igualmente pelos cônjuges em regime de colaboração, podendo até, inclusive, haver a opinião dos filhos. Por meio do princípio em questão

houve a despatriarcalização do direito de família, já que a figura paterna não exerce poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo ou de colaboração, não de hierarquia, desaparecendo a figura do pai de família (pater familiaris), não podendo ser utilizada a expressão pátrio poder, substituído, na prática, por poder familiar (TARTUCE, 2006, p.9).

O Código Civil disciplina a matéria quando em seu artigo 1.631 dispõe que na constância do casamento ou união estável o poder familiar compete aos pais. Na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá esse poder com exclusividade. Em caso de eventual divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar é assegurado a qualquer um deles recorrer ao judiciário para solucionar o desacordo.

Ainda como exemplo do princípio da igualdade da chefia familiar há que se fazer menção ao artigo 1.634 da norma substantiva que assim reza:

compete aos pais, quanto a pessoa dos filhos menores: I- Dirigir-lhes a criação e educação;II- Tê-los em sua companhia e guarda;III- Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;IV- Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou sobrevivido não puder exercer o poder familiar; V- Representá-los, até aos 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI- Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII- Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, Código Civil, 2002).

Existe também o princípio da não intervenção ou da liberdade, insculpido no artigo 1.513 do código civil, que segundo o qual não poderá haver a ingerência do Estado nem de terceiros na comunhão de vida instituída pela família. Por meio desse princípio, as pessoas são livres para escolherem a quem se unirem, com quem contraírem uma família. Porém, isso não impede que o poder público intervenha no controle de natalidade ou no planejamento familiar por meio de políticas públicas.

O princípio que está intimamente ligado ao tema discutido no presente trabalho é o do melhor interesse da criança, capitulado no artigo 227, caput da Constituição Federal e nos artigos 1.583, 1.584 do Código Civil, vez que é

dever da família da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência discriminação exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Pelo que se depreende da leitura do artigo 227 da Constituição Federal cabe aos pais assegurar ao menor a convivência familiar, visto ser essencial para sua formação o convívio com o pai e a mãe.

Ademais, há que se fazer referência ao princípio da afetividade que ao longo da presente monografia será mencionado, vez que está totalmente imbricado ao tema em deslinde.

O princípio da afetividade não fora disciplinado na Constituição Federal, porém, esse fato não reduz a sua importância no âmbito das relações familiares, sendo essencial para uma convivência harmônica da família, decorrendo o afeto “da valorização constante da dignidade humana” (TARTUCE, 2006, p. 12).

Em razão do princípio da afetividade, fora mitigado o vínculo familiar decorrente do vínculo biológico para o vínculo afetivo, havendo o reconhecimento da paternidade sócio-afetiva.

Fora visto anteriormente que o conceito de família não é estanque, adequando-se à realidade social vigente, baseando-se hodiernamente no afeto. Flávio Tartuce ao se referir ao tema afirma:

as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. Sem dúvida, a socialidade também deve ser aplicada aos institutos do direito de família, assim como ocorre em outros ramos do direito civil (TARTUCE, 2006, p.13).

Tanto é assim que a Constituição Federal protege a família não apenas decorrente do casamento, mas também as outras espécies, como a união estável, importando para a Magna Carta a união de pessoas baseada, como dito alhures, na afetividade, no amor e na solidariedade, diferentemente do que ocorria no Código Civil de 1916 em que a família era resultante apenas do casamento, onde não era possível, inicialmente, dissolver-se o vínculo matrimonial, nem mesmo com o desquite, mas apenas com o adultério, tentativa de morte, sevícias, injúria grave e abandono voluntário e injusto do lar por prazo não inferior a dois anos, onde se indagava de quem era a culpa para a dissolução do casamento.

Naquela influenciada pela Revolução Francesa (1789), havia uma equivocada diferenciação entre homem e mulher. Cabia àquele a direção da família, e a mulher era equiparada aos relativamente incapazes, bem como só eram considerados filhos legítimos, os havidos na constância do casamento, momento em que o conceito de família estava entrelaçado ao de moral e religião.

Ainda no Código Civil de 1916, a noção de família estava ligada a questão patrimonial. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ao discorrerem sobre o assunto alegam:

mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam a família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era um modelo estatal de

família, desenhado com os valores dominantes naquele período da Revolução Industrial (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 40).

Posteriormente, com o advento do Estatuto da Mulher Casada, o qual elevou a mulher à condição de colaboradora e permitiu a mesma recorrer ao poder Judiciário em caso de discordância das questões relativas à sociedade conjugal e com a lei do divórcio, em 1977, a família apresentou uma maior liberdade, visto que os indivíduos só permaneciam casados se assim o desejassem, deixando o indivíduo de estar unido a outro por forças legais ou jurídicas, mas sim em razão de sua vontade.

A partir da promulgação da Magna Carta de 1988, qualquer norma do direito de família, para ser considerada válida, deve estar em consonância com o texto constitucional.

Em seguida, fora editado o Código Civil de 2002, o qual manteve a estrutura patrimonial do casamento. Embora o novo código civil tenha mantido uma postura restritiva, a Constituição Federal apresentou uma concepção ampliada do conceito de família, sendo seu rol meramente exemplificativo, surgindo a ideia de que família é o lugar onde há a efetividade entre os membros e onde se assegura, conforme preleciona Vassal (2013, p. 130) “uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano”.

Discorrendo sobre o assunto Marcos Borba Caruggi, no jornal o Globo, segunda edição, p. 39 do dia 26 de agosto de 2012, que apresentou matéria intitulada “pai, mãe e filhos já não reinam mais nos lares”, e afirmou que a família tradicional, formada pelo casal e por seus filhos já não representa a maioria dos lares brasileiros já que apenas 49,9% dos arranjos familiares são constituídos pela mencionada espécie de família, enquanto que em 1991 esse percentual era de 71%. Ainda de acordo com o jornal O Globo, tomando-se por base os dados estatísticos do IBGE, em 2010 verificaram-se 16% de casais sem filhos, 15,5% de mulheres sozinhas com filhos, 12,2% de homens ou mulheres morando sozinhos, 2,3% de homens sozinhos com filhos e 4,1% de outros tipos de arranjos familiares.

Desta feita, as entidades familiares contidas na Constituição Federal são meramente exemplificativas. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo:

os tios de entidades familiares explicitamente referidos na constituição Brasileira não encerram *numerus Clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e já em si pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. A constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão. Violam o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana as interpretações que (a) excluem as demais entidades familiares da tutela

constitucional ou (b) asseguram tutela dos efeitos jurídicos no âmbito do direito das obrigações, como se os integrantes dessas entidades fossem sócios de sociedade de fato mercantil ou civil. (LÔBO, ano, p. 11).

Os valores constantes na concepção tradicional de família foram rompidos cedendo lugar a

um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser solidariedade social e de mais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto como mola propulsora (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 41).

A família tradicional, formada pela união dos pais com os filhos no mesmo lar já não representa um modelo prevalecente na sociedade, visto que muitos são os casos em que o homem e a mulher não convivem num mesmo lar e, desta forma, recorrem ao Poder Judiciário para regulamentar o direito de visitas e outros assuntos relacionados à educação e criação dos seus filhos, como a guarda compartilhada, que fora introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei nº 11.698/2008, a qual modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, não eliminando, porém, a guarda unilateral, que continua majoritariamente sendo adotada nas Varas de Família brasileira. A guarda compartilhada, segundo Rolf Madaleno:

reconhece e põe em prática os princípios da isonomia entre o homem e a mulher e do superior interesse da criança. Compartilhar a custódia dos filhos não significa repartir o tempo que a prole passa com cada um dos seus pais, como ocorre na guarda alternada, nem tão pouco representa alternar a moradia dos filhos entre a casa do pai e a residência da mãe, mas significa unicamente que os filhos terão garantidos o direito de se relacionarem em igualdade de condições com ambos os genitores equilibrando o poder familiar (CARUGGI, 2013, p.99).

Desta feita, na guarda compartilhada, os pais tornam-se responsáveis conjuntamente pela vida dos filhos, devendo propiciar aos mesmos um desenvolvimento saudável, não podendo deixar que a separação deles gere efeitos negativos nos filhos.

É sabido que, na constância do casamento, os cônjuges possuem direitos e os seguintes deveres: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos, conforme dispõe o artigo 1.566 do Código Civil.

Ocorrerá a infringência dos deveres retromencionados na prática da alienação parental, que foi erigida à condição de crime, por meio da Lei nº 12.318/2010, conceituada pela Desembargadora Maria Berenice Dias da seguinte forma:

um transtorno psicológico se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativas, de modo que a própria criança ingresse na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor (DIAS, 2013, p. 102).

A alienação parental, infelizmente, vem sendo publicamente praticada em muitas famílias na atualidade, o que é péssimo para a criança, visto que a mesma passa a ter uma visão distorcida do seu pai/mãe.

Tratando sobre o tema, Stein (2011 *apud* CARUGGI, 2013, p. 102) afirma que “a alienação parental consiste na prática de um genitor inculcar falsas memórias na cabeça de uma criança adotando prática similar a adotada na Alemanha Nazista de Hitler, em que a mentira dita muitas vezes se torna verdade”. Porém, a constatação da alienação parental não se dá de maneira simples, visto que tem que ser realizada, consoante dispõe o parágrafo 2º do art. 5º da Lei nº 12.318/10, por meio de perícia a ser realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, que possam diagnosticar atos de alienação parental.

Como dito alhures, a família não é resultante apenas do casamento de um homem e de uma mulher. A união estável foi erigida à condição de entidade familiar através da Constituição Federal de 1988, que no parágrafo 3º do artigo 226 dispõe sobre o tema: “[...] para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento...”.

O Código Civil, em seu artigo 1.723, também trata acerca da união estável, que assim reza: “reconhecida como entidade familiar a união entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Conforme se depreende da leitura dos mencionados dispositivos legais, para configuração da união estável é necessário o preenchimento de alguns requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Segundo Caruggi (2013, p. 104), “os elementos objetivos dizem respeito à diversidade de sexo, à estabilidade, à publicidade e a inexistência de impedimentos legais para o casamento”.

Por sua vez, o elemento subjetivo refere-se ao ânimo de constituir família, isto é, ao *animus familiae*. A constatação do mesmo não representa tarefa simples, visto que necessita de um conjunto probatório robusto que poderá incluir contas bancárias conjuntas, declaração conjunta de imposto de renda, dentre outros.

Ao discorrer sobre o tema, Cristiano Chaves de Farias, citado por Caruggi afirma o que se segue:

Por isso, sem a pretensão de esgotar as (múltiplas) possibilidades, é possível detectar a união estável, dente outras hipóteses, através da soma de projetos afetivos, pessoais e patrimoniais, de empreendimento financeiro com esforço comum, de contas conjuntas bancárias, declarações de dependência em Imposto de Renda, em plano de saúde, e em entidades previdenciárias, a frequência a eventos sociais e familiares, eventual casamento religioso (o chamado casamento eclesiástico) etc. (CARUGGI, 2013, p. 105).

O elemento objetivo diversidade de sexo foi mitigado com a decisão proferida pelo Ministro do STF, Carlos Ayres Brito, na ADIN N° 4277/DF, que reconheceu como entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo. Cristiano Chaves de Farias, ao comentar sobre a possibilidade de união estável nas relações homoafetivas afirma:

efetivamente, a união de pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida não é diversidade de sexo que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a efetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas (FARIAS, 2013, p. 106).

Em que pese o entendimento do STF acerca da possibilidade de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, muitos doutrinadores posicionam-se pela impossibilidade da união estável entre homossexuais, podendo ser citado Gonçalves (2013, p. 107) para quem “a diversidade de sexos é requisito natural reputando como inexistente as uniões homossexuais para quais caberia apenas uma regulamentação no campo do direito obrigacional”.

Em que pesem os entendimentos contrários, para a maioria dos juristas o elemento diversidade de sexo restou dispensável para a formação da entidade familiar, que caracteriza-se pela afetividade, intenção de constituir família, havendo democratização da estrutura familiar. Ao discorrerem sobre o tema Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam:

aliás, nessa medida em que a família deixa de ser encarada sob a ótica patrimonialista e como núcleo de reprodução, passando a ser tratada como um instrumento para o desenvolvimento da pessoa humana, realçados seus componentes mas próximos à condição humana, tem-se, sem dúvida, uma democratização da estrutura familiar. Bem por isso, forte em Giddens, o que se propugna é uma verdadeira democracia das emoções da vida cotidiana: “uma democracia das emoções é exatamente tão importante quanto a democracia pública para o aperfeiçoamento da qualidade de nossas vidas”. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 44).

Como visto anteriormente, para a caracterização da entidade familiar, faz-se necessária a existência de elementos subjetivos e objetivos. Dentre os objetivos, há que se destacar a estabilidade. Pretendeu, desse modo, o legislador afastar do conceito de família as relações efêmeras, transitórias. Porém, o caráter da estabilidade é verificado no caso concreto, visto não mais existir um período mínimo de duração da relação para que se configure a entidade familiar.

Cristiano de Chaves Farias, citado por Caruggi, ao comentar sobre a estabilidade aduz o que se segue:

Confere-se, então, ao intérprete, casuisticamente, a tarefa de verificar se a união perdura por tempo suficiente para a estabilidade familiar. E percebe-se que o traço caracterizador da estabilidade é a convivência prolongada no tempo, durante bons e maus momentos, a repartição de alegrias e tristezas experimentadas reciprocamente, expectativa criada entre ambos de alcançar projetos futuros comuns (CARUGGI, 2013, p. 108).

Outro requisito necessário à entidade familiar é a publicidade. Por meio desse elemento, requer-se que os conviventes comportem-se no meio social como se casados fossem.

Ademais, é indispensável a inexistência de impedimentos que também o seriam para o casamento, os quais estão disciplinados no artigo 1.521 do Código Civil. Porém, não se configura como impedimento o fato de um dos conviventes se achar apenas separado judicialmente ou de fato.

Por fim, há que se falar em coabitação. A moradia no mesmo teto não resta indispensável, conforme dispõe a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, cujo teor é o seguinte: “a vida em comum sob o mesmo teto *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

Falou-se acerca do vínculo familiar, porém é preciso fazer menção ao desfazimento da união, o divórcio é uma forma de desfazimento da união. Com a lei do divórcio, os indivíduos passaram a ter maior liberdade, apenas permanecendo casados se assim desejarem. No entanto, antes do advento da referida lei, não havia a possibilidade de dissolução do casamento.

Posteriormente à edição da Lei nº 6.015/77, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a ampliação do divórcio pela conversão da separação judicial em divórcio pela separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

O divórcio passou a ser possível extrajudicialmente, bastando que as partes envolvidas compareçam a um cartório e manifestem o seu intento de se divorciarem, não necessitando recorrer ao Judiciário.

Muitos doutrinadores, dentre eles Maria Berenice Dias e Pablo Stolze têm o entendimento de que a separação não mais subsiste, em razão do advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, tratando-se o divórcio como um direito potestativo. Para esta corrente, houve uma modificação do ordenamento jurídico brasileiro, o qual deixou de ser dualista, visto que poderiam ser causas extintivas ou terminativas da entidade familiar para o sistema unificado.

Segundo o professor Farias (2013, p. 111), adepto do sistema unificado, houve a “substituição do princípio da culpa pelo princípio da ruptura em que a única causa para a extinção do vínculo patrimonial é o fracasso da união conjugal”.

Em contrapartida, existem doutrinadores, como Maria Helena Diniz, Yussef Said Cahali, que entendem ser possível, ainda, a separação. Para eles, as normas infraconstitucionais não foram expurgadas. Há motivos de ordem religiosa para a manutenção da separação, bem como a manutenção desta facilitaria a reconciliação das partes e ao eliminar-se a separação com culpa, os deveres do casamento passariam a ser mera recomendação judicial. Ademais, o Enunciado da quinta jornada do Conselho de Justiça Estadual firmou, por maioria, o entendimento da continuidade da separação judicial e extrajudicial. Eis, assim, o seu teor: “a Emenda Constitucional nº 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”.

Ao discorrer sobre o argumento de que normas infraconstitucionais não foram expurgadas, afirma Caruggi que “a não recepção de normas não pode atingir as separações decretadas antes da nova sistemática, sob pena de ofensa ao ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido”. Ademais, pelo que se pode convenientemente perceber, não merece prosperar a alegação da continuidade da separação, levando-se em conta o aspecto religioso, visto ser o Brasil um Estado laico. (CARUGGI, 2013, p. 112)

O argumento de que a manutenção da separação facilitaria a reconciliação não merece prosperar, visto que as partes podem se valer de outros mecanismos se não tiverem certeza sobre o divórcio, como a cautelar de separação de corpos.

Por fim, o argumento de que, ao extinguir-se a separação com culpa, os deveres matrimoniais passariam a ser mera recomendação judicial não merece guarida, uma vez que a Emenda Constitucional nº 66/2010 adotou o princípio da ruptura em substituição ao princípio da culpa.

Portanto, foi visto que a família tradicional não representa a única forma de entidade familiar admitida pelo legislador brasileiro, bem como pela jurisprudência pátria e que, em razão das modificações por que passou a sociedade e que resultaram na mudança do ordenamento jurídico, bem como da mentalidade dos operadores do direito, as responsabilidades dos cônjuges também sofreram modificações.

Sendo assim, a família passou por transformações, adequando-se à realidade vigente, deixando de ser uma família instituição e passando a ser uma família instrumento. Ao tratarem sobre o tema, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald aduzem:

é simples, assim, afirmar a evolução de uma família- instituição, com proteção justificada por si mesmo, importando não raro violação dos interesses das pessoas nela compreendidas, para o conceito de uma família-instrumento do desenvolvimento da pessoa humana, evitando qualquer interferência que viole os interesses dos seus membros, tutelada na medida em que promova a dignidade das pessoas de seus membros, com igualdade substancial e solidariedade entre eles (artigos primeiro e terceiro da CF/88) (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.47).

Em face da evolução porque passou a família ao longo dos anos e, em razão dos avanços tecnológicos e mudanças comportamentais, o Direito de Família também foi modificado, devendo ser entendido como

um conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, esmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 50).

Pelo que se percebe, assim, o conceito de família pode ser compreendido em sentido amplíssimo, amplo e na acepção restrita, a depender de sua composição. No sentido amplíssimo, a família é entendida como conjunto de diferentes pessoas que compõem o mesmo núcleo afetivo, incluído nesta acepção os empregados domésticos. Por sua vez, na acepção ampla, o conceito de família diz respeito às pessoas que se uniram afetivamente e aos parentes de cada uma delas. No Código Civil de 2002, em seu artigo 1.595, é utilizado o referido sentido. Por fim, há que se falar sobre a acepção restrita de família que diz a tão somente ao conjunto de pessoas unidas afetivamente e sua eventual prova, conceito este presente nos artigos 1.711 e 1.722 do Código Civil.

De conseguinte, pelo que foi exposto, a família constitui a célula *mater* da sociedade. É nela onde o indivíduo aprende os valores que irão reger sua vida. Seu conceito não é estanque; altera-se de acordo com a realidade vigente, devendo ser concebida como a união de pessoas que estão atreladas pelo afeto, amor, partilha de ideais.

3 CAPÍTULO 2: ABANDONO AFETIVO

3.1 Afetividade e Afeto

No primeiro capítulo do presente trabalho monográfico, discorreu-se sobre os princípios constitucionais que são utilizados pelo direito civil, especialmente pelo direito de família. Dentre eles, fez-se menção ao princípio da afetividade, afirmando-se que o aludido princípio está intimamente ligado ao trabalho em questão.

Porém, antes de se discorrer aprofundadamente sobre o princípio da afetividade, é imperioso tratar-se acerca da afetividade e afeto, apresentando os conceitos dos mesmos.

Catarina Almeida de Oliveira afirma que a afetividade corresponde

atividade com afeto. As relações são, muito frequentemente, pautadas por esse elo que impulsiona as aproximações, a permanência, o cuidado, a sobrevivência. Isso não é privilégio apenas da espécie humana. Muitas outras espécies de animais se agrupam afetivamente e assim permanecem, muitas vezes, por toda a vida (OLIVEIRA, 2010, p.47).

O jurista Paulo Lobo, citado por Catarina Oliveira, também comenta sobre a afetividade. Para ele, “a afetividade trata-se de uma construção cultural que se verifica na convivência que prescinde de interesses materiais. Estes, por sua vez, seriam secundários, surgindo, apenas quando do seu fim”. Ela seria a causa inicial e final da família (OLIVEIRA, 2010, p. 55).

Como dito pela jurista, a afetividade está atrelada ao afeto, é por meio dela que as pessoas se unem, e é ela que permite uma convivência familiar harmônica. Ainda de acordo com a mencionada autora,

o afeto(ou a afetividade) será o *animus* da família, assim considerado como elemento que, não somente integra, mas, serve de prova da existência de uma entidade familiar. Exatamente por isso, não se poderia restringi-lo apenas ao sentimento de afeto. Tal afirmativa não se trata de preconceito, mas de uma necessidade de vê-lo prático, visando proporcionar efetivamente, a tutela de interesses que estariam desprotegidos por forma da dificuldade de se ter como elemento probatório, emoções (OLIVEIRA, 2010, p. 55).

A afetividade como visto anteriormente, é indispensável para a convivência familiar, constituindo no elemento fundamental da intenção volitiva manifestada pelas partes de contraírem matrimônio, isto ocorre quando a autoridade religiosa indaga os nubentes acerca da intenção dos mesmos se realmente pretendem casar-se.

Quando o afeto já não mais existe entre os nubentes, os mesmos podem divorciar-se, não necessitando recorrer ao Poder Judiciário caso inexistam filhos menores de idade bem como estejam de comum acordo, devendo dirigir-se a um cartório.

O afeto também faz parte da vida, ele é “conatural à sociedade humana, desde a mais primitiva ordem tribal. Entre as tribos, na origem do povo romano, a tração natural de um indivíduo a outro se dizia *affectio* ou *affectus*, palavras compostas da preposição *ad* (= para) e de uma forma nominal do verbo *facere* (=fazer).

Literalmente, *affectio* e *affectus* traduzem a ideia de ser feito um para o outro” (BARROS, 2002).

Porém, por muito tempo o afeto foi relegado pelo Direito, no qual havia a prevalência do conteúdo econômico, do patrimônio em detrimento ao afeto , como ocorria com o Código Civil de 1916.

Falou-se sobre o afeto e afetividade, no entanto é preciso fazer uma distinção entre afetividade e o afeto embora comunguem da mesma origem. Segundo Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade “a afetividade é a dinâmica das relações afetivas, é a constante transição dos sentimentos humanos entre os mundos interno e externo; afeto é sentimento”(ANDRADE, 2010, p.73).

O afeto pode se dá de maneiras diferentes, a depender do tipo de relação vivida. Ao discorrer sobre o tema Catarina Almeida de Oliveira afirma:

A pergunta é qual, porque o afeto, como raio de amor, se projeta de maneiras diferentes, dependendo do tipo de relação sobre a qual ele incide. Algumas vezes exigindo certo retorno, outras vezes de maneira incondicional, algumas vezes desejo, outras vezes não.Externa-se, por vezes instintivamente, por outras, cheio de razão (ainda que se diga que razão e emoção moram em casa separadas muitas vezes, se visitam) (OLIVEIRA, 2010, p. 60).

Ele não se resume ao amor, mas a todos os sentimentos que unem as pessoas, estando presente em todas as fases da vida do ser humano. Segundo Denise Duarte Bruno, o afeto e a família são conceitos com características muito semelhantes. “Ambos são comumente referidos como dados, como fatos, embora sejam abstrações de difícil determinação” (BRUNO, 2002).

Em razão do afeto, surgiram novas formas de família além das descritas na Constituição Federal, pois o que atualmente caracteriza os laços familiares não é mais o caráter biológico, mas sim o socioafetivo.

Denise Duarte Bruno afirma que as famílias tidas como não tradicionais fundadas apenas no afeto organizam-se em elementos vinculados à religião, quais sejam solidariedade e definição de papéis, visto que

todas as religiões trazem em seu bojo preceitos quanto as formas de estabelecimento de relacionamento entre as pessoas, tais como: hierarquias, respeito, ajuda mutua, etc. Estes preceitos, bem como a definição dos papéis de pai/mãe, determinam as diversas formas de organização familiar. (BRUNO, 2002, p. 02)

O afeto, embora seja um sentimento, para que seja reconhecido no âmbito do direito de família, deve ser analisado objetivamente, pois se compreendido apenas subjetivamente, muitas famílias não seriam reconhecidas como tal, vez que não se enquadrariam na definição de entidades familiares descritas pela Constituição Federal.

Desta feita, Catarina Almeida de Oliveira afirma que para que a afetividade seja tutelada pelo direito é preciso que haja o entrelaçamento entre o *animus* e o *corpus*,

consistindo, conjuntamente, na relação entre pessoas que se apresentem, socialmente, como família. Assim, é o agir com afeto que cria laços familiares. Desta forma, ao ostentar de forma estável, condutas tipicamente familiares (convívio, assistência material, psicológica, proteção, atenção, comprometimento, interesse, etc), estará se apresentando, de maneira objetiva, o afeto, o que faz presumir a presença do sentimento de afeto que, normalmente, motiva tais condutas, mas que inexistindo não as exclui (OLIVEIRA, 2010, p. 58,59).

3.2 Princípio da Afetividade

No início deste capítulo discorreu-se sobre a afetividade, apresentando-se definições acerca da mesma. Ultrapassada essa fase, será tratado sobre o princípio da afetividade. Porém, antes de discorrer acerca do aludido princípio é preciso apresentar uma definição sobre o que consistem os princípios.

Os princípios conforme preceitua Humberto Ávila “descrevem fins a dependerem da adoção de comportamentos” (ÁVILA, 2006, p. 660).

Catarina Almeida de Oliveira ao comentar sobre os mesmos apresenta a seguinte definição: “os princípios estabelecem deveres provisórios que, por sua vez, podem ser superados por razões contrárias e são aplicados após fazer uma ponderação valorativa entre razões colidentes” (OLIVEIRA, 2010, p. 50).

Os princípios têm a função de complementar as regras, as quais instituem deveres definitivos, “sendo aplicadas ante a correspondência entre o conceito normativo e o conceito do direito material fático” (OLIVEIRA, 2010, p. 50).

Observou-se que os princípios dentre outras atribuições, têm a função de complementar as regras. Desta forma, imperiosa a necessidade de se fazer uma distinção entre ambos. Para Canotilho, a diferença entre eles é qualitativa. Segundo o renomado jurista, citado por Fabíola Santos Albuquerque

os princípios contêm um grau elevado de abstração, os que os torna conceituadamente vagos e indeterminados, exigindo uma operação secundária de mediações concretizadoras, consoante a circunstâncias facticas e jurídicas. As regras, ao contrário, primam pela clareza e pela possibilidade de aplicação imediata, recorrendo-se às vias interpretativas, uma incidência menor que os primeiros ou com menor mediação semântica. Os princípios coexistem diante de uma colisão, enquanto a estrutura normativa das regras é destituída dessa flexibilidade, poruqe em caso de conflito, excluem-se. No caso de colisão de princípios, lançasse mão do recurso do princípio da proporcionalidade; já as regras estão no plano da validade e desconhecem qualquer espécie de mediação. Os princípios, enquanto mandato de otimização, aproximam-se dos valores radicados na ideia de Direito e de Justiça. Eles contêm exigências que devem ser realizadas em maior grau possível; as regras, por sua vez, são prescrições normativas concretas (ALBUQUERQUE, 2010, p. 32).

Feitas as devidas considerações sobre princípios discorrer-se-á sobre o princípio da afetividade. O princípio em comento não está descrito explicitamente na Constituição, porém ante a sua inegável importância foi erigido à condição de princípio Constitucional, sendo utilizado no âmbito do direito de família, em virtude do fato de que a família contemporânea é uma família socioafetiva, isto é, baseia-se no afeto, não decorrendo apenas da consanguinidade.

Paulo Lôbo discorre sobre os fundamentos jurídico-constitucionais do princípio da afetividade. Para ele,

O princípio da afetividade tem fundamento Constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se , no campo jurídico-constitucional, afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade. Encontra-se na Constituição Federal Brasileira três fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do século XX: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226,§4º) (LÓBO, 2000, p. 4).

Além de Paulo Lobo, muitos doutrinadores apresentaram definições sobre o princípio da afetividade, dentre eles Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade que afirma:

o princípio da afetividade pode ser compreendido como norteador das relações familiares contemporâneas, visando á garantia do respeito aos valores mais elevados da humanidade, ou em outras palavras, é o liame específico que une duas pessoas em razão de parentesco ou de outra fonte constitutiva da relação de família (ANDRADE, 2010, p. 74).

Depreende-se da leitura dos dispositivos constitucionais citados bem como do comentário do eminente jurista Paulo Luiz Netto Lôbo que a família constituída pelo pai/mãe e filhos já não representa a única modalidade de entidade familiar admitida pela Constituição Federal, visto que a Magna Carta entende como família a comunidade formada por pai/mãe e filhos ou apenas a união entre cônjuges sem a existência de filhos. Além do que se considera entidade familiar a união de pessoa do mesmo sexo, desde que baseadas no afeto.

Ademais, consideram-se filhos os havidos ou não na constância do casamento, bem como os adotivos não se podendo fazer distinção entre os mesmos.

Portanto, a filiação biológica que era a única reconhecida antigamente como capaz de demonstrar o vínculo de filiação existente nas famílias passou a coexistir com a filiação socioafetiva, a qual não resulta do caráter biológico, alicerçada no afeto, que é o sentimento indispensável para a existência do vínculo familiar.

Paulo Lôbo ao fazer a distinção entre filiação socioafetiva e biológica afirma:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito, à filiação confundi-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consaguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico na medida da redução patrimonialização dessas relações (LÔBO, 200, p. 6).

Ainda segundo o renomado jurista, o princípio da afetividade seria parte integrante do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional, sendo o princípio da afetividade fato jurídico-constitucional, visto ser, como dito alhures, espécie do princípio da dignidade humana.

Ele apresenta como missões “promover comportamentos que permitam a realização do seu fim, bem como realizar o seu fim através da promoção de determinados comportamentos” (ANDRADE, 2010, p. 74).

Desta feita, a afetividade passou a constituir o elemento fundamental na existência da família, havendo o reconhecimento de que o indivíduo constitui-se um sujeito de direitos, não apenas titular de bens, caracterizando-se o fenômeno da repersonalização.

Ademais, observa-se que o princípio da afetividade tem como fundamento estabelecer os vínculos entre pai/mãe e filhos e visa impedir o rompimento desses vínculos. Sendo assim, está intimamente ligado ao princípio do melhor interesse da criança, pois se busca que o menor tenha uma convivência com seus pais.

Ao discorrer sobre o assunto, Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade afirma:

Percebem-se, pois, novas perspectivas de aplicabilidade do princípio da afetividade que não apenas o reconhecimento ou exclusão de paternidade, mas a manutenção destes vínculos constituídos juridicamente, que não devem ser rompidos, em atenção aos interesses dos filhos. Todavia, é mesmo no campo da constituição do estado de filiação que se concentra toda difícil decisão judicial na aplicação da socioafetividade, por excluir ou reconhecer vinculação suficiente para atribuição de parentesco, inclusive quando a convivência não está mais presente no processamento do feito (ANDRADE, 2010, p. 80).

O princípio da afetividade é fundamental para a manutenção dos vínculos entre pai/mãe e filhos e é importante para o desenvolvimento dos filhos, pois uma criança que cresce em um ambiente repleto de afeto certamente será uma pessoa realizada.

3.3 Responsabilidade Civil em face do Abandono Afetivo

Feitas as considerações acerca do significado da afetividade, passar-se-á a discorrer sobre se a ausência de afetividade enseja a obrigação de indenizar por danos morais, isto é, se haveria a responsabilidade civil por abandono afetivo de filho, bem como qual seria o *quantum* a ser fixado nas situações em que não houve o referido sentimento nas relações familiares.

No presente trabalho monográfico está sendo destacado o abandono afetivo dos genitores com relação aos seus filhos. Porém, é sabido que existe o abandono afetivo inverso que na lição do Desembargador Jones Figueiredo Alves, Diretor Nacional do IBDFAM, consiste:

Inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família. O vocábulo “inverso” da expressão do abandono

corresponde a uma equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, dado que ao dever de cuidado repercussivo da paternidade responsável, coincide valor jurídico idêntico atribuído aos deveres filiais, extraídos estes deveres do preceito constitucional do artigo 229 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “...os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade (ALVES, 2013, p. 1).

Realizada uma breve digressão acerca do abandono afetivo inverso, retornar-se-á ao estudo acerca da responsabilidade civil do genitor em face da ausência de afetividade com relação a seu filho em face de sua maior incidência.

A afetividade, como visto, tutelada pelo direito é verificada em seu sentido objetivo, referindo-se ao dever de cuidado, atenção, convivência, prestação de assistência moral, material e psicológica, constituindo no dever de zelo, sendo uma obrigação decorrente do poder familiar.

Ao discorrer sobre o poder familiar Roberto Paulino de Albuquerque Junior aduz: “o poder familiar constitui um *munus* cujo exercício não é livre, mas sim plenamente cogente, de modo que o indivíduo a ele vinculado está juridicamente obrigado a desempenhar todos os encargos a ele inerentes” (ALBUQUERQUE JUNIOR, 2010, p. 406).

Dispõe o artigo 1634 acerca do exercício do poder familiar, o que se segue: “compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores. I- Dirigir-lhes a criação e educação; II- Tê-los em sua companhia e guarda; [...]”.

Conforme se depreende da leitura do dispositivo retro, constitui obrigação decorrente do poder familiar, o dever dos pais de cuidarem dos filhos, devendo o referido dever ser entendido em sua acepção ampla, consistindo na obrigação dos genitores em prestar alimentos, prestar assistência psicológica, zelar pelo seu bem estar, dar-lhes atenção. O cuidado é essencial para a formação do menor, para que tenha um pleno desenvolvimento emocional e psíquico.

Sendo assim, o dever jurídico tutelado pelo Estado é o de cuidado, visto que, não se pode obrigar ninguém a amar outrem, porém os pais têm obrigação legal de cuidarem de sua prole.

Ao discorrer sobre o assunto a Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.159.242-SP afirma:

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. Aqui não se fala ou se discute o amor e, sim, a imposição biológico e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge

os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo metajurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamentos dado entre os filhos – quando existirem- , entre outras formulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever (REsp 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi 3ª T, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Desta maneira, a ausência de afetividade, entendida esta como dever de cuidado, acarreta ao menor, conseqüências graves que irão repercutir em toda a sua vida. Nesse sentido, posiciona-se o psicanalista Winnicott, citado pela ministra Nancy Andrighi no REsp número 1.159.242-SP:

[...] Do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: na medida em que a criança cresce e transita de fase para a fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial (WINNICOTT, D. W., 2008).

Além do artigo 1634 do Código Civil, o artigo 227 da Constituição Federal também faz menção ao dever de cuidado, embora de maneira implícita. Consoante reza o mencionado diploma

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar, e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Portanto, constitui um direito reconhecido constitucionalmente, dever de cuidado. Além dele, a Magna Carta, bem como o Código Civil definem como dever dos pais com relação aos filhos a convivência, ela assim como o dever de cuidado é essencial para a formação do menor, visto que a criança/ adolescente quando têm um contato com seus genitores e percebem que eles preocupam-se com o seu bem estar tornam-se crianças mais seguras, mais felizes.

Albuquerque Junior (2010) entende que a ausência de convivência acarreta o descumprimento do poder familiar, constituindo verdadeiro ato ilícito, podendo a ausência de afetividade ensejar a responsabilidade civil por abandono afetivo. Acerca do tema Cláudia Maria da Silva, afirma o que se segue:

[...] O aspecto relevante é que as disposições legais visam a garantir a convivência familiar, entendida como uma forma mais abrangente de garantir ao menor o direito de conviver com seus genitores, receber carinho, afeto, atenção, educação, cuidados com a saúde, formação psíquica, moral e ética- enfim, toda assistência necessária ao desenvolvimento da personalidade como forma de resguardo de sua dignidade (ALBUQUERQUE JUNIOR, 2010, p. 406/407).

Desta feita, o abandono afetivo é prejudicial ao desenvolvimento da personalidade do menor, sendo assim, os pais têm o dever de cuidar de seus filhos. O abandono afetivo é de tamanha gravidade que existe um Projeto em tramitação no Senado Federal, o de nº 700/2007, que já fora aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, e Cidadania segundo o qual constituiria ilícito civil e penal o abandono afetivo.

Feitas as considerações sobre o abandono afetivo, será visto que a ocorrência do mesmo gerará ao genitor que o praticou, a sua responsabilidade civil.

A palavra responsabilidade origina-se do latim *re-spondere*, que encerra a idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir (GONÇALVES, 2003, p. 18).

De acordo com o artigo 186 do Código Civil “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Ainda segundo o artigo 927 do Código Civil, “aquele que por ato ilícito (artigos 186-187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Como se depreende da leitura dos dispositivos em comento, constituem pressupostos da responsabilidade civil a ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade entre a ação/omissão e o dano experimentado pela vítima, devendo o agente que cometeu o ato ilícito ser responsabilizado.

No caso da ocorrência do abandono afetivo, a ilicitude civil ocorrerá em face da omissão do agente em prestar o dever de cuidado ao seu filho, ocasionando ao mesmo sofrimento, tristeza, verdadeiro dano moral.

A respeito do dano moral, trazemos a colação ensinamento do eminente jurista Yussef Said Cahali:

tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como numerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral (Dano Moral – 2ª ed. RT – SP, 1998, pp. 20/21).

Maria Celina Bodin de Moraes o que se segue sobre o dano moral no abandono afetivo:

dano moral será, em consequência, somente a violação a algum desses aspectos ou substratos que compõem e conformam, a dignidade humana, isto é, a ofensa à liberdade, à igualdade, à solidariedade (familiar ou social) e à integridade psicofísica de uma pessoa humana. Neste caso seria preciso ponderá-lo através do exame dos interesses em conflito, em relação a seu fundamento, isto é, a própria dignidade humana (ALBUQUERQUE JUNIOR, 2010, p. 419).

De acordo com os referidos autores, para se saber se houve ou não o dano moral, e por conseguinte, a responsabilidade por abandono afetivo, deve-se fazer uma ponderação dos interesses contrapostos, de um lado, observar os interesses do menor e do outro os interesses do genitor, devendo haver a prevalência do interesse do menor, não se podendo adotar o modelo tradicional de responsabilidade civil, devendo-se falar em responsabilidade civil no direito familiar que tem como fundamento a ponderação dos interesses.

Determinadas decisões judiciais bem como alguns doutrinadores apresentam entendimento no sentido da possibilidade da fixação de dano moral em razão do abandono afetivo. Porém, o referido posicionamento não constitui uma unanimidade entre os operadores do direito, visto que para alguns doutrinadores não se poderia quantificar a dor, monetarizar os sentimentos, não podendo haver indenização em caso de violação de direito extrapatrimonial.

Francisco Alejandro Horne é contrário a indenização ou compensação em virtude de abandono afetivo. Segundo ele:

Por mais que um pai possua deveres decorrentes da paternidade responsável, esses deveres não podem invadir o campo subjetivo do afeto. A negativa deste, não implica em um dano juridicamente indenizável, visto que outros elementos podem realizar a função paterna. Não se está aqui a afirmar, que a atitude de um pai que não quer ver seu filho seja louvável, pelo contrário, é uma atitude moralmente reprovável. Entretanto, ser a favor da monetarização do afeto e conseqüentemente dos danos morais por negativa deste seria monetarizar o amor, o afeto. Ao quantificar o afeto, outras situações poderiam ensejar a reparação civil. Haveria dano moral decorrente de maior ou menor grau de afeto, um pai, que possui dois filhos,

entretanto, gosta mais de um do que do outro, poderia ser obrigado a ressarcir o filho prejudicado. Enfim, inúmeras situações surgiriam no dia a dia com base na quantificação do afeto. Invertendo a situação. Poder-se-ia pensar em danos decorrentes do excesso de afeto, a chamada super proteção afetiva. Desse modo, o judiciário invadiria o campo afetivo terminando por decidir se houve ou não afeto o que corresponde ao campo do subjetivo. A liberdade afetiva está acima de qualquer princípio componente da dignidade da pessoa humana, sob pena de gerar um dano ainda maior para ambos. Seria muito mais danoso obrigar um pai, sob o temor de uma futura ação, a cumprir burocraticamente o dever de visitar um filho. Ademais, a responsabilidade civil ocupa uma função preventiva. Caso a negativa de afeto gere responsabilidade civil, não seria possível adotar providências acautelatórias preventivas, pois dessa forma o direito forçaria ao pai a visitar a criança, pondo que visitar implica amar (HORNE, 2007, p.3).

O Min. Fernando Gonçalves do STJ também possui entendimento no sentido da impossibilidade de responsabilidade em decorrência do “abandono Moral”, conforme se depreende da decisão a seguir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido (REsp 757411 / MG Min. Fernando Gonçalves, STJ, T4-Quarta Turma, j. 29/11/2005, DJ 27/03/2006).

Para os adeptos da impossibilidade de responsabilidade civil por abandono afetivo, a sanção prevista para a ausência de afetividade seria a perda do poder familiar, eis que os deveres de cuidado, assistência, convivência são obrigações decorrentes do aludido poder, conforme estatuído no artigo 1638 do Código civil, que assim estabelece: “ Art 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar, o pai ou a mãe que: I- castigar imoderadamente o filho; II- deixar o filho em abandono; III- Praticar atos contrários a moral e aos bons costumes/ IV- Incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”

De outra banda, Marcos A. de Albuquerque. Ehrhardt Junior entende ser cabível a responsabilidade civil no direito de família. Ao discorrer sobre o tema ele assevera:

Se considerarmos o ordenamento jurídico em sua unidade interconexões, não temos como afastar a incidência das regras atinentes a responsabilidade civil do ramo do direito de família, por ser integrante do mesmo sistema. Além disso, o argumento comumente empregado de que não se deve monetarizar relações afetivas, a priori, parece desconsiderar que originariamente o direito de família tinha como função precípua a defesa da integridade do patrimônio familiar, sem falar da constatação de que dispositivos que tratam de questões patrimoniais representam parte considerável de sua regulamentação (EHRHARDT JUNIOR, 2010, p. 362).

No mesmo sentido, o Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Jones Figueirêdo Alves, entende ser cabível a indenização em decorrência do abandono afetivo que afirma:

Desde quando o afeto juridicamente passou a ter a sua valoração, no efeito de ser reconhecido como vínculo familiar (João Baptista Vilela, 1980), em significado amplo de proteção e cuidado, no melhor interesse da família, a sua falta constitui, em contraponto, gravame odioso e determinante de responsabilidade por omissão ou negligência (ALVES, 2013, p. 2).

4 CAPÍTULO 3: DA SUCESSÃO

4.1 Conceito de sucessão

No presente capítulo discorrer-se-á acerca do conceito, evolução histórica, classificação da sucessão, abertura desta, formas de exclusão sucessória admitidas no direito brasileiro, bem como será tratado acerca da deserdação.

Inicialmente, deve se ter em mente que a palavra sucessão é

Oriunda do latim *successio*, derivado de *succedere*, que dá ideia de troca entre titulares, ou, na definição de Savigny, *El cambio* meramente subjetivo *en una relación de derecho*. Transmite a palavra, a ideia de afastamento de pessoa, das relações jurídicas e, em seu lugar, a continuação por outra em todos os deveres e direitos (CATEB, 2011, p. 3).

Pela definição supra, percebe-se que a palavra sucessão significa substituição de uma pessoa por outra, havendo uma troca de titularidade entre elas.

A sucessão pode decorrer de atos entre vivos ou causa mortis. No entanto, o direito das sucessões vai haver a sucessão em decorrência da morte de alguém.

Ao tratar sobre o direito das sucessões Salomão de Araújo Cateb, aduz:

O direito das sucessões tem como fato natural a morte do sujeito e a transferência de seus direitos e obrigações a uma ou mais pessoas vivas, segunda as regras ditas pelo código civil ou por leis específicas, vigentes ou que venham a vigorar. Em princípio, as normas de direito das sucessões não retroage (CATEB, 2011, p. 3).

Como se percebe, o direito das sucessões incidirá quando da morte de uma pessoa havendo a transmissão de seu patrimônio, entendido este como o ativo e passivo do *de cuius*.

4.2 Evolução Histórica

O direito das sucessões é bastante antigo, remonta a mais alta antiguidade, atrelado a ideia de família, religião e continuidade da espécie.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves,

Em Roma, na Grécia e na Índia, a religião desempenha, com efeito, papel de grande importância para a agregação familiar. Relata Fustel de Coulanges, a propósito, que o culto dos antepassados desenvolve-se diante do altar doméstico, não havendo castigo maior para uma pessoa do que falecer sem deixar quem lhe cultue a

memória, de modo a ficar seu túmulo ao abandono. Cabe ao herdeiro sacerdócio desse culto (GONÇALVES, 2013, p. 21).

Naquela época, a sucessão apenas se transmitia ao filho, visto que somente ele exercia o sacerdócio, desta feita sua irmã não recebia qualquer bem deixado pelo *de cuius*. Foi a partir daí que surgiu a regra segundo a qual a herança se transmite ao primogênito varão. Ademais, o afastamento da filha no recebimento dos bens se justificava pelo fato de que ela ao se casar iria integrar a família do marido, perdendo os laços com sua família.

Segundo preceitua Carlos Roberto Gonçalves

a lei das XII taboas concedia a absoluta liberdade ao *pater familias* de dispor de seus bens para depois da morte. Mas, se falecesse sem testamento, a sucessão se devolvia, seguidamente, a três classes de herdeiros: *sui, agnati, gentilis*. Os *Heredi sui et necessarii* eram os filhos sob o poder do *pater* e que se tornavam *sui iuris* com sua morte: os filhos, os netos, incluindo-se também, nessa classificação a esposa. Os *Agnati* eram os parentes mais próximos do falecido. Entende-se por Agnado o colateral de origem exclusivamente paterna, como o irmão consangüíneo, o tio que fosse filho do avô paterno, e o sobrinho, filho deste mesmo tio. A herança não era deferida a todos os agnados, mas ao mais próximo no momento da morte (*Agnatus proximus*). Na ausência de membros das classes mencionadas, seriam chamados à sucessão os *gentiles* ou membros da *gens*, que é o grupo familiar em sentido lato (GONÇALVES, 2013, p. 21).

Posteriormente, com o Código de Justiniano a sucessão legítima passa a baseasse apenas no parentesco natural, estabelecendo-se ordem de vocação hereditária, na qual os parentes mais próximos excluem os mais remotos.

Os romanos conheceram também a sucessão testamentária, que compreendia todo o patrimônio do testador, constituindo um absurdo uma pessoa morrer sem que tivesse deixado testamento. De outra banda, o direito germânico desconhecia a sucessão testamentária, ó era considerados herdeiros os decorrentes do vinculo consangüíneo.

No século XIII, na França “fixou-se o *droit de saisine*, Instituição de origem germânica, pelo qual a propriedade e a posse da herança passam aos herdeiros com a morte do hereditando” (GONÇALVES, 2013, p.22).

Portanto, das duas concepções, resultou que o direito sucessório contemporâneo abrange os herdeiros consangüíneos, bem como os sucessores legítimos, caso em que não haja testamento, ou se este não prevalecer. Desse modo, havendo testamento prevalecerá a vontade do *de cuius*, exceto se houver herdeiros necessários, caso em que o testador só poderá dispor da metade da legítima, visto que a outra metade terá que permanecer com os herdeiros necessários.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves,

Com a promulgação do código Napoleão, mantêm-se a unidade sucessória e a igualdade de herdeiros do mesmo grau, estabelecendo-se, entretanto, uma distinção entre herdeiros (parentes do morto) e sucessivas. Assim, na França, a linha de vocação hereditária inicia-se com os herdeiros (filhos e descendentes; ascendentes e colaterais privilegiados- pai, mãe, irmãos, irmãs e os descendentes destes-, demais ascendentes e seus colaterais- a princípio até o décimo segundo grau, posteriormente até o quarto grau apenas), e, na falta destes, completasse a vocação com os sucessíveis (filhos então tidos como naturais, o cônjuge sobrevivente e o Estado) (GONÇALVES, 2013, p. 23).

O direito brasileiro sofreu influências da referida legislação. A Constituição Federal trouxe em seu bojo, notadamente, no artigo 5º, inciso XXX, o direito de herança, o qual constitui garantia fundamental e em seu artigo 227º, parágrafo 6º, é assegurada a paridade, inclusive sucessória de todos os filhos, os havidos ou não do casamento, assim como os oriundos de adoção.

O Código Civil de 2002 apresentou algumas inovações acerca do direito sucessório, destacando-se a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário e concorrente com os descendentes e ascendentes.

Portanto, percebe-se que ao longo da história o direito sucessório passou por profundas transformações, havendo a prevalência da igualdade de sucessão dos descendentes, sejam eles homens ou mulheres, havidos ou não na constância do casamento.

4.3 Classificação da Sucessão

Fora visto que a sucessão pode ser legítima ou *ab intestato* e a testamentária. A primeira decorre da lei e a segunda é oriunda da vontade do autor do patrimônio. As espécies de sucessão estão descritas no artigo 1.786 do código civil que estabelece: “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

Ainda, acerca do tema, notadamente a sucessão legítima estabelece o artigo 1.788 do Código civil o que se segue: “morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; isso subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Conforme se percebe da leitura do dispositivo em comento a sucessão *ab intestato* transmite-se aos herdeiros legítimos, expressamente indicados no artigo 1.829 do

código civil, de acordo com a ordem de preferência, denominada ordem de vocação hereditária.

A despeito da sucessão legítima alega Carlos Roberto Gonçalves

A sucessão legítima sempre foi a mais difundida no Brasil. A escassez de testamentos entre nós é devido a razões de ordem cultural ou costumeira bem como ao fato de o legislador brasileiro ter disciplinado muito bem a sucessão *ab intestato*, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cujus* elencaria se, na ausência de regras tivesse de elaborar testamentos. Poder-se-ia dizer, como fez antes, na França, o insuperável Planiol, que a regulamentação brasileira a respeito da sucessão *ab intestato* opera assim como se fosse um testamento tácito ou um testamento presumido, dispondo exatamente como o faria o *de cujus*, caso houvesse testado (GONÇALVES, 2013, p.42).

Como se percebe dos artigos anteriormente citados, a sucessão legítima decorre da lei ou quando o testamento caducar, isto é, tornar-se ineficaz em razão de uma causa ulterior bem como na hipótese de revogação de testamento.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a sucessão poderá ser “simplesmente legítima e testamentária quando o testamento não compreender todos os bens do *de cujus*, pois os não incluídos passarão a ser os herdeiros legítimos” (GONÇALVES, 2013, p. 43).

Feitas as considerações sobre a sucessão legítima, há que se falar sobre a sucessão testamentária. Como visto alhures, a sucessão testamentária decorre do ato de última vontade de uma pessoa, porém contra limites na legítima dos herdeiros necessários. A sucessão testamentária decorre do fato de uma pessoa ter auferido rendas e adquirido bens na constância de sua vida resolve transferir parte do monte ou a sua totalidade a pessoas que considera merecedoras de seu recebimento.

Desta feita, verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio admite tanto a sucessão legítima quanto a testamentária. A primeira decorrente da lei e a segunda decorrente da vontade do *de cujus*.

4.4 Abertura da Sucessão

Ocorrendo a morte do *de cujus*, haverá a abertura de sua sucessão, que conforme visto no tópico anterior poderá ser legítima ou testamentária. Dispõe o artigo 1.784 do código civil *in verbis*: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Como se observa da leitura do mencionado dispositivo, ocorrendo a abertura da sucessão haverá a transmissão da herança, garantindo-se dessa forma a continuidade de titularidade das relações jurídicas do falecido através da transferência da propriedade de seus bens aos herdeiros.

Desse modo, configuram-se como requisitos indispensáveis à sucessão, a ocorrência do falecimento do *de cuius*, somente se admitindo o óbito real ou presumido. O óbito real consiste na morte natural e o presumido é resultante da ausência.

Segundo o artigo 22 do Código Civil, “ausente é a pessoa que desaparece de seu domicílio sem dar notícia de seu paradeiro ou sem deixar representante ou procurador para administrar-lhe os bens”. Por meio da ausência pretende o legislador pátrio salvaguardar os bens impedindo que deteriorem ou pereçam.

Ao discorrer sobre o instituto da ausência, Carlos Roberto Gonçalves assevera:

Assim, a lei autoriza os herdeiros do ausente, no primeiro momento, a ingressarem com o pedido de abertura de sucessão provisória. Se, depois de passados 10 anos da abertura dessa sucessão, o ausente não tiver retornado, ou não se tiver confirmação de sua morte, os herdeiros poderão requerer a sucessão definitiva, que também terá duração de 10 anos. Pode-se, ainda, requerer a sucessão definitiva, provando-se que o ausente conta 82 anos de idade, e que de 5 datam as últimas notícias dele (GONÇALVES, 2013, p. 34).

Portanto, observa-se que a ausência consiste em uma exceção ao direito sucessório já que a abertura no caso desta não vai ocorrer com a certeza da morte, mas sim em razão do desaparecimento.

Além da ausência, existem outras hipóteses de morte presumida disciplinadas no código civil brasileiro, estão elas disciplinadas em seu artigo 7º que reza: “ Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência; I- Se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II- Se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após da guerra”.

Conforme visto anteriormente, aberta a sucessão a herança transmite-se desde logo aos herdeiros. A herança consiste numa universalidade de direito. É nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, que assevera o seguinte:

O somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as contra ele foram propostas, desde que transmissíveis. Compreende, portanto, o ativo e passivo (GONÇALVES, 2013, p. 32).

Os herdeiros tornam-se donos da herança ainda que não saibam da morte do *de cuius*. Porém podem aceitar ou repudiar a herança, aceitando a herança esta tem o condão de tornar definitiva a transmissão do que já tinha ocorrido. Em caso de renúncia, tem-se por não concretizada a transmissão da sucessão.

Há que se fazer uma distinção entre abertura da sucessão que implica na transmissão da herança e a delação. De acordo com Itabaiana de Oliveira citado por Salomão de Araújo Cateb:

Abertura é o ponto de partida de todo direito hereditário, e, por isso, ela é imutável, dando lugar a medidas assecuratórias e conservatórias da herança: a delação é o oferecimento da herança, que fica à disposição de quem possa adquiri-la e, por isso, requer que o herdeiro seja capaz de suceder e que tenha sobrevivido ao defunto; aquisição é a investidura do herdeiro na sucessão do *de cuius*, isto é, quando a herança começou a estar no patrimônio do herdeiro, e, por isso, aquisição supõe sempre que a sucessão tenha sido deferida (CATEB, 2011, p. 21).

Como dito anteriormente, para que ocorra a sucessão é necessário que o herdeiro sobreviva ao hereditando. No entanto, a casos em que as condições da morte impossibilitam precisar qual dos dois morreu primeiro e se ocorreu ou não a sobrevivência do herdeiro. Esta situação retrata a hipótese de comoriência, disciplinada no artigo 8º do código civil, que estabelece: “se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”.

Havendo a comoriência e, por conseguinte, não existindo a transferência de bens entre os comorientes, um não herda do outro. No entanto, se houver prova de que uma parte faleceu antes da outra, o que viveu um pouco mais herda a meação do outro e com sua morte seriam transmitidos os direitos aos colaterais. Para que ocorra a comoriência, não é necessário que as mortes tenham ocorrido no mesmo lugar. Para se saber com precisão o momento da morte que ocorre com cessamento da atividade cerebral, circulatória e respiratória é preciso realizar exame por médico legista.

O art.1784 do Código Civil que dispõe que aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, é um corolário da *saisine*, “segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança” (GONÇALVES, 2013,p.38).

Com o aludido princípio, pretendeu-se determinar que a transmissão do acervo que compõe a herança será transmitido automaticamente, com toda a propriedade e a posse dos bens, embora o artigo 1784 não tenha feito referência expressa à posse e à propriedade.

Fora visto que a abertura da sucessão ocorre no instante da morte. O lugar que ela é aberta será no último lugar do domicílio do falecido, conforme preceitua o art.1785 do Código Civil.

4.5 Formas de Exclusão Sucessória no Direito Brasileiro

A sucessão hereditária baseia-se na afeição, seja ela real ou presumida que o falecido tinha para com o herdeiro ou legatário. A afeição do falecido deve gerar nestes um sentimento de gratidão ou pelo menos de respeito as suas vontades.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “a quebra dessa afetividade, mediante a prática de atos inequívocos de despreço e menosprezo com o autor da herança, e mesmo de atos reprováveis ou delituosos contra a sua pessoa, tornam o herdeiro ou o legatário indignos de recolher os bens hereditários” (GONÇALVES, 2013, p.111).

4.6 Conceito de Indignidade

Fora visto no tópico anterior que o direito brasileiro admite duas formas de exclusão sucessória, a saber: Indignidade e deserdação. No presente momento, far-se-á uma abordagem acerca da indignidade. Ela como dito alhures esta insculpida no artigo 1.814 do Código Civil

A indignidade consiste em, uma sanção civil que enseja a perda do direito sucessório. Orlando Gomes citado afirma o que se segue sobre a indignidade:

O fundamento da indignidade encontra-se, para alguns, na presumida vontade do *de cuius*, que excluiria o herdeiro se houvesse feito declaração de última vontade. Preferem outros atribuírem os efeitos da indignidade, previsto na lei, ao propósito de prevenir ou reprimir o ato ilícito, impondo uma pena civil ao transgressor, independentemente de sanção penal (GONÇALVES, 2013, p.112).

A indignidade segundo Clóvis Beviláqua, citado por Carlos Roberto Gonçalves “é a privação do direito, cominada por lei, a quem cometeu certos atos ofensivos à pessoa ou ao interesse do hereditando” (GONÇALVES, 2013, p. 112).

Por sua vez, Salomão de Araújo Cateb conceitua a indignidade da seguinte forma:

A indignidade é uma forma de exclusão de herdeiros legítimos e testamentários, e abrange, portanto, a sucessão legítima e a testamentária; não obstante tendo a capacidade para suceder, o excluído perde-a, como pena civil pela prática de determinados atos considerados pela lei, como danosos à vida, à honra ou à liberdade de testar do autor da herança, diretamente a ele ou a pessoas necessárias à sua convivência social, como o cônjuge, o companheiro, os descendentes, os ascendentes (CATEB, 2011, p. 87).

4.7 Causas de Exclusão da Indignidade

Poderão ser excluídos da sucessão em razão da indignidade tanto o herdeiro quanto o legatário se praticarem os atos previstos no artigo 1.814 do código civil já que o rol constante no mencionado dispositivo é um rol taxativo, não podendo ser interpretado de maneira extensiva, desde que eles não tenham sido reabilitados pelo *de cuius*. Além disso, para que ocorra a exclusão, é necessário haver uma sentença que declare a indignidade do sucessor.

O artigo 1814 que apresenta as causas de exclusão da sucessão por indignidade está assim insculpido:

Art. 1814- São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários.

I - que houverem sido autores, coautores 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 (BRASIL, Código Civil, 2002).

O inciso I do artigo 1.814 trata da hipótese mais grave de indignidade, visto que o autor da herança é privado ou há tentativa de privação de sua vida pelo herdeiro ou legatário que poderão ser autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso ou tentativa deste. Além disso, será excluído do monte aquele que praticar homicídio doloso ou a tentativa contra o cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente do *de cuius*.

Ocorrendo uma das hipóteses do referido artigo, correrão de forma independente as ações de responsabilidade civil e penal. No entanto, se ficar comprovado na esfera penal a inexistência do fato ou de sua autoria é afastada a indignidade no âmbito cível.

Ademais, inexistirá a indignidade se o ato for praticado de forma culposa, visto que não houve a intenção de realizar a conduta contra o autor da herança. Do mesmo modo,

não haverá a indignidade nas hipóteses de *aberratio ictus*, erro sobre a pessoa e no homicídio preterintencional.

Por sua vez, o inciso II, versa a respeito da denúncia caluniosa do de *cujus* em juízo e da prática de crime contra a honra. Na primeira hipótese, é necessário que a denúncia caluniosa tenha corrido no âmbito do juízo penal. O aludido crime está tipificado no artigo 339 do Código Penal da seguinte forma: “dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”.

Como se depreende do dispositivo mencionado, é preciso que o agente que cometeu a denúncia caluniosa saiba que esteja imputando falsamente um crime a uma pessoa que sabe inocente.

A segunda parte do inciso II do artigo 1814 trata dos crimes de injúria, calúnia e difamação, todos contra a honra do hereditando ou contra seu cônjuge, companheiro. Alguns autores têm entendimento no sentido de que a referência a cônjuge e companheiro diz respeito apenas à hipótese dos crimes contra a honra, e não nas hipóteses de denúncia caluniosa. Porém, Carlos Roberto Gonçalves se posiciona no sentido de que em “ambos os casos a regra atinge a ofensa ao cônjuge e autor da herança” (GONÇALVES, 2013, p. 110).

O inciso III trata das hipóteses em que um herdeiro ou legatário inibe ou obsta o autor da herança de dispor livremente de seus bens mediante violência ou através de fraude. Inibir diferencia-se de obstar, o primeiro corresponde ao cerceamento da liberdade de disposição dos bens e o segundo refere-se ao impedimento de tal disposição, no entanto, em ambos os casos é necessário que haja a violência ou a fraude.

A regra em comento tem por finalidade a preservação da liberdade de testar do hereditando.

Washington de Barros Monteiro, citado por Carlos Roberto Gonçalves, enumera as hipóteses fáticas que geralmente ocorrem quando da exclusão por indignidade baseada no inciso III do artigo 1.814: “ a) O herdeiro constrange o *de cujus* a testar; b) Ou então impede-o de revogar testamento anterior;c)Suprime testamento cerrado ou particular dele;d) Urde ou elabora um testamento falso;e) Cientemente, pretende fazer uso de testamento contra feito”. (GONÇALVES, 2013,p.118).

É sabido que as causas de exclusão por indignidade nesta ultima hipótese ocorrem em decorrência de fraude ou violência, as quais consistem em vícios de consentimento, podendo ensejar a decretação de nulidade relativa do testamento.

A exclusão por indignidade depende da propositora de ação judicial para esse fim, ação está intentada por quem tenha interesse na sucessão, devendo ser decretada através de sentença em processo contencioso.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, quem tem interesse em propor aludida ação é o co-herdeiro e o donatário favorecidos com a exclusão do indigno bem como o município, o Distrito Federal ou a União, na falta de sucessores legítimos e testamentários.(GONÇALVES, 2013, p.123).

A referida ação só poderá ser intentada após a morte do hereditando, já que até então não existe a sucessão, devendo ser proposta no prazo decadencial de 4 anos, contado da abertura da sucessão.

Ocorrendo exclusão, os seus efeitos são sempre pessoais. De acordo com Salomão de Araujo Cateb:

A exclusão não se opera pelo simples enunciado da lei, mas é necessário que o interessado proponha a ação ordinária para decretação da indignidade, que só poderá ser proposta após a morte do *de cujus*. Os feitos da sentença são retroativos, ex tunc, desde a abertura da sucessão. Reconhece, no entanto, a lei que o herdeiro excluído terá direito a reclamar indenização por quaisquer despesas feitas com a conservação dos bens hereditários, e cobrar os créditos que lhe assistam contra a herança (CATEB, 2011, p. 88).

Conforme mencionado por Salomão de Araújo Cateb, são pessoais os efeitos da exclusão, essa disposição tem por fundamento o princípio de que a pena não passa da pessoa do delinqüente, tendo a exclusão uma natureza punitiva, os descendentes do excluído não podem ser prejudicados, sucedendo os excluídos por representação, como se morto fosse. Esses efeitos estão descritos no artigo 1.816 do código civil que reza: “são pessoais os efeitos da exclusão; Os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão”.

Conforme se depreende da leitura do dispositivo acima, apenas os descendentes substituem o indigno, acaso não haja a existência deste, os bens que seriam destinados a ele transmitir-se-ão aos demais herdeiros por direito próprio.

Outro efeito decorrente da exclusão é que o excluído não terá direito ao usufruto e administração dos bens que passarão aos filhos menores, essa regra visa evitar que o indigno possa tirar proveito de forma indireta das rendas produzidas pela herança da qual foi afastada.

Além disso, caso o herdeiro do indigno faleça antes que esse, o indigno não poderá receber os bens que deixou de receber em razão de sua exclusão.

Falou-se que o indigno será excluído da sucessão por meio de decisão judicial. Porém, os atos onerosos por ele praticados e que beneficiem o terceiro de boa fé subsistirão, conforme preceitua o artigo 1.827 do Código Civil.

4.8 Conceito de Deserdação

Nos tópicos anteriores falou-se a respeito da indignidade que se afigura como uma forma de exclusão sucessória admitida no direito brasileiro. No presente tópico, falar-se-á acerca da outra espécie de exclusão sucessória, qual seja, a deserdação.

Segundo Salomão de Araújo Cateb “ Deserdação é a manifestação da vontade, feito pelo autor do patrimônio, externada em disposição testamentária, pela qual o testador quer excluir o herdeiro necessário do processo sucessório, privando de sua legítima.”(CATEB, 2011,p.273).

Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, conceitua o referido instituto da seguinte forma:

Deserdação é o ato unilateral pelo qual o testador exclui da sucessão herdeiro necessário, mediante disposição testamentária motivada em uma das causas previstas em lei. Para excluir da sucessão os parentes colaterais não é preciso deserdá-los: basta que o testador disponha do seu patrimônio sem os contemplar (CC, art 1850) (GONÇALVES, 2013, p. 423).

Pelo que se depreende das definições apresentada, a deserdação constitui uma forma de exclusão da sucessão realizada por meio de testamento motivada por uma das causas previstas em lei.

Apenas serão deserdados os herdeiros necessários, quais sejam, descendentes, ascendentes e cônjuge, os quais tem direito a legítima que corresponde a metade da herança do falecido. Desse modo, os herdeiros necessários poderão ser privados tanto da parte disponível da herança quanto da legítima, porém nesta última hipótese apenas nos casos expressamente previstos em lei.

A deserdação é um instituto antigo fora disciplinado até mesmo no Código de Hamurabi que data 2000 anos antes de Cristo.

Ao discorrer sobre o assunto, Carlos Roberto Gonçalves afirma:

Historicamente, a deserdação é uma instituição que vem de remotas eras, PIS se encontra no código de Hamurabi, que data de 2000 anos antes de Cristo, e pelo qual o pai podia deserdar o filho indigno, dependendo, porém, do seu ato da confirmação

do juiz. A legislação moderna sobre a deserdação procede do direito Romano, principalmente da novela 115 de Justiniano, que deu lugar, depois dos glosadores, a vivas controvérsias sobre a invalidade da instituição de herdeiro, em caso de deserdação injustificada (GONÇALVES, 2013, p. 423).

Embora seja uma instituição antiga, a deserdação não constitui uma unanimidade entre os doutrinadores, não figurando em vários ordenamentos jurídicos, sendo admitida, no entanto, na legislação do Brasil, Portugal, Espanha, Alemanha, entre outros.

4.8.1 Causas e Requisitos da Deserdação

Feitas as considerações iniciais sobre a deserdação, passar-se-á a discorrer acerca dos requisitos necessários a ensejar a deserdação.

Consoante dispõe o artigo 1.964 do código civil “somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento”. Conforme se depreende da leitura do mencionado dispositivo, para que ocorre a efetivação da deserdação é necessária a coexistência dos seguintes requisitos: testamento válido, expressa declaração de causa prevista em lei, e segundo Carlos Roberto Gonçalves, “existência de herdeiros necessários e propositura de ação ordinário” (GONÇALVES, 2013, p. 426).

Como visto, constitui requisito para deserdação a existência de herdeiros necessários, quais sejam, descendentes, ascendentes e cônjuge. A deserdação constitui um único meio de excluí-los da sucessão hereditária, visto que a estes é assegurada a legítima, isto é, a metade dos bens do falecido.

O segundo pressuposto diz respeito a necessidade de a deserdação ser promovida por meio de testamento, que deverá ser válido, não podendo apresentar nulidade, ter sido revogado, ou caducado.

A deserdação, portanto, não poderá ser efetivada por outro instrumento seja ele público ou particular.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “a deserdação deve ser expressa, embora não se exijam expressões sacramentais, não se admitindo a implícita”(GONÇALVES, 2013, p. 427).

Para que ocorra o perdão ao deserddado é imprescindível a realização de um novo testamento.

O terceiro requisito para se efetivar a deserdação consiste na expressa declaração de causa prevista em lei. As causas da deserdação estão dispostas nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, constituindo um rol taxativo. Desta feita, o testador terá que indicar em seu testamento a causa que ensejou a deserdação do herdeiro necessário, fundamentando a exclusão do mesmo.

O último pressuposto da deserdação refere-se à necessidade de propositura de ação ordinária pelo herdeiro que fora instituído no lugar do deserddado ou terceiro a quem aproveite a deserdação, os quais terão que provar ser verdadeira a causa apontada pelo falecido.

Segundo o artigo 1.965 do Código Civil, a referida ação decai no prazo de 4 (quatro) anos, a contar da datada abertura do testamento.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves

A finalidade da exigência legal imposta àquele a quem aproveita a deserdação, de ajuizar a ação de deserdação, no prazo decadencial de 4 anos, é evitar que o testador articule fato não verdadeiro contra seu herdeiro necessário, a fim de, afastando-o da sucessão, libertar-se da restrição à sua liberdade de testar. Representa, ademais, elemento de segurança oferecido aos descendentes e ascendentes, que só poderão ser privados de sua legítima se efetivamente se provar, em juízo, em ação que terão ampla liberdade de defesa, que eles, herdeiros necessários, realmente praticaram um dos atos compendiados pelo legislador como gravemente ofensivos à pessoa ou à honra do testador (GONÇAVES, 2013, p. 429).

O deserddado poderá impugnar a deserdação provando não ser verdadeira a causa que lhe foi apontada

Na hipótese de o testador deserddar todos os seus herdeiros necessários e não distribuir os bens em legados quem será o destinatário dos mesmos será o Município quem deverá propor ação de deserdação.

Demonstrado os requisitos aptos a ensejar a deserdação, discorrer-se-á sobre as causas da mesma. De acordo com o artigo 1.814 do Código Civil, o herdeiro necessário só poderá ser deserddado nos casos em que poderá ser excluído da sucessão por meio da indignidade.

As causas de deserdação referem-se a atos que atentem contra a vida do testador, contra a sua honra e liberdade de testar.

Assim dispõe o artigo 1814 do Código Civil, *in verbis*:

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

- I - que houverem sido autores, coautores 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 (BRASIL, Código Civil, 2002).

Da leitura do inciso I percebe-se que apenas o homicídio doloso enseja na deserdação, não se admitindo a deserdação em razão de homicídio culposo. No entanto, a exclusão ocorrerá se houver a tentativa de homicídio doloso mesmo que seja com relação ao cônjuge, companheiro, ascendente, ou descendente do autor da herança.

A segunda hipótese diz respeito ao cometimento de crimes contra a honra do testador ou de seu cônjuge ou companheiro, que podem ser calúnia, injúria ou difamação.

Na presente hipótese, para que ocorra a deserdação é necessário que a conduta do deserddado tenha ensejado a instauração do inquérito policial ou ação penal.

A última hipótese prevista no artigo 1.814 do Código Civil diz respeito à liberdade de testar do falecido, quando seus herdeiros mediante violência ou fraude inibem ou obstam o testador de dispor livremente de seus bens. Esse dispositivo visa garantir a ampla liberdade do testador de dispor de seus bens.

Além do dispositivo citado anteriormente, ensejam a deserdação os atos constantes nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil: art. 1962:

Além das causas mencionadas no art. 1814, autorizam a deserdação do descendentes por seus ascendentes: I- Ofensa física; II- Injúria grave; III- Ralações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV- Desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade (BRASIL, Código Civil, 2002).

A ofensa física acarreta na deserdação porque por meio dela fica comprovada a falta de afetividade e respeito do herdeiro para com seu ascendente. Acarretará a exclusão sucessória qualquer que seja a espécie de ofensa física, mesmo que seja leve e independentemente de condenação criminal. Porém, não haverá deserdação se ocorrerem excludentes do ato ilícito.

Ocasiona também a deserdação, a injúria grave que apenas poderá ser dirigida ao testador e seu cônjuge ou companheiro não podendo atingir outros familiares.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves

A injúria grave constitui ofensa moral à honra, dignidade e reputação da vítima, sendo praticada por palavras ou escritos, tais como cartas, bilhetes, telegramas, bem como por meio de gestos obscenos e condutas desonrosas. Muitas vezes o comportamento ultrajante e afrontoso de um filho pode magoar e insultar de forma mais profunda o pai do que palavras ofensivas (GONÇALVES, 2013, p. 431).

A terceira causa de deserção diz respeito às relações ilícitas com a madrasta e com o padrasto. Segundo Salomão de Araújo Cateb

Essas pessoas ocupam a mesma posição da mãe e do pai, merecendo respeito, como se se trata de ascendentes de primeiro grau. A lei veda, acima de tudo, relação sexual entre parentes de primeiro grau, por princípios morais, higiênicos, religiosos, necessários à preservação da família (CATEB, 2011, p. 278).

A última hipótese prevista no artigo 1962 diz respeito ao desamparo do ascendente que por sua alienação mental ou grave enfermidade. O referido inciso diz respeito a falta de assistência dos filhos para com os pais. Porém, apenas ocorrerá a deserção se o filho tiver meios de prover a assistência do ascendente.

O artigo 1.963 do Código Civil também elenca causas de deserção. Dispõe o referido dispositivo, *in verbis*:

Além das causas enumeradas no art. 1814, autorizam a deserção 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 (BRASIL, Código Civil, 2002).

Os incisos I e II já foram comentados anteriormente quando se falou sobre o artigo 1962. O inciso III do dispositivo em comento é mais completo do que o seu correspondente no artigo 1962 do código civil e o inciso IV diferentemente do seu correspondente no dispositivo mencionado usa a expressão deficiência mental no lugar de alienação mental.

4.8.2 Efeitos da Deserção

Fora visto quando do estudo da indignidade que os efeitos dela decorrentes são pessoais, conforme preleciona a primeira parte do artigo 1816 do código civil. No entanto, a legislação substantiva brasileira não dispõe de um artigo que faça referência aos efeitos da deserção, isso gerou muitas controvérsias entre os doutrinadores, porém prevaleceu o

entendimento de que os efeitos da deserdação também são pessoais, assim como ocorre na indignidade.

Acerca do tema assevera Carlos Roberto Gonçalves:

A questão era controvertida, mas acabou prevalecendo o entendimento de que os efeitos da deserdação, ante a idêntica natureza da penalidade imposta nos casos de indignidade, hão de ser também pessoais, não podendo ir além da pessoa que se portou de forma tão reprovável; *nullum patris delictum innocenti filio poena est* (GONÇAVES, 2013, p.435).

Segundo Salomão de Araújo Cateb, tramita no Congresso Nacional o projeto de lei número 6960/2002 que propõe um acréscimo de um parágrafo ao artigo 1965 do código civil e assim seria disposto:

São pessoais os efeitos da deserdação: os descendentes do herdeiro deserddado sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Mas o deserddado não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança nem à sucessão eventual desses bens (CATEB, 2011, p. 281).

Os efeitos da deserdação são pessoais. Os herdeiros do deserddado receberão a herança como se não existisse o ascendente.

4.9 Deserdação x Indignidade

O artigo 1.814 trata acerca dos excluídos na sucessão. Porém, as situações elencadas no respectivo dispositivo tratam apenas dos casos de indignidade. No entanto, além da indignidade, a deserdação também constitui uma espécie de exclusão sucessória admitida pelo direito brasileiro, estando prevista no artigo 1961 do código civil.

No entanto apresentam diferenças. A indignidade decorre da lei, e é a lei quem prevê a pena para os que praticam atos de indignidade. Por sua vez, na deserdação é o autor da herança quem pune o responsável através de testamento. Desse modo, a indignidade resulta de uma causa impessoal enquanto a deserdação decorre de vontade direta do testador.

Outra distinção entre os institutos é que a indignidade se refere a sucessão legítima, alcançando sucessores legítimos, testamentários e legatários, enquanto a deserdação só ocorre na sucessão testamentária, alcançando apenas os herdeiros necessários, isto é, ascendentes, descendentes e cônjuge.

Ainda de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, pode haver casos em que o testamento seja nulo e a deserdação não se efetive, podendo ocorrer nesse caso a indignidade. Ao tratar do assunto ele afirma:

Anote-se que, se o testamento for nulo, e por isso a deserdação não se efetivar, poderão os interessados pleitear a exclusão do sucessor por indignidade, se a causa invocada pelo testador for causa também de indignidade. Quando ocorre essa da simultaneidade de causas, o fato de o de cujus não ter promovido a deserdação por testamento não faz presumir que tenha perdoado o indigno. Nada obsta a que, neste caso, os interessados na sucessão ajuízem a ação de exclusão de herdeiro, salvo se, por documento autentico ou por testamento, aquele o houvesse perdoado de forma expressa ou tácita (CC, art. 1818) (GONÇALVES, 2013, p.122).

Por fim, a diferença entre os mesmos reside na forma de exclusão da sucessão. Enquanto a exclusão por indignidade é obtida mediante sentença, a deserdação dá-se via testamento.

Conforme visto nesse capítulo, a sucessão remonta a vários anos. No Brasil, ela se divide em sucessão legítima ou testamentária. A primeira decorre da lei e a segunda como a própria denominação deixa antever, decorre de testamento,

A sucessão é aberta no momento da morte do hereditando. Além disso, foram vistas as formas de exclusão sucessória admitidas no direito Brasileiro quais sejam: indignidade e deserdação. A indignidade decorre da lei e as suas causas estão previstas no rol taxativo do Código Civil.

Ela diferencia-se da deserdação porque na deserdação apenas são excluídos os herdeiros necessários, enquanto na deserdação há a possibilidade da exclusão de herdeiros bem como legatários.

O código civil apresenta um número maior de causas que ensejam a deserdação. Além disso, fora visto que os efeitos da deserdação assim como ocorre na indignidade são pessoais, não passando da pessoa que cometeu o ato ofensivo ao autor da herança.

5 CAPÍTULO 4: ABANDONO AFETIVO E DESERDAÇÃO

5.1 O Princípio da Afetividade e sua Aplicação no Direito Sucessório

A afetividade como dito em capítulos anteriores é o elemento imprescindível para convivência e harmonia familiar. Ela, no entanto não se confunde com afeto, este se refere ao sentimento que une duas pessoas, não sendo tutelado pelo direito, diferentemente do que ocorre com a afetividade. A afetividade deve ser entendida como a cooperação entre os membros do grupo familiar, repousando-se na ideia de solidariedade entre estes.

Ao discorrer sobre o assunto, Catarina Almeida de Oliveira afirma que a afetividade é uma expressão da solidariedade. Eis o que sustenta Catarina Almeida de oliveira:

o reconhecimento jurídico do afeto, nada mais é do que o reconhecimento jurídico de uma conduta solidária, que pode ou não, estar acompanhada de bons sentimentos. Assim como um dano moral pode apresentar como consequência, a dor, não sendo sua ausência, descaracterizadora do dano indenizável, a solidariedade pode estar antecedida pelo afeto (sentimento), ou não. Sentir, dor, tristeza, amor, afeto, está fora do controle das pessoas. A Ação é escolha. Cooperar é efetivar afeto, ainda que não se sinta afeto. Ao confundir afetividade que pode ser realizada, independentemente do sentimento que se tenha, com aquelas outras expressões do amor (*Eros, philia, e até storghé*), corre-se o risco de afastar da proteção do Judiciário, situações que tenham esse princípio como cerne, como por exemplo o abandono afetivo, o que justificaria o argumento contrário de que a lei não pode obrigar ninguém a amar. Pode sim. Objetivamente. (OLIVEIRA, 2010, p. 66)

Como se depreende da leitura acima, percebe-se que a afetividade deve ser entendida em seu sentido objetivo que significa o dever de cuidado, cooperação, assistência mútua entre os integrantes do mesmo núcleo familiar, apenas desse modo a ausência de afetividade poderá ser objeto de questionamento judicial, já que os magistrados e nem qualquer pessoa tem o poder de obrigar um pai ou um filho a dar amor.

Em face de sua importância, a afetividade foi erigida à condição de princípio constitucional.

O Princípio da Afetividade, embora não esteja previsto expressamente na Constituição Federal, é considerado um princípio constitucional, eis que três de seus fundamentos estão elencados na Magna Carta Brasileira, são eles: Os filhos, havidos ou não do casamento terão os mesmos direitos dos que nasceram na constância do casamento (art. 227, §6º, CF), a comunidade formada por quaisquer dos pais e seus descendentes considera-se

como entidade familiar (art. 226, §4º , CF); Os filhos adotivos terão os mesmos direitos dos filhos consanguíneos, proibindo-se qualquer designação discriminatória.(art. 227, § 6º, CF).

È considerado um princípio civil-constitucional por reger o direito de família, sendo norteador das famílias contemporâneas, as quais estão alicerçadas no afeto e não mais na consangüinidade, famílias estas em que há a igualdade dos filhos, bem como dos cônjuges, não existindo hodiernamente a figura do chefe da família, pois há a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres.

O princípio da afetividade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual deve existir respeito às individualidades dos integrantes do núcleo familiar, solidariedade entre seus membros. O princípio da afetividade tem como objetivo estabelecer vínculos familiares e impedir o rompimento dos aludidos vínculos.

O princípio em comento além de reger as relações familiares, tem aplicação no direito sucessório, visto que a sucessão hereditária baseia-se no afeto do hereditando para com os herdeiros e dos herdeiros para com o falecido.

Acerca do tema afirma Carlos Roberto Gonçalves afirma:

“ A sucessão hereditária assenta em uma razão de ordem ética: a afeição real ou presumida do defunto ou ao herdeiro ou legatário. Tal afeição deve despertar e manter neste o sentimento da gratidão, ou, pelo menos, do acatamento e respeito à pessoa do *de cuius* e as suas vontades e disposições.” (GONÇALVES, 2013, p. 111)

Quando há a quebra dos sentimentos de respeito e afeição por meio de atos que demonstrem o desrespeito e menosprezo ao falecido, o autor nesses atos não poderá receber bens, valores daquele que praticou atos atentatórios a sua vida e honra.

São hipóteses de exclusão na sucessão hereditária , a indignidade e a deserdação. Maria Helena Diniz conceitua a indignidade da seguinte forma:

“ A indignidade vem a ser uma pena civil que priva do direito à herança não só o herdeiro, bem como o legatário que cometeu os atos criminosos, ofensivos ou reprováveis, taxativamente enumerados em lei, conta a vida, a honra e a liberdade do *de cuius* ou de seus familiares.” (DINIZ, 2012, 65)

Conforme se depreende da leitura do conceito apresentado por Maria Helena Diniz, percebe-se que poderão sofrer os efeitos da indignidade tanto os herdeiros quanto os legatários. Por sua vez, apenas os herdeiros necessários poderão ser deserdados. Ao tratar sobre o tema Orlando Gomes afirma: “deserdação é a privação, por disposição testamentária, da legítima do herdeiro necessário.” (GOMES, 2004, p. 225)

A indignidade decorre da lei, cujo rol é taxativo e a deserdação conforme visto decorre apenas de testamento. De acordo com Maria Helena Diniz:

“testamento é o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte do seu patrimônio, mas também faz estipulações extra patrimoniais e patrimoniais.” (DINIZ, 2012,p. 209)

Ao fazer um testamento, o testador terá de apresentar capacidade para isso, a qual será verificada no momento da elaboração do testamento, enquanto a capacidade testamentária passiva será verificada no momento da abertura da sucessão.

Tanto na indignidade quanto na deserdação os efeitos delas decorrentes são pessoais, atingindo apenas aquele que praticou o ato, tendo em vista a natureza punitiva da exclusão sucessória.

Outro efeito decorrente da exclusão sucessória é o fato de que o excluído não poderá usufruir nem administrar os bens que foram passados a seus filhos, evita-se assim que o excluído aproveite-se das rendas auferidas dos bens deixados pelo hereditando.

Como dito alhures, as hipóteses de indignidade estão elencadas no rol taxativo constantes no artigo 1814 do Código Civil, por sua vez, as causas de exclusão da sucessão por deserdação são mais amplas,.

Segundo o mencionado artigo 1814 do Código Civil constituem causas de indignidade as que se seguem: cometimento de homicídio doloso ou tentativa deste contra pessoa de cuja sucessão se tratar ou seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; A denúncia caluniosa do autor da herança e a prática de crime contra a sua honra, de seu cônjuge ou companheiro; Os atos que com violência ou meios fraudulentos inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Além dessas causas previstas no artigo 1814, são causas de exclusão da sucessão por deserdação a ofensa física, a injúria grave, as relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto, o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, as relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto ou com marido ou companheiro do filho ou da neta e o desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade, segundo dispõe os artigos 1962 e 1963 do Código Civil.

Percebe-se que o Código Civil elenca algumas causas que ensejam a deserdação. No entanto para que ela ocorra é necessária a verificação de determinados requisitos como exigência de testamento válido com expressa declaração do fato determinante da deserdação, fundamentação em causa expressamente prevista em lei, e a existência de herdeiros necessários, comprovação da veracidade do motivo alegado pelo testador para decretar a deserdação.

O primeiro requisito como se mencionou anteriormente diz respeito à validade do testamento, visto que se o ato de última vontade for nulo, também será nula a deserdação.

O segundo requisito indispensável à decretação da deserdação consiste na necessidade de fundamentação de que a causa da deserdação esteja expressamente prevista em lei, sendo nulo o testamento em que o testador não declare a causa da deserdação de seu descendente ou que esta não esteja prevista em lei.

Ao discorrer sobre o assunto Maria Helena Diniz afirma :

“ A lei (CC, arts. 1814, 1962 e 1963) retira do arbítrio do testador a decisão quanto aos casos de deserdação, devido à gravidade desse ato, não admitindo interpretação extensiva e muito menos o emprego da analogia.” (DINIZ, 2012, p.225)

O terceiro requisito diz respeito à necessidade de existência de herdeiros necessários, os quais estão elencados no artigo 1845 do Código Civil, que são descendentes, ascendentes, cônjuge, já que a deserdação apenas recai sobre os mesmos.

A deserdação recai sobre a legítima dos herdeiros necessários, isto é, recai sobre o percentual de 50% da herança que lhes é obrigatoriamente destinado, os quais só podem ser retirados dos descendentes, ascendentes e cônjuge na hipótese de deserdação.

Como se percebe, embora a legítima constitua de certo modo uma limitação ao poder de dispor do testador, ela poderá ser mitigada pela deserdação, quando o testador através de declaração unilateral de vontade manifesta seu intento de não deixar os bens por ele auferidos na constância de sua vida, em face de atos ofensivos praticados pelo herdeiro contra o autor da herança. .

Para a concretização da deserdação é necessária o ajuizamento de ação ordinária para que os fatos alegados pelo testador sejam verdadeiros, ação esta que tramitará em autos apartados ao inventário.

Orlando Gomes ao tratar do assunto assevera:

“ A eficácia da disposição testamentária de deserdação subordina-se à comprovação da veracidade de causa argüida pelo testador. Sua simples declaração é insuficiente, porque poderia resultar de animosidade ao herdeiro necessário, sem constituir causa verdadeira de exclusão. Exige a lei, assim, que, depois de aberta a sucessão, se apure, em juízo, se o herdeiro deserdado praticou os atos praticados como motivo da deserdação. A prova da veracidade de causa declarada pelo testador produz-se em ação ordinária proposta pelo próprio herdeiro interessado na apuração, ou pela pessoa a quem a deserdação aproveita. Ao primeiro, interessa demonstrar a falsidade da increpação, não só por interesse econômico, mas, também, moral. Ao segundo, porque se beneficiará com a exclusão, substituindo o deserdado. Quem não tenha interesse não pode propor a ação, como é o caso, por exemplo, do testamentário. Ação a ser proposta pelo próprio deserdado é a cominatória dirigindo-se ao interessado para que prove a veracidade da causa da deserdação. A esse interessado é que incumbe o ônus da prova, não ao autor. Quando proposta contra o deserdado, cabe-lhe impugná-la, para obrigar o autor à comprovação. O direito de provar a causa da deserdação extingui-se em 4 anos, contados da abertura do testamento, em

quaisquer das três hipóteses, devendo se considerar esse marco a decisão que determinar o cumprimento do ato de ultima vontade, pois tanto o testamento publico e o particular não são abertos. Não comprovada a veracidade da causa de deserdação, é ineficaz a disposição testamentária que a prescreverá. O simples processo de justificação é inidôneo à comprovação do fundamento da deserdação. Enquanto não se comprove a veracidade da causa determinante da deserdação, a posse da herança deve ficar com o inventariante. Cabimento não tem que se atribua ao deserddado ou ao herdeiro instituído, por quanto aquele foi excluído e este ainda não tem direito à herança.” (GOMES, 2004,p. 227)

Pelo que se observa da leitura supra, percebe-se a necessidade da comprovação da causa que ensejou deserdação, não basta a simples alegação contida no testamento, é necessário, após a abertura da sucessão, o ajuizamento de uma ação ordinária por quem tenha interesse em demonstrar a falsidade da increpação. Desse modo, tanto o herdeiro deserddado quanto a pessoa a quem a deserdação aproveita podem ajuizar a aludida ação, não possuindo o testamenteiro interesse em propor a ação.

Acerca da legitimidade para a propositura da ação ordinária necessária à comprovação da causa que implicou na deserdação apresenta-se a seguinte decisão judicial:

AÇÃO DE DESERDAÇÃO. INDEFERIMENTO DA INICIAL NO JUÍZO A QUO. IMPOSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. PRÓPRIO AUTOR DA HERANÇA REQUER EXCLUSÃO DOS PRETENSOS HERDEIROS. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO TESTAMENTARIA. SUCESSÃO NÃO ABERTA. AÇÃO JUDICIAL POSSÍVEL SOMENTE APÓS O FALECIMENTO DO AUTOR DA HERANÇA E DESDE QUE TENHA HAVIDO EXPRESSA MANIFESTAÇÃO EM TESTAMENTO PELA EXCLUSÃO DO HERDEIRO. LEGITIMIDADE CONFERIDA AO HERDEIRO INSTITUÍDO OU ÀQUELE QUE APROVEITE A DESERDAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 2010.057966-1, Rel. Desa. Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt, 6ª Câmara de Direito Civil, j. 9/06/2011)

Da leitura da decisão acima, bem como pelo que fora exposto, para que haja a interposição de ação que comprove a deserdação, faz-se necessária que ela esteja prevista em testamento, além do que a ação só poderá ser promovida com a abertura da sucessão, isto é, após a morte do testador, o que incorreu no caso apresentado, embora o herdeiro tivesse legitimidade para intentá-la, o fez em momento inoportuno. Dessa maneira, o recurso foi improvido.

A legitimidade para comprovação dos fatos aduzidos pelo testador para promover a deserdação está descrita no artigo 1.965 que reza, *in verbis*: “Ao herdeiro instituído, ou aquele a quem aproveita a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.”

Pela leitura acima, verifica-se que o herdeiro deserddado terá interesse em promover a ação no intuito de demonstrar a falsidade do que lhe foi apontado. A ação a ser proposta pelo deserddado denomina-se cominatória, a qual é dirigida ao interessado que terá que provar a causa da deserdação e não o deserddado.

Fora dito *alhures* que o interessado a quem aproveita a deserdação tem legitimidade para ajuizar a ação, nesta hipótese o sucessor poderá impugná-la porém caberá ao autor comprovar a veracidade da causa excludente da sucessão.

Decaí em 4 anos, o direito de provar a causa da deserdação, iniciando-se esse prazo com a decisão que determina o cumprimento do testamento. Ela tem uma eficácia declaratória, produzindo *efeitos ex tunc* a contar da abertura da sucessão testamentária.

Enquanto não comprovada a causa que ensejou a deserdação, a posse da herança ficará com o inventariante. Porém, caso não seja comprovada, a disposição testamentária que prescreveu a deserdação será tida por ineficaz.

Restou verificado que o herdeiro necessário que comete uma causa que enseje a deserdação demonstra a falta de desamor, respeito, solidariedade para com o autor da herança. Sendo assim, não poderia este ser contemplado com os bens do falecido se praticou uma conduta contra a sua vida, a sua moral, ou a de seus familiares. Porém, observou-se que para ser privado de sua quota parte, deverá haver o ajuizamento de ação comprovando-se a deserdação.

No entanto, apenas o herdeiro necessário que cometeu o ato contra o testador será deserddado, seus descendentes poderão receber o que ele faria jus em face do direito de representação, não havendo descendentes, os ascendentes poderão ser beneficiados, tendo em vista que o os efeitos da deserdação são pessoais.

5.2. Abandono Afetivo como fundamento para deserdação

Pelo que fora visto, a deserdação consiste na declaração de vontade feita pelo autor da herança, realizada por meio de testamento, para que um ou mais herdeiros necessários fiquem privados da legítima.

Sobre o instituto da deserdação Sílvio Venosa assevera:

“A deserdação é, portanto, uma cláusula testamentária, a qual, descrevendo a existência de uma causa autorizada pela lei, priva um ou mais herdeiros necessários de sua legítima, excluindo-os, desse modo, da sucessão.” (VENOSA, 2006, p. 300).

Pelo comentário do jurista Sílvio Venosa, verifica-se que as hipóteses autorizadoras da deserdação apresentam-se em um rol taxativo previsto nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963.

Porém, afigura-se plenamente possível a deserdação fundamentada no abandono afetivo, eis que a afetividade, como mencionada anteriormente, constitui o valor norteador da família contemporânea que deixou de estar baseada na consangüinidade para fundamentar-se na sócioafetividade.

A afetividade deve ser entendida como dever de cuidado, assistência, convivência dos pais para com seus filhos, correspondendo a um dever decorrente do poder familiar, além do dever de cuidado dos descendentes para com os ascendentes, não podendo ser compreendida com amor, visto que este não pode ser tutelado pelo direito, já que ninguém é obrigado a amar outrem.

No entanto, correspondendo aos deveres aludidos anteriormente, consiste em um valor jurídico. Desse modo, a ausência de afetividade acarreta na responsabilidade civil daquele que incorreu em sua prática, já que o abandono afetivo poderá provocar na criança/adolescente perturbações em seu desenvolvimento psicológico que irão repercutir por toda a sua vida.

O abandono afetivo demonstra a ausência de carinho, afeto, de cuidado de uma pessoa para com outra, sendo assim, afigura-se plenamente possível a deserdação de um herdeiro necessário que cometeu o abandono afetivo já que a deserdação consiste na exclusão sucessória decorrente de manifestação de vontade do autor da herança por meio de testamento em face de atos que denigram sua honra, atinjam sua vida e de seus familiares, isto é, que denotem a ausência de afetividade.

Ademais, como as entidades familiares hodiernas estão pautadas no princípio da afetividade, caso ela não ocorra, como acontece na deserdação, em que é comprovada a falta de carinho, afeto do herdeiro para com o testador em virtude do cometimento de atos que atentem contra a vida, honra, dignidade daquele haverá, por conseguinte, a desconfiguração da família.

Desse modo, não seria razoável e justo que uma pessoa herdasse os bens que o testador adquiriu na constância de sua vida se não demonstrou qualquer sentimento de carinho e cuidado para com o hereditando.

Por exemplo, um pai que abandonou seu filho, não merece receber aquilo que o mesmo acumulou durante toda uma vida de abdições e trabalho já que não esteve presente assistindo-lhe financeiramente, psicologicamente, dando o carinho necessário ao seu pleno desenvolvimento, o mesmo deve ocorrer quando um filho abandona seu pai, em sua velhice, quando esteja enfermo ou na carência.

Para evitar esse tipo de situação, está em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei nº 118/2010 de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves que altera os Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, a fim de dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, incluindo como hipótese de deserdação, o abandono afetivo. Em face do aludido projeto, haverá alteração do artigo 1.962 que passará a ter a seguinte redação:

Art. 1.962. O autor da herança também pode, em testamento, com expressa declaração de causa, privar o herdeiro necessário da sua quota legitimária quando este:

I – culposamente, em relação ao próprio testador ou à pessoa com este intimamente ligada, tenha se omitido no cumprimento das obrigações do direito de família que lhe incumbiam legalmente;

- II – tenha sido destituído do poder familiar;
- III – não tenha reconhecido voluntariamente a paternidade ou maternidade do filho durante sua menoridade civil.

Percebe-se que o legislador brasileiro está atento às transformações por que passa a sociedade, verificando-se desse modo, que a entidade familiar moderna está alicerçada na afetividade, então nada mais justo do que inserir no Ordenamento Jurídico Brasileiro uma hipótese de excluir da sucessão testamentária uma pessoa que demonstrou desamor, ausência de cuidado para com seu parente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que fora visto no presente trabalho monográfico, a família constitui-se na célula *mater* da sociedade, ela é imprescindível para o desenvolvimento do ser humano, visto que é nela que ele aprende valores que irão reger a sua vida, é nela que ele se desenvolve.

O conceito de família não é estanque, adequando-se aos valores vigentes na sociedade, desse modo ele varia de acordo com o tempo e o lugar, sendo certo que inexistem um modelo de família único, eis que cada núcleo familiar apresenta suas peculiaridades.

Outrora, o conceito de família estava atrelado à consangüinidade, um indivíduo apenas era considerado pertencente ao núcleo familiar se fosse fruto de laços consanguíneos.

Hodiernamente, em razão das transformações, porque a sociedade está baseada no afeto.

Atualmente, família não resulta apenas do casamento entre um homem e uma mulher, como também é fruto de união entre pessoas do mesmo sexo, bem como considera-se família o núcleo formado por um dos pais e seus filhos podendo haver distinção entre os filhos havidos ou não do casamento.

A família possui uma grande importância, tanto que é assim que foi erigida à condição de valor constitucional, sendo fundamental na persecução da dignidade humana.

Fora dito que a família está alicerçada na afetividade e que constitui um princípio constitucional, embora não esteja prevista expressamente na magna Carta, pois representa o elemento essencial para uma convivência harmônica entre os integrantes do núcleo familiar.

Assim, como o princípio da afetividade, outros também são considerados princípios civis- constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade, igualdade entre filhos e da chefia familiar.

Ademais, verificou-se haver uma distinção entre afetividade e afeto, onde se demonstrou que para que aquela seja titulada pelo direito, deve ser compreendida como o dever de cuidado, de zelo, como a assistência material, psicológica dos pais para com os filhos e destes para com os ascendentes, eis que não se pode obrigar uma pessoa a amar outra.

No mais, demonstrou-se que a ausência de afetividade, enseja a obrigação de indenizar por danos morais aquele que deu causa ao abandono afetivo, seja no abandono afetivo inverso (filho que não presta assistência aos pais), quanto no abandono de pais para filho.

No abandono afetivo propriamente dito ocorre a responsabilização do ascendente em face do descumprimento do poder familiar, bem como do dever de cuidado para com os

filhos; a ausência de afetividade é prejudicial ao desenvolvimento do menor, ante a gravidade das conseqüências do abandono afetivo, existe um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, o de número 700/2007 que o define como ilícito civil e penal.

Ademais, falou-se acerca da sucessão apresentando-se seu conceito, evolução histórica. Demonstrou-se existirem duas espécies de sucessão: a legítima e a testamentária. A primeira decorre da lei ou quando o testamento não seja valido e a segunda decorre de testamento.

Posteriormente, fora dito que pode haver a exclusão da sucessão quando a parte demonstre menosprezo, desamor para com o autor da herança, dessa forma não é justo que aquele que desrespeitou, atentou contra a vida, honra do hereditando herde os bens que ele conquistou quando em vida.

A exclusão da sucessão decorre pela indignidade ou deserdação. As causas de indignidade estão expressamente previstas em lei, apresentando um rol taxativo. A segunda forma de exclusão é a deserdação, cujo rol é mais amplo do que na indignidade. Além disso, a deserdação apenas decorre de testamento e só podem ser deserdados os herdeiros necessários.

Porém, não basta a simples declaração do hereditando de que o herdeiro não irá receber os bens do testamento, é necessário o ajuizamento de ação que comprove que o herdeiro praticou qualquer causa que enseje a deserdação.

Ocorrendo a deserdação, seus efeitos restringem-se apenas ao herdeiro que cometeu o ato contra o hereditando, já que os efeitos são pessoais.

Por fim, conclui-se que o abandono afetivo pode ensejar a deserdação daquele que o praticou, visto que o abandono afetivo demonstra-se a falta de afeição, carinho, menosprezo para com o parente falecido, desse modo não é justo que uma pessoa receba bens de quem menosprezou quando vivo estava.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Famílias no Direito Contemporâneo**: Estudos em Homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo. Salvador: JusPodivm, 2010.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **Famílias no Direito Contemporâneo**: Estudos em Homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo. Salvador: JusPodivm, 2010.
- ALVES, Jones Figueiredo. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086#.UpNV6-KFcqQ>>. Acesso em: 19 out. 2013.
- ANDRADE, Renata Cristina Othon Lacerda de. **Famílias no Direito Contemporâneo**: Estudos em Homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo. Salvador: JusPodivm, 2010.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Dicionário de Filosofia do Direito. Vicente de Paulo Barreto (Coord.), Rio Grande do Sul: Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- BARROS, Sergio R.. **O direito ao afeto**. Disponível em:< <http://www.srbarros.com.br/pt/o-direito-ao-afeto.cont>>. Acesso em: Acesso em: 17 de Setembro 2013.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Código Civil (2002)**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. STJ, REsp 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012.
- _____. REsp 757411 / MG Min. Fernando Gonçalves, STJ, T4-Quarta Turma, j. 29/11/2005, DJ 27/03/2006.
- BRUNO, Denise Duarte. **Família Socioafetiva**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Denise%20Duarte%20Bruno>>. Acesso em: 17 de Setembro 2013.
- CAHALI, Youssef Said. **Dano Moral** . 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curo de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 26 ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2012.
- _____. **Indenização por Dano Moral** – Revista Consulex – Ano 1 – n. 3, março/1997 – Ed. Consulex – Recife-PE.
- EHRARDT JÚNIOR, Marcos. A.de A. **Famílias no Direito Contemporâneo**: Estudos em Homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo. Salvador: JusPodivm, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, v. 7, 2012.

HORNE, Francisco Alejandro. **O não cabimento de danos mais por abandono afetivo do pai**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28384-28395-1-PB.htm>>. Acesso em: 17 de Setembro 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da afetividade na filiação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <[HTTP://jus.com.br/revista/texto/527](http://jus.com.br/revista/texto/527)> . Acesso em: 14 fev. 2012.

_____. **Entidades Familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53jan. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>. Acesso em: 18 out. 2008.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. **Famílias no Direito Contemporâneo: Estudos em Homenagem a Paulo Luiz Netto Lobo**. Salvador: JusPodivm, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. Disponível em: <<https://www.google.com.br/#q=novos+principios+do+direito+de+familia+brasileiro+autor:+f1%C3%A1vio+tartuce&spell=1>>. Acesso em: 17 de Setembro 2013.

VASSAL, Mylène Glória Pinto. Evolução das famílias e seus reflexos na sociedade e no Direito. In: MARIANO, Leila Maria Carrilo Cavalcante (Org.). **Família do Século XXI: Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos**. Rio de Janeiro: EMERJ, p. 126-131, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 6.ed. São Paulo: Atlas, v. 7, 2006, v. 7.

WINNICOTT, DW. **A Criança e o seu Mundo**. 6. ed. Rio de Janeiro, TC, 2008 (tirado do REsp 1.159.242-SP).