

O ABANDONO AFETIVO E O DIREITO A HERANÇA

Keila De Souza De Oliveira

Advogada. Graduada em Direito. Pós Graduação em Direitos da Personalidade.

Gleudson Bonfim da Cruz

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Advogado atuante em causas cíveis. Coordenação e supervisor adjunto de Núcleo de Prática Jurídica Professor de Prática Jurídica Cível, Direito Civil, Direito Constitucional e Direito Processual Civil.

Marcos José Alves

Advogado. Professor adjunto do Centro Universitário do Planalto Central - UNIPLAN e do Centro Universitário Icesp-Promove. Consultor da Unesco. Faculdade Brasília.

RESUMO

O objetivo da presente artigo é demonstrar a possibilidade do autor da herança, em se utilizar do instituto da deserdação nos casos em que se configure abandono afetivo, para impedir que o herdeiro necessário que acometeu o ato ilícito possa dispor do patrimônio deixado. Para tanto, faz-se cogente discorrer sobre os institutos da deserdação e da indignidade, elucidar os princípios que norteiam o tema e que dão respaldo a nova estrutura de família em apreciação ao abandono em confronto a esses princípios. Todavia a legislação brasileira que trata sobre o direito hereditário não faz abrangência ao abandono afetivo como causa de deserdação em seu rol taxativo, deixando a critério da doutrina e das jurisprudências a sua determinação. A falta dessa inclusão da lei a esse fato social, implica na análise subjetiva do magistrado ao caso concreto, ferindo o princípio de segurança jurídica nas decisões uníssonas, uma vez que boa parte da doutrina considera retrogrado a não inclusão do abandono afetivo ao instituto da deserdação no ordenamento jurídico. O método de pesquisa utilizado ao tema e aos institutos da família e da deserdação foi o dialético tendo como base pesquisas a bibliografias, através da leitura de artigos e doutrinas aplicáveis, demonstrando as divergências e as possíveis circunstâncias que causam a problematização

PALAVRAS CHAVES: Abandono afetivo. Deserdação. Princípios. Instituto. Direito hereditário.

INTRODUÇÃO

O decorrente trabalho surgiu da análise de um caso concreto, em que o ponto recorrente da causa era o abandono afetivo com relação ao patrimônio deixado pelo *de cuius*, um problema social que vêm evoluindo com a sociedade e que ainda não recebe do ordenamento jurídico um tratamento legal adequado.

O direito sucessório sofreu grandes alterações na legislação brasileira, contudo em face ao abandono afetivo não à delimitação nem uma sanção para aqueles que cometem tal ato, diante dessa problemática surgiu a necessidade de abordar o tema sobre o abandono afetivo em face ao direito hereditário.

A morte produz inúmeros efeitos jurídicos, sendo um desses efeitos a sucessão dos bens do autor da herança aos seus titulares, o testamento é o ato de ultima vontade, onde o autor do patrimônio busca proteger de pessoas que considere indignas de desfrutar, contudo o instituto da deserdação possui rol taxativo que não enquadra o abandono afetivo, sendo este um problema social, com conduta repreensível, causador de danos morais e psicológicos gravosos, diante disso quem comete o abandono afetivo teria direito a herança, contudo a deserdação por esse instrumento só permite que a pessoa possa indispor seu patrimônio a seus descendentes ou ascendentes em decorrência de fatos previstos legalmente.

O abandono afetivo apesar de receber tacitamente proteção pela Constituição Federal, ainda é um assunto relativamente novo, que possui enfoque jurisprudencial por abranger os direitos relacionados a família que veem ao longo dos anos passando por grandes mutações, contudo quando se trata de direito sucessório faz-se necessário buscar meios para que as decisões relacionadas ao tema possam ser analisadas de acordo com o caso concreto, preservando-se o princípio da segurança jurídica e fazendo valer os princípios que regem as relações familiares, sendo o enfoque deste trabalho demonstrar a possibilidade do autor da herança como ato de ultima vontade com fundamento no abandono afetivo do herdeiro, excludo.

Nesse viés, com o intento de compreender essa problemática, apontando a importância da convivência familiar, e de cada princípio que norteia o tema, discorrendo sobre as transformações que cada instituto sofreu para garantir os direitos a eles inerentes atualmente, afim de se obter um posicionamento que alcance o abandono afetivo como um ato ilícito e que esse tipo de conduta seja repreensível não como uma obrigação de amar, mais que o direito seja aplicado de maneira justa aos casos concretos.

O livro marco literário para a elaboração deste trabalho foi o da autora Maria Berenice Dias- Manual de direito das famílias, que traz em seu conteúdo ideias atuais e modernas relacionadas ao tema.

O método de pesquisa utilizado foi o dialético, que teve como base pesquisas bibliográficas como, doutrinas, artigos e jurisprudências aplicáveis ao tema analisando conceitos, fundamentos e princípios acerca do assunto abordado, com caráter qualitativo onde se formou através de análises a determinadas realidades e seus pontos de vistas sobre o assunto.

1- ABANDONO AFETIVO

Para se definir o abandono afetivo faz-se necessário aludir alguns princípios que norteiam a sua interpretação, sendo alguns deles corolário da proteção que o Estado oferece a entidade familiar, mesmo o direito de família sendo um ramo do direito privado, a constituição alicerça inúmeros direitos e princípios que envolvem esse instituto. Diante disso aduz Rodrigo da Cunha “regras e princípios fazem parte de uma categoria normativa, pois ambos dizem o que deve ser (PEREIRA, 2006, p.31).

Sendo assim, os princípios são para o mantimento das regras da sociedade, baseando-se na moralidade, servindo como base para interpretações de dos direitos e deveres inerentes aos indivíduos, estando na maioria das vezes conexos com as legislações infraconstitucionais. Segundo Maria Berenice sobre o princípio referente a dignidade da pessoa humana:

É o princípio maior, o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais(...) O princípio da dignidade da pessoa humana não representa apenas um limite a atuação do Estado, mais constitui também um norte para sua ação positiva(...). Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, ligando todos os institutos à realização de sua realidade (DIAS, 2017, p.52, grifos do autor).

A partir da Constituição Federal de 1988 que os direitos fundamentais passaram a ter uma relevância significativa, incidindo a ser tratados como núcleo da proteção aos direitos e deveres das relações familiares, diante dessa proteção o princípio da afetividade passou a ser constitucionalizado, e exercer importância aos vínculos criados dentro da instituição familiar, mediante as transformações ocorridas nas formações, estando ele então associados com outros princípios quando trata-se o abandono afetivo.

É dentro da família que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar contra os males externos; é nela que seus membros estimulam para pôr em prática suas aptidões pessoais. Daí então ser a característica da afetividade, aliada, por óbvio, à nuclearidade, a responsável pela plena realização pessoal de cada membro familiar (OLIVEIRA, 2002, p.235).

O outro princípio que está articulado com os anteriores quando se refere ao abandono afetivo e a interpretação para estipular a aplicação da punição e o valor jurídico do abandono é o princípio da solidariedade que representa a responsabilidade nos deveres recíprocos do Estado da sociedade e dos indivíduos na relação familiar.

A regra matriz do princípio da solidariedade é o inciso I do art. 3º da Constituição. No capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto a sociedade, ao Estado e a família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art.227) e às pessoas idosas (art.230). A solidariedade, no direito brasileiro, apenas

na após a Constituição de 1988 inscreveu se como princípio jurídico (LOBÔ, 2017, p.58).

Portanto, os princípios estruturam o ordenamento, gerando consequências concretas, mesmo o abandono afetivo não possuindo previsão expressa na legislação, em decorrência aos danos causados pela ausência do convívio e ao rompimento do elo afetivo, os princípios servem como

Referencias auxiliares nas interpretações juristas sobre o assunto.

2.2- Definições

2.2.1- Abandono afetivo paterno-filial

Assegurado pela Constituição aos filhos é garantido o dever de cuidados pelos seus genitores, principalmente o direito a convivência familiar, sendo a relação de pais e filhos não apenas uma obrigação de cunho materialista, mas o dever afetivo transmitido através do cuidado, da assistência e educação. Dessa forma Paulo Lobô conceitua o abandono afetivo como: “Portanto, o “abandono afetivo” nada mais é que inadimplementados deveres jurídicos de paternidade” (LOBÔ, 2011, p.312).

Diante disso o abandono pode caracteriza-se pela ausência das obrigações parentais expressas em lei, que causam danos a dignidade da pessoa humana, comprometendo a formação do indivíduo enquanto criança ou em sua adolescência, sendo o dever de cuidado um conteúdo do poder familiar, como ressalta Rolf Madaleno:

É dever dos pais ter os filhos sob a sua companhia, pois eles dependem da presença, vigília, proteção e contínua orientação dos genitores, porque exsurge dessa diuturna convivência a natural troca de experiências, sentimentos, informações e, sobretudo, a partilha de afeto, não sendo apenas suficiente a presença física dos pais, mas essencial que desempenhem suas funções parentais, logrando proporcionar aos filhos sua proteção e integral formação, sempre com mira nos melhores interesses da criança e do adolescente (MADALENO, 2011, p.659)

O abandono afetivo se configura pela omissão dos pais nos deveres para com seus filhos, inexistindo afeto, carinho, atenção, isto é, não provimento das necessidades físicas, em especial, emocionais, afrontando os direitos da personalidade e os princípios inerentes a dignidade do indivíduo, podendo essa má conduta do genitor com o rompimento do elo da afetividade gerar danos de difícil reparação.

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação (DIAS, 2016,

p.164).

Nesse viés a delimitação do conceito e a abrangência ao abandono afetivo é de aspecto subjetivo, não tratando da obrigatoriedade do amor como um direito, mas da omissão do dever legal de cuidado, da importância da convivência familiar, conexos aos princípios constitucionais que regem a família.

De se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22 da Lei no. 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. Desnecessário discorrer acerca da importância do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem (BRASIL, 2003).

Nesse viés o dever dos pais em proporcionar a convivência familiar aos filhos e não só mante lós materialmente, tendo como base a importância no desenvolvimento da criança e a violação de sua imagem e honra. Entretanto, este posicionamento não é pacífico, pois alguns doutrinadores e magistrados afastam a possibilidade de condenação por abandono afetivo, entendo que não se pode dar preço ao amor e nem obrigar ninguém a amar.

2.2.2- Abandono afetivo inverso

O abandono afetivo pode ser caracterizado como sendo o abandono moral em razão da omissão aos cuidados e afeto previstos pela constituição, assim como o legislador assegurou o amparo a criança e ao adolescente, a lei maior estende esse direito ao idoso, pois o abandono inverso é definido pela ausência de cuidados e o afastamento dos filhos em relação aos pais idosos, pois a obrigação entre pais e filhos deve ser solidaria, como expressa a lei maior.

O cuidado tem valor jurídico imaterial, mas engloba toda a solidariedade com o familiar e a segurança afetiva deste ente. Então, a falta desta proteção é considerada abandono aos olhos da lei. O termo inverso se dá pelo fato de que o abandono, neste caso, não é de pai para filho, mas de filho para pai. Para a Justiça, o valor jurídico é o mesmo, basta relembrar o artigo 229 da Constituição Federal de 1988, que esclarece que “os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade”. O termo inverso se dá pelo fato de que o abandono, neste caso, não é de pai para filho, mas de filho para pai. Para a Justiça, o valor jurídico é o mesmo(...)“É uma ação, uma conduta, presente ou não o sentimento. Portanto, estána categoria dos deveres que podem ser impostos como regra jurídica. E, a toda lei deve corresponderuma sanção, sob pena de se tornar mera regra ou princípio moral. Por isso é necessária a responsabilização, principalmente dos pais em relação aos filhos menores e dos filhos em relação aos pais idosos, que têm especial proteção da Constituição da República. A responsabilidade é da essência do afeto e do cuidado (PEREIRA, 2016).

O abandono afetivo inverso está ligado a dignidade da pessoa humana e fere ao princípio da solidariedade familiar, onde os deveres devem ser recíprocos nas relações de família, assegurando o valor do indivíduo como tal e os deveres de todos na realização existencial dentro desse grupo, sendo garantido a todos os princípios fundamentais e gerais que protegem a família e a cada um de forma individual, sendo esses valores sociais a promover o bem de todos.

(...) o conviver que é basicamente afetivo enriquecido com uma convivência mútua alimenta o corpo, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar. É nesse momento que existem divergências doutrinárias acerca do assunto. Juridicamente, existem obrigações imateriais dos filhos para com os pais idosos, como convivência familiar e amparo. Porém, vários doutrinadores afirmam que não há como realizar essas obrigações de filiais, se não existe afeto (SILVA, 2000, P.123).

Nesse sentido, toma-se a diferença entre abandono material, intelectual e afetivo, não podendo ser confundido. Desta forma, o abandono afetivo consiste na falta de amparo imaterial e afeto, transforma-se este em dever jurídico quando caracterizado com a inobservância da realização do princípio da solidariedade familiar.

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença (AZEVEDO, 2004, p.14).

Este amparo moral está fundamentado tanto na legislação pátria, quanto no princípio da Dignidade Humana, decorrendo, por consequência todos os direitos fundamentais e necessários a um envelhecimento tranquilo, como direito à vida, à liberdade, à manifestação, à saúde, à habitação, à segurança social, à educação, à moradia e a convivência familiar.

2.3- Aspectos Legislativos

O abandono afetivo tem ganhado grande repercussão nas discussões do Direito Brasileiro, principalmente porque se tem comprovado que tal atitude acarreta grandes prejuízos, podendo até gerar transtornos em um dos maiores bens do ser humano, que é a saúde psicológica, contudo não possui legislação expressa que lhe de respaldo, sendo assegurado em algumas decisões pelos princípios e leis constitucionais.

2.3.1- Constitucionais

Com o reconhecimento jurídico do afeto pela carta magna, que passou a considerar a família pelos vínculos afetivos, constituindo se assim o poder familiar, que funda se em designar deveres e responsabilidades aos indivíduos que compõe esse instituto, fazendo jus ao princípio da solidariedade familiar, quando refere se as obrigações, sendo o descaso dos pais com os filhos, com o descumprimento aos deveres básicos, caracterizado abandono afetivo, e o desamparo dos pais pelos filhos na velhice, intitulado abandono inverso, sendo a Constituição Federal a base que reflete a proteção nas relações afetivas. Como expresso no artigo 229: “ Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988).

Os artigos 226 ao 230 da lei maior foram dedicados a família, por ser ela a base da sociedade, onde o legislador coloca sobre essa entidade e as relações que dela concernem a proteção, como uma instituição onde são produzidos os valores morais e sociais e éticos, onde é esculpido ao Estado e a família a garantia a essencial funcionalidade a dignidade e o desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

A família é o primeiro sistema social com o qual o ser humano tem contato e nele é inserido desde o nascimento. Nela são atendidas suas mais diversas necessidades, tanto humanas quanto sociais, assim proporcionando experiências as quais serão seus referenciais para a vida e perdurarão no tempo, dessa maneira a proteção dada a esse instituto pela Constituição Federal tenta abarcar a todos os seus membros, impondo a solidariedade reciproca nas obrigações familiares tanto paterno-filiais, como os deveres da família com o idoso, assim como dispõe o artigo 230.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (BRASIL, 1988).

Sendo a Carta Magna abarcada por princípios que a norteiam, em relação ao abandono afetivo a observância a alguns desses fazem se necessário quanto a sua aplicação nas interpretações desse problema jurídico.

A Constituição, e, conseqüentemente, a ordem jurídica brasileira, é perpassada pela onipresença de dois princípios fundamentais e estruturantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Sua presença no direito de família é também marcante, as vezes de modo explícito (LOBÔ, 2017, p. 55).

Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um dever legal, individual e primordial a cada indivíduo que compõe a família, de valor inestimável e indisponível, enquanto a solidariedade se traduz na forma do vínculo de sentimento guiados pela reciprocidade dos deveres de cada um dentro da relação familiar, em um contexto social (LOBÔ, 2017).

2.3.2- Infraconstitucionais

Influenciado pela lei maior o código civil de 2002 passou a incitar sanções em relações de família por decorrência da não observância e descumprimento dos deveres inerentes a ela, tratando como responsabilidade civil o abandono, gerando implicações e a perda do poder familiar sendo passível até a reparação pelo dano causado pela omissão ou transgressão as obrigações pertinentes, como determina os remetidos artigos 1.634 e 1.638.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos;

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II - Deixar o filho em abandono (BRASIL, 2002).

Sendo dever dos genitores a guarda e proteção, pois é através dessa convivência continua que se abstrai a troca de experiências e se cria vínculos de afeto sendo a presença dos pais essencial a formação de seus filhos moral e emocional, assim como a proteção, podendo se evitar efeitos negativos que possam surgir na vida dos filhos (MADALENO, 2011).

Um projeto do Senado, de nº 700/2007, já aprovado em dezembro 2012, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, com a proposta de caracterizar o abandono afetivo como falta grave ao dever de cuidar, para além de constituir ilícitocivil, será caracterizado como crime. O código civil evidenciou o interesse do menor como prioridade no direito de família, sendo um reflexo constitucional, transferidos ao Estatuto da criança e do adolescente (lei 6.069/90) os princípios norteadores da Carta Magna, que referenciam o amparo afetivo, moral e psíquico:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da

identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos

pessoais.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22 (BRASIL, 1990).

No artigo 229 da Constituição Federal, encontra-se disciplinado o amparo aos pais em sua velhice, tornando-se um dever a assistência filial, moral e afetiva dos devidos cuidados, importando a omissão e o incumprimento em abandono afetivo inverso, ofendendo a dignidade da pessoa humana.

O idoso, assim como a criança e o adolescente também possui um amparo legal, que busca de forma maior a defesa dos seus direitos, assegurados de forma efetiva pela Constituição Brasileira e Estatuto do Idoso, através da Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003, visando maior dignidade e qualidade de vida, sendo um dos fundamentos da lei maior a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, inciso III. No entanto não há nenhuma previsão legal no Estatuto do idoso que faça referência ao abandono afetivo, apenas sendo baseado em seu amparo, tendo a responsabilização pela omissão ou ausência de cuidados e fazer observância a preservação da dignidade e no direito a participação familiar sempre conexos aos princípios de solidariedade e familiar.

O Estatuto do Idoso, em seu artigo 3º esclarece que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, assegurar ao idoso com absoluta prioridade, seus direitos de cuidado, respeito, saúde, alimentação e convivência familiar, fazendo necessário o convívio deste com diferentes gerações, a fim de preservar os laços afetivos (BRASIL, 2003).

Em 2013 com a iniciativa do IBDFAM, e a senadora Lídice da Mata em um projeto de lei do senado PLS 470/2013, com a proposta de criação de um estatuto específico para as famílias, com intuito de obter mais agilidade nas questões jurídicas que envolvem as relações familiares, dada pela necessidade de se acompanhar a evolução das famílias e os problemas sócias decorrentes dessas novas formações, sendo usados como fontes de aplicação dos direitos e deveres apenas princípios constitucionais e jurisprudências para as decisões, sendo o abandono afetivo um dos tópicos contidos nesse instituto proposto (IBDFAM, 2013).

2.4- Análise jurisprudencial

Em suma cabe notar que o abandono afetivo é um tema relativamente novo ao âmbito jurídico, tendo sido abordado em uma primeira discussão por julgado no Superior tribunal de justiça de Minas gerais em 2005, por recurso especial 757/411 de relatoria do Fernando Gonçalves que entendeu que o abandono afetivo era incapaz de gerar reparação pecuniária, não podendo obrigar um pai a amar, sendo confirmada a decisão em 2009 pelo Ministro

Aldair Passarinho Júnior que amoldou seu voto em concordância com a decisão anterior. As discussões sobre o tema ainda são divergentes.

2.4.1- Supremo Tribunal Federal

Em 2009 o tribunal superior Federal rejeitou os embargos de declaração, onde a Ministra Ellen Gracie, com embasamento a sumula 279 do STF, avaliou que a simples interpretação da decisão não cabia recurso extraordinário, e a via eleita não era compatível, afastando a possibilidade de interpretação da matéria infraconstitucional por recursos extraordinário, de forma que a legislação apropriada já indica a punição cabível ao referente assunto.

EXTRAORDINÁRIO.

VERSÃO

AVO

CON
EM
AGR

REG

IMENTAL. ABANDONO AFETIVO. ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ART. 5º, V E X, CF/88. INDENIZAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E SÚMULA STF 279.

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A análise da indenização por danos morais por responsabilidade prevista no Código Civil, no caso, reside no âmbito da legislação infraconstitucional. Alegada ofensa à Constituição Federal, se existente, seria de forma indireta, reflexa. Precedentes.

A ponderação do dever familiar firmado no art. 229 da Constituição Federal com a garantia constitucional da reparação por danos morais pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório, já debatido pelas instâncias ordinárias e exaurido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal.

Agravo regimental improvido (BRASIL, 2009).

2.4.2- Superior Tribunal de Justiça

Em decisão mais recente acerca do assunto e totalmente oposta as decisões anteriores, a Terceira Turma do STJ considerou que o abandono afetivo pode, sim, ensejar dever de reparação por dano moral, em argumento a relatora entendeu que abandono afetivo é um problema real, expresso no ordenamento jurídico e diz respeito ao dever de cuidado e não ao sentimento em si.

CIVIL	E
CESSUAL	PRO
L.	CIVI
MÍLIA.	FA
NDONO	ABA
TIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.	AFE

Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, 2012).

Por se tratar de um problema jurídico que não possui uma legislação específica para a aplicação da punibilidade, o abandono afetivo ainda é tratado por interpretações diversas a cada julgado, sendo avaliado os componentes que envolve a ação que enseja a discussão, a partir dos princípios constitucionais e da legislação que protege a família.

DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA PELOS PAIS IDOSOS EM FACE DE UM DOS FILHOS. CHAMAMENTO DA OUTRA FILHA PARA INTEGRAR A LIDE. DEFINIÇÃO DA NATUREZA SOLIDÁRIA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR

ALIMENTOS À LUZ DO

ESTATUTO DO IDOSO. - A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de

prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta. - A Lei 10.741/2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil. - O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos. - A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12). Recurso especial não conhecido (BRASIL, 2006).

2.4.3-Tribunais Estaduais

O tema responsabilidade civil por abandono afetivo ainda tem mostrado divergências e divide diversas opiniões. Os tribunais não têm demonstrado uma pacificação, porém, de forma cautelosa e criteriosa tem sido recorrente a aceitação de tal possibilidade. Em suma, se faz necessário analisarmos jurisprudências sobre as posições dos tribunais.

2.4.3.1- Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Outra decisão recente sobre o abandono afetivo em acedência com a jurisprudência favorável do Superior Tribunal de Justiça de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi o acórdão julgado em 2014 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que posicionou se pela possibilidade de dano moral pelo abandono afetivo.

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. MENOR. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO GENITOR. DANO MORAL. CONFIGURADO. VALOR. MAJORAÇÃO. 1. A responsabilidade civil extracontratual, decorrente da prática ato ilícito, depende da presença de três pressupostos elementares: conduta culposa ou dolosa, dano e nexo de causalidade. 2. Por abandono afetivo entende-se a atitude omissiva dos pais, ou de um deles, no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole. 3. In casu, os relatórios psicológicos, bem como a conduta do Réu demonstrada nos autos, apontam para um comprometimento no comportamento do menor. 4. Tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, bem como a lesividade da conduta ofensiva do Réu, tem-se que o valor fixado na r. sentença atende aos princípios gerais e específicos que devem nortear a fixação da compensação pelo dano moral, notadamente o bom senso, a proporcionalidade e a razoabilidade. 5. Recurso improvido (BRASIL, 2014).

Contudo ainda sendo reconhecida a possibilidade da punibilidade pelo abandono, muitas questões ainda ficam passíveis de dúvidas, ao que diz respeito ao quantum indenizatório, mesmo tendo sido configurados os danos recorrentes pelo abandono.

RESPONSABILIDADE CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS ATENTATÓRIOS AO DIREITO DA PERSONALIDADE. OMISSÃO DO DEVER DE CUIDADO. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. 1. A compensação por danos morais em razão de abandono afetivo é possível, mas em situação excepcional. A exemplo da arquitetura jurídica construída para que o reconhecimento do dano moral não representasse a monetarização dos direitos da

personalidade, igual entendimento serve à pretensão de compensação por abandono

afetivo. Não se trata, de modo algum, de quantificar o amor ou o afeto dispensado pelos pais aos filhos, mas de aferir a presença ou não de violação ao dever de educar (inerente à paternidade/maternidade), reconhecido em nosso ordenamento jurídico.

2.A configuração de conduta ilícita para fins de abandono afetivo imprescinde da presença de alguns elementos no caso concreto a caracterizar sua excepcionalidade. Assim, a conduta do genitor apta a dar azo à "reparação" de direito da personalidade deve conter negativa insistente e deliberada de aceitar o filho, além do manifesto desprezo com relação a sua pessoa.

Não se vislumbra a omissão do dever de cuidado do genitor para com sua filha quando ausente qualquer espécie de negação deliberada de seus deveres como pai, tanto por desconhecimento dessa condição, no período que antecedeu ao exame de DNA, quanto posteriormente, e aqui por contingências profissionais. Ainda que reprovável o pouco contato existente entre pai e filha, resta cristalino o fato de não ter agido o mesmo com má-fé no intuito de humilhá-la ou rejeitá-la perante a sociedade.

Recurso do réu conhecido e provido. Prejudicado o recurso da autora (BRASIL, 2014).

As dificuldades dos magistrados em alcançar o consenso sobre o tema decorrem do fato de que a noção do que seja dano ressarcível é contraditório e confuso, evoluindo se ao longo da história, na exata proporção em que se amplia também a tutela dos direitos da pessoa

2.4.3.2-Tribunal de Justiça de São Paulo

Por outro, o Tribunal de Justiça de São Paulo em análise as jurisprudências pátria, onde o entendimento tem sido pela possibilidade de reparação do dano recorrente por abandono afetivo, avaliou que para que haja a possibilidade do dano afetivo ser indenizado, existe a necessidade de caracterização da violação aos deveres que integram o poder familiar,

APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. Jurisprudência pátria vem admitindo a possibilidade de dano afetivo suscetível de ser indenizado, desde que bem caracterizada violação aos deveres extrapatrimoniais integrantes do poder familiar, configurando traumas expressivos ou sofrimento intenso ao ofendido. Inocorrência na espécie. Depoimentos pessoais e testemunhais altamente controvertidos. Necessidade de prova da efetiva conduta omissiva do pai em relação à filha, do abalo psicológico e do nexo de causalidade. Alegação genérica não amparada em elementos de prova. "Non liquet", nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, a impor a improcedência do pedido. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO (BRASIL, 2016).

Inexistindo a possibilidade de dar provimento a ação quando não reconhecido os danos configuradores de ato ilícito, tendo que se comprovar a conduta omissiva, e o nexo causal ao qual ensejou o dano, elementos que muitas vezes possuem formas superficiais de difícil caracterização.

2.4.3.3-Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

De todo modo, mesmo com a decisão de Superior Tribunal de Justiça em 2012 sendo favorável e relevante ao problema social que é o abandono afetivo, ainda há uma grande oscilação jurisprudencial na admissão quanto a reparação pelo dano causado pelo abandono afetivo e na estipulação de valores a serem impostos, na medida em que possa ser possível reparar o dano, assim como a caracterização da conduta omissiva inerente aos deveres familiar, tornando as questões baseadas no afeto passíveis de interpretação.

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. A reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, no âmbito do direito de família, é sabidamente de interpretação restritiva, pois que, visando a traduzir o afeto humano em valor monetário, é marcada por enorme subjetividade, e não se configura pelo simples fato de os pais não terem reconhecido, de pronto, o filho. RECURSO DESPROVIDO.

No sistema jurídico vigente, o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito, ou seja, necessário demonstra-se o fato lesivo, o dano e o nexo de causalidade entre o dano e o ato do agente.

Na esfera do Direito de Família, este Tribunal de Justiça tem entendido que somente em situações especialíssimas é possível condenar-se alguém ao pagamento de indenização por danos morais em face do chamado abandono afetivo (...) Ora, não se desconhece os direitos e deveres inerentes ao poder familiar, entre eles o de sustento, criação e educação dos filhos. Tampouco olvida-se do direito à convivência familiar previsto no art. 227 da Constituição Federal e o princípio da dignidade da pessoa humana (...) Portanto, não existe dano moral nem situação similar que permita uma penalidade indenizatória por abandono afetivo. O pai deve cumprir suas responsabilidades financeiras. O pagamento regular da pensão alimentícia supre outras lacunas, inclusive sentimentais. Para sustentar o filho, os pais têm que trabalhar, com o objetivo de manter um bom nível de vida até a maioridade ou a formatura na faculdade. Isso já é um ato de afeto/ respeito. O laço sentimental é algo mais profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. O afastamento entre pai e filho é resultado de uma separação. E essa separação decorre da vontade dos genitores. O pai que cumpre suas obrigações não deve ser penalizado por danos afetivos. De outro lado, o pai que dá amor durante toda a vida ao filho, mas não paga pensão alimentícia, vai preso.

A par disso, em julgamento, relator o eminente Des. André Luiz Planella Villarinho, esta Câmara assentou que “não há norma legal ou jurisprudência que possa exigir que um pai, cuja paternidade foi declarada judicialmente, seja pai também emocionalmente, o que pressupõe, como dito, toda uma construção afetiva baseada no dia a dia, na convivência, não somente no liame biológico, principalmente quando, como no caso, a apelada foi obrigada a promover ação de investigação de paternidade contra o pai, certamente criando profundos ressentimentos em ambas as partes. Necessária muita determinação, paciência e empenho para este ‘encontro’, esta ‘descoberta’ entre pai e filha, que nem sempre as partes, ou uma das partes, está disposta a passar, porque envolve dor, sofrimento e revolver mágoas recíprocas”.

Neste passo, impossível reconhecer a pretensão indenizatória do apelante. Este é o entendimento jurisprudencial (BRASIL, 2012).

Diante disso, as questões relativas ao abandono afetivo ainda geram bastantes divergências nos tribunais, porém as decisões que afastam e não reconhecem o abandono

afetivo como um ato ilícito prescindível de indenização ainda prevalecem, com o fundamento de que o amor não pode ser calculado e nem passível de ser uma obrigação.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABANDONO AFETIVO E MATERIAL POR PARTE DO GENITOR. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO PASSÍVEL DE REPARAÇÃO NO ÂMBITO ECONÔMICO-FINANCEIRO. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Caso em que o distanciamento afetivo havido entre pai e filha, agora adolescente, encontra justificativa na alteração de domicílio do genitor para outro Estado, não havendo como imputar ao genitor, em face da ausência de convívio e da prestação direta dos cuidados, a responsabilidade pela delicada situação vivenciada pela filha adolescente (envolvimento com drogas, furto e agressões), especialmente porque demonstrou ter procurado manter um vínculo, ainda que por meio de telefonemas e de correspondências eletrônicas, bem como ter prestado auxílio material, não havendo como reconhecer, portanto, a prática de ato ilícito passível de reparação no âmbito econômico-financeiro. 2. Embora presumidas as necessidades da filha adolescente, não ficou demonstrada nos autos a existência de despesas excepcionais que não estariam sendo atendidas com a pensão provisoriamente fixada em dois salários mínimos, patamar que não foi oportunamente impugnado pela alimentada e que deve ser tornado definitivo, como decidido na origem, não merecendo acolhimento o pedido de majoração. APELO DESPROVIDO.

No entanto os pensamentos decorrentes da responsabilidade civil pelo abandono têm tido modificações quanto aos seus fundamentos e preceitos em algumas decisões, mesmo tendo a legislação dispositivos que evidenciem e norteiem quanto as responsabilidades acerca do abandono afetivo, as jurisprudências acerca do assunto são divergentes.

2-ABANDONO AFETIVO E O DIREITO HEREDITÁRIO

3.1- Deserdação

Instituto abordado dentro do direito sucessório a deserdação refere-se à sucessão testamentária, onde pode configurar uma exceção ao direito do herdeiro necessário, por declaração expressa do autor da herança, privando-o de possuir os bens após a morte do *de cuius*, feito por um testamento válido, em situação prevista em lei.

A deserdação, pois, excepciona aquela regra geral que reserva aos herdeiros necessários – descendentes, ascendentes e cônjuge – pelo menos a metade dos bens deixados pelo falecido, parte esta denominada quota indisponível. No entanto, embora útil, no nosso sentir, a existência dessa possibilidade de alguém afastar da sua sucessão aqueles a quem a lei garantiu, em princípio, toda a proteção, não se imagine que possa se dar de modo arbitrário, conforme o momentâneo estado de espírito, por exemplo, do testador. Não. A exclusão só se dará por razões expressamente contempladas na lei, cujo rol é taxativo, razões essas que deverão estar claramente mencionadas no testamento, que é habitat obrigatório dessa medida excludente expressa (HIRONAKA, 2014, p.355-356).

Nesse viés, por interferência do instituto da deserdação bane-se da sucessão o beneficiário ingrato, o que consiste através de um dispositivo jurídico ao qual o autor da herança realizara mediante testamento, aplicando aos herdeiros necessários uma sanção por uma conduta reprovável, sendo essas disposições taxativas no código civil.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave;
- relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
- desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade Art. 1.814.
São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
- que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
- que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
- 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.2002).

Para que a deserdação se conclua a manifestação expressa do titular da herança através de testamento, se faz necessária, pois em acordo com a legislação civil em seu artigo 1.846, metade da legítima já pertence aos herdeiros necessários por pleno direito (BRASIL, 2002).

Diante disso para que um herdeiro necessário seja privado do recebimento de sua quota parte da legítima por meio da deserdação, necessita se dá expressa vontade do autor da herança, aplicado por meio de testamento de forma expressa e justificada.

A deserdação é, portanto, uma clausula testamentaria, 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(...). Na cédula testamentaria, deve vir descrita necessariamente a causa: “somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada “em testamento (art. 1.964) (VENOSA, 2013, p.317).

O instituto da deserdação possui semelhanças com o da indignidade, mas algumas divergências entre si, fazem a diferenciação, onde a indignidade é atribuída pela lei, e o indigno é excluído necessariamente pelas condutas repreensíveis taxativamente expressas na legislação, tendo a exclusão por indignidade natureza jurídica de penalidade civil, resultantes de atos cometidos contra a vida, a honra ou a liberdade de testar do autor da herança ou seus familiares.

A indignidade aplica-se indistintamente a toda pessoa que se inclua como sucessor do de cujus, herdeiros legítimos, necessários ou não, herdeiros instituídos e legatários. A deserdação, decorrente da vontade do testador, serve exclusivamente para afastar os herdeiros necessários (VENOSA, 2013, p. 317-318).
2 Contudo, diante da estrita ligação entre os institutos, a deserdação pode ser motivada por além de suas causas próprias, utilizando se também pelos casos expressos como indignidade, advindo de forma expressa pelo autor da herança em testamento, não havendo perdão ao deserdado.

3 Na deserdação, além dos fatos típicos enumerados na relação de indignidade, alargam-se outras situações autorizadas de exclusão nos arts. 1.962 e 1.963. Essas são cláusulas de exclusivas iniciativas do testador. As causas comuns de indignidade, mesmo não constando do testamento, podem ser alegadas pelos interessados na ação de exclusão (VENOSA, 2013, p. 318).

Embora ambos institutos da indignidade e da deserdação possuam o mesmo fundamento, por haver princípio a prática de atos inequívocos e reprováveis, a exclusão por deserdação é feita pelo próprio autor da herança, sendo imposta ao culpado como ato de última vontade do testador, de forma fundamentadamente legal.

3.1.1 Definição

A deserdação é a penalidade imposta pelo autor da herança, e o seu vocábulo deriva - se do verbo *deserdar* que na definição comum significa exclusão ou privação da herança, tendo a palavra um sentido mais estrito, juridicamente, quando se refere a sucessão testamentária.

Sob o ponto de vista linguístico, a própria expressão *deserdação* carrega consigo uma etimologia indicativa do seu sentido: *des* + *herdar*, significando excluir, retirar, o direito à herança. Nessa ambiência, a deserdação é o ato privativo do autor da herança, por declaração expressa de vontade, através de testamento, que exclui da sua sucessão um herdeiro necessário (descendentes, ascendentes ou cônjuge, na forma do art. 1.845 do *Codex*). (ROSENVALD, 2017, p. 181).

Contudo a deserdação não ocorre de forma automática, devendo ser expressa em testamento, com obrigatória apresentação dos motivos que lhe deram causa, no entanto há divergências nas doutrinas quanto a deserdação ser aplicada ao cônjuge, conforme alude Maria Berenice Dias:

De qualquer modo, como a lei diz que os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima (CC 1.961), nada, absolutamente nada, pode impedir que a mulher *deserde* o marido que, por exemplo, matou o único filho do casal. Ainda assim, a doutrina vacila. A maioria exclui a possibilidade de o cônjuge ser *deserdado*, sob o fundamento de que a enumeração é exaustiva, constitui *numerus clausus*, pois se trata de cerceamento do direito de herdar, que merece interpretação restritiva. Poucos admitem. Boa parte sustenta que cabe a deserdação do cônjuge exclusivamente pelos motivos que levam a indignidade (DIAS, 2015, p. 328).

Nesse viés a deserdação, nada mais é do que o ato que o autor da herança de privar os herdeiros necessários, nas situações que estão previstas no diploma civil, o que traz também opiniões doutrinárias divergentes quanto a constitucionalidade do instituto, por possuir os herdeiros proteção legal quanto a herança.

Há quem sustente a inconstitucionalidade do instituto, sob o fundamento de que a deserdação atinge direito dos herdeiros, que são merecedores de proteção legal especial. Por isso são denominados necessários, sendo lhes assegurada a

intangibilidade da metade da legítima, principalmente em face do testador. Sustenta Paulo Lôbo que o direito a herança dos herdeiros necessários não pode ficar submetido à decisão discricionária do testador, ainda que limitada ao enquadramento em uma das causas previstas na lei. Em princípio constitucional da primazia do direito à herança, assegurado pela Constituição a manutenção da faculdade da deserdação no Código Civil incorre em inconstitucionalidade (DIAS, 2015, p.325, grifos do autor).

Diante disso, e do fundamento que trata o direito sucessório desde o seu início, ao qual trazia de forma arcaica a sociedade a ideia de dar continuidade a família, através da sucessão, e da dimensão social que possui atualmente, onde a finalidade é garantir a segurança familiar, o ato deserdativo impõe aos herdeiros necessários uma penalidade aplicável por conduta reprovável e ofensiva ao autor da herança.

Mas não se pode ignorar o conteúdo ético do instituto. Basta uma mirada no rol de postura dos herdeiros que autorizam a deserdação, para reconhecer não só a possibilidade, mas a necessidade de permitir que o titular do patrimônio afaste quem assim agiu. Ainda que algumas pessoas possam ser reconhecidas como herdeiros necessários, nem por isso tem a liberdade de agir de modo a afrontar a quem deve respeito (DIAS, 2015, p. 325 grifos do autor).

O instituto da deserdação somente alcança os herdeiros necessários, sendo esses que sucedem o *de cuius* em relação a legítima, como uma sanção de caráter pessoal, não se tratando de herdeiros facultativos ao qual o testador pode dispor, se for o caso, se priva ou beneficia por uma declaração de vontade em testamento.

Não nos parece que a deserdação configura uma medida odiosa, por externar uma forma hostil de “castigo, como uma expressão colérica de última vontade. Ao revés: Entendemos que o funcionamento da deserdação é exatamente o mesmo da indignidade: punir quem se comporta de forma ignóbil contra o autor da herança, impedindo que, após a prática de um ato desagregador da família e desrespeitoso a dignidade do titular, ainda venha o agente se beneficiar do patrimônio transmitido. É o combate a um desvalor, impedindo que alguém beneficie a própria torpeza (ROSENVALD, 2017, p.183).

Embora o instituto da deserdação seja polemico, sendo questionado por alguns doutrinadores a sua validade, para que se determine é exigível a manifestação do autor da herança via testamento válido, onde os motivos devem integrar o rol expresso na lei, não sendo possível apenas um desentendimento entre o titular da herança e um dos herdeiros necessários motivo suficiente para que seja concluído o ato.

3.1.2 Características

Para que a deserdação ocorra, alguns requisitos são necessários, sendo um deles o ato personalíssimo do autor da herança, sendo a herança é uma garantia constituída pela lei maior, ao qual, evitasse que causas de pequenas relevâncias limite esse direito constituído.

São pressupostos da deserdação: i) a declaração de vontade do autor da herança, privando herdeiro necessário por meio de testamento: ii) indicação do motivo deserdativo na própria declaração de vontade, dentre as causas previstas em lei; iii) confirmação judicial, em ação submetida ao procedimento comum ordinário (ROSENVALD, 2015, p.188).

Todas as causas ensejadoras da deserdação são analisadas em conformidade com as exigências legais, aos herdeiros necessários é assegurada a legítima, sendo a deserdação uma restrição a essa garantia, em acordo ao art. 1.961 do Código Civil a deserdação é reservada aos herdeiros necessários.

Combinando com o art. 1.961, retrotranscrito, pode se afirmar que a efetivação da deserdação exige a concorrência dos seguintes pressupostos: a) Existência de herdeiros necessários (CC, ART. 1.961). A lei assegura a estes a legítima, ou reserva. A deserdação constitui, pois, a exceção a essa garantia que a lei confere aos descendentes, ascendentes e cônjuge, sendo o único meio legal de afastá-los da sucessão. Para excluir os demais herdeiros, no entanto, como já dito, basta o testador dispor de seu patrimônio sem os contemplar (art. 1.850) (GONÇALVES, 2018, p. 431-432).

Segundo a legislação civil em seu art. 1.961 a deserdação recai sobre os herdeiros necessários, podendo ascendente deserdar descendente e vice e versa, contudo, para que essa manifestação expressa tenha validade, o testamento é o único meio legal ao qual o testador dispõe para realizar o ato deserdativo, não podendo ele produzir efeitos que o considere nulo.

Enquanto a indignidade é efetivada por meio de uma ação promovida pelos interessados, a deserdação é ato privativo do autor da herança, através de um testamento. Não se admite o uso de outro instrumento para efetivá-la, mesmo que seja escritura pública ou termo judicial (ROSENVALD, 2015, p. 188).

As justificativas para a solicitação da exclusão do herdeiro necessário por forma de deserdação esta enumerada de forma taxativa na legislação, não admitindo analogias a ou outros atos nem causas distintas das que integram o rol, sendo necessário a fundamentação do ato que deu causa a deserdação no próprio testamento, incorrendo caso não observado o disposto na nulidade da cláusula.

Expressa declaração de causa prevista em lei. As causas de deserdação estão enumeradas nos arts. 1.962 e 1.963 do Código Civil, cujo rol é taxativo (numerus clausus). Não se admite nenhuma outra, nem mesmo mediante o emprego de analogia. Não quis, com efeito, o legislador deixar ao arbítrio do testador a decisão quanto às hipóteses em que o herdeiro se revela ingrato, pois, se isso lhe fosse facultado (...). Torna-se essencial que o testador mencione no testamento a causa que o leva a deserdar seu herdeiro. A deserdação tem que de ser fundamentada e a causa há de ser expressamente estabelecida pelo legislador (GONÇALVES, 20018, p. 432).

Diante disso, para que a deserdação se concretize após ser devidamente declarada

pelo autor da herança, de forma justificada, em seguida a abertura do testamento, os demais herdeiros têm um prazo para instituir uma ação a quem o ato deserdativo aproveite, solicitando a exclusão da herança, onde caberá ao herdeiro deserdatado em testamento apresentar as provas necessárias justificando as alegações em sua defesa que ensejou a medida. Somente depois da sentença que a deserdação se confirma.

Propositura de ação ordinária. Não basta a exclusão expressa do herdeiro no testamento, para que seja deserdatado. É necessário, ainda, que o herdeiro instituído no lugar do deserdatado, ou aquele a quem aproveite a deserdação (outros herdeiros legítimos, na ordem legal, inclusive o Município, se estes não existirem), promova ação ordinária e prove, em seu curso, a veracidade da causa alegada pelo testador, como o exige o art. 1.965 do Código Civil, nestes termos: “Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador”. Sem essa comprovação é ineficaz a deserdação, não ficando prejudicada a legítima do deserdatado. O direito de provar a causa da deserdação por meio da referida ação extingue-se no prazo decadencial “de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento”, como prescreve o parágrafo único do art. 1.965. Se o interessado não a propõe, pode o próprio deserdatado tomar a iniciativa e exigir, por meio de ação de obrigação de fazer, que a promova (GONÇALVES,2018, p. 433).

Nesse viés, o fundamento da comprovação realizado por meio de ação pelos demais herdeiros ou interessados para que a deserdação seja declarada é para fins de que o testador não atribua aos herdeiros necessários fatos inverídicos, promovendo assim a oportunidade de defesa quanto as alegações aos atos praticados, descritos na lei, sendo os herdeiros necessários excluídos somente quando ficar evidenciado em juízo a prática de talato descrito pelo testador. Incorrendo em caducidade a ação que não fora ajuizada dentro do prazo decadencial, sendo as cláusulas e a deserdação nulas.

Caso a demanda não venha ser ajuizada no prazo decadencial estampado no Código Civil ou não sendo comprovada a causa deserdativa invocada pelo autor da herança, a deserdação perde sua eficácia absolutamente, mantido o direito à herança. No ponto, urge um especial cuidado no que diz respeito à redução parcial da ineficácia (CC, art. 184): perderá a eficácia, nos casos mencionados, a cláusula de deserdação, mantendo a sua integridade as demais cláusulas testamentárias, como, por exemplo, o benefício a terceiros ou reconhecimento de um filho (ROSENVALD, 2017, p.191-192).

Outra característica da deserdação é que a mesma, possui efeitos pessoais, assim como aos indignos, apesar de a legislação não descrever de forma específica, sendo assim, a penalidade imposta pelo instituto faz analogia a indignidade, ao qual não se passará da pessoa a quem se comportou de forma reprovável. “O herdeiro necessário deserdatado equipara-se ao excluído, não sendo contaminados os direitos de seus descendentes, que herdaram em seu lugar” (LÔBO, 2016, p.190).

Tendo a deserdação como principal efeito, a privação do herdeiro necessário de toda parte da herança a que a ele caberia, sendo um castigo de caráter pessoal, não se estendendo

FBr Científica : Revista Acadêmica Multidisciplinar

aos seus descendentes, e caso não haja descendência sua parte será dividida

entre os demais herdeiros.

Na indignidade esta expressamente previsto que os efeitos são pessoais e os herdeiros do indigno recebem o seu quinhão, como se ele tivesse morrido antes da abertura da sucessão (CC 1.816). Com relação à deserdação, a lei silencia: nem prevê nem proíbe o direito de representação dos descendentes. No entanto, há de se reconhecer a identidade de propósito dos dois institutos, tanto que as causas são praticamente idênticas e a consequência e a mesma: a exclusão do herdeiro. Portanto, é cabível interpretação analógica para reconhecer o direito de os descendentes do deserdado receberem o seu quinhão (...) A deserdação não pode ter o efeito de excluir os descendentes do deserdado, pois são herdeiros necessários do testador (...). Se o deserdado não tiver filhos, seu quinhão é transmitido aos demais herdeiros (DIAS, 2015, p.335, grifos do autor).

De maneira, que o testamento é o ato qual consta a última vontade do testador, se obedecido aos requisitos, devendo assim ser cumprido, a deserdação pode ser revogada, mas para que isso ocorra, deve ser feita de forma expressa em outro testamento pelo autor da herança, onde revoga-se a cláusula a que se deu a causa deserdativa, desse modo a reconciliação entre herdeiro ofensor e o testador não se presume o perdão.

Questiona-se, também, se o testador pode cancelar a deserdação imposta ao herdeiro necessário. E a resposta é positiva. É claro que sim, revelando mesmo, de sua parte, um gesto de generoso perdão, a quem o tenha

fundamente magoado. Mas, como a pena é imposta em testamento, somente será relevada pela via adequada da revogação testamentária.⁴⁶⁵ Deixará de prevalecer, e conseqüentemente não mais servirá de fundamento à respectiva ação, no caso de ser revogado o testamento que a continha, ou ainda na hipótese de haver o testador, em outro ato de disposição de última vontade, havê-la tornado sem efeito. Mas a simples reconciliação do testador com o deserdado não invalida a pena (PEREIRA, 2017, p.331).

3.1.4- Hipóteses

As proposições que autorizam a deserdação estão taxativamente expressas no Código Civil, estabelecendo -se que somente aos herdeiros necessários é admissível a deserdação, sendo estes passíveis de ser tanto excluídos como deserdados na sucessão. “Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, todas as causas enumeradas pelo art. 1.814 onde se dá a exclusão por indignidade, que se resumem aos atos contra a vida, contra a honra e contra a liberdade de testar do *de cuius* são permitidas aos herdeiros necessários na deserdação.

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
- que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
- que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
- 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, 2002).

As disposições a qual autorizam a deserdação estão expressas de forma taxativa no mesmo diploma legal, nos arts. 1.962 e 1.963, ao qual tratará das causas de deserdação dos descendentes aos seus ascendentes e vice e versa, tendo em seu conteúdo disposições em comum.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave;
- relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;
- desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:
I - ofensa física; II - injúria grave;
- 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;
- desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade (BRASIL, 2002).

Somente diante das causas previstas na legislação se admite a deserdação, sendo necessária a comprovação dos fatos alegados pelo testador, alguns atos necessariamente devem ser expressados pelo autor não admitindo a manifestação por outra pessoa, casos taxativos nos artigos relativos a deserdação.

Em relação a ofensa física as agressões contra o corpo da vítima ainda que sejam consideradas de caráter leve, apenas lesões, considera se uma forma permitida de deserdação sendo desnecessária sua condenação criminal pela causa, assim basta que o ato ofensivo a pessoa torne intolerável o convívio entre o ofendido e o ofensor.

Como a lei fala em “ofensa”, corresponde ao delito de lesão corporal (CP 129). Desimporta a intensidade da lesão e nem precisa haver ferimento. Não é necessária sequer a instauração de inquérito policial e muito menos condenação. A lei não fala em “crime”, que pressupõe que o réu que pressupõe que o réu tenha sido condenado. De qualquer forma, a ação precisa ser dolosa. O agir culposo não leva a deserdação. A ofensa física que justifique a deserdação é entre descendente e ascendente. A agressão, ainda que gravíssima, praticada contra outros familiares do autor da herança, não permite a deserdação (DIAS, 2015, p. 331, grifos do autor).

Diante disso para que se configure a ofensa não bastam somente ameaças ou juramentos de agressões porvindouras, mas diante de algumas circunstâncias e formas, essas podem se transformar em injúria grave, podendo ser cabível como uma causa de deserdação.

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 o pai de forma mais profunda do que palavras ofensivas (GONÇALVES, 2018, p. 436).

No tocante a injúria, a mesma deve ser feita diretamente ao testador, atingindo a

sua dignidade, não necessitando de condenação criminal para ser possível a deserção, o

Código Civil aduz que a injúria conduzida a cônjuge ou companheiro pode ser uma causa justificativa para a exclusão por deserdação em âmbito jurisprudencial.

De qualquer forma, injúria grave é ofensa capaz de afetar a honra, a reputação, a dignidade do testador, levada a efeito por escrito, verbalmente, por meio da internet ou quaisquer outras formas de comunicação. Em suma, é uma hipótese mais de ingratidão, de desumanidade, de desconsideração. A lei não diz, mas é de presumir que a injúria que enseja a deserdação é somente dirigida ao autor da herança e não a seus parentes. De qualquer modo, a hipótese estaria já contemplada como causa de indignidade, alcançando o cônjuge ou o companheiro do de cujus (CC 1.814, II) (DIAS, 2015, p. 331).

Essas hipóteses taxativas na legislação em seus arts. 1.962 e 1.963 tratam-se tanto para os ascendentes quanto para descendentes onde o ato cometido por quaisquer um ou por de ambos, podem ser uma causa justificadora para o ato deserdativo, tendo então, em seu inciso III do artigo, como causa justificadora da deserdação, o que com a madrasta ou o padrasto mantiver relações ilícitas, ou com marido ou companheiro da filha ou da neta.

Observa-se que o inciso em tela não exige que haja relações sexuais, copula ou adultério. A expressão “relações ilícitas” abrange, também, outros comportamentos lascivos, que envolvem namoro, libidinagem, intimidade, luxúria e concupiscência. O envolvimento amoroso e intimidade sexuais. O envolvimento amoroso e intimidades sexuais da filha com o marido de sua mãe, por exemplo, ainda que tenha havido coito ou cópula carnal, sem dúvidas se mostra repugnante, asqueroso e ofensivo aos sentimentos mais nobres da genitora (GONÇALVES, 2018, p. 437).

Dessa maneira, o fundamento do dispositivo seria como uma sanção aplicada por destoar a paz no ambiente familiar, de forma desrespeitosa e danosa ao núcleo da família. O quarto inciso do referido artigo, traz o pressuposto de deserdação por desamparo do ascendente ou descendentes em alienação mental ou grave enfermidade, contudo a justificativa não cabe quando o herdeiro possui insuficiência de recursos para prestar o auxílio devido.

A quarta causa de deserdação – desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade – pode abranger a falta de assistência material, espiritual ou moral. Não se caracteriza a primeira quando o herdeiro não tem possibilidade de fornecer os recursos necessários. Já se decidiu, com efeito, que a internação do testador como indigente num hospital durante grave enfermidade não autoriza a deserdação, se não se prova que o filho tinha recursos para custear o tratamento. Na hipótese de desamparo do ascendente em alienação mental, a deserdação será possível se o desassistido recuperar o juízo, uma vez que a deserdação somente pode ser determinada em testamento válido (GONÇALVES, 2018, p. 438).

No referido inciso houve incoerência do legislador, quando trata-se da alienação mental, uma vez que o ato do testamento é personalíssimo, sendo criticado doutrinariamente a sua postura em razão da limitação da legítima somente quando se houver o abandono por grave enfermidade, uma vez que os deveres familiares se

estendem a solidariedade recíproca e a mútua assistência. Diante disso Maria Berenice Dias posiciona aos referentes arts. 1.962 e 1.963:

CC 1.962 IV: Deixar ao desamparo o ascendente alienado mental ou gravemente enfermo-Da forma como está dito, o filho que deixa o pai em total abandono, fazendo-o passar por severas necessidades, não pode ser deserdado, a não ser que o pai esteja mental ou fisicamente muito doente.

Talvez por isso Arnaldo Rizzardo admita interpretação extensiva, por repugnar à consciência humana o abandono. Tal, no entanto, não é o que diz a lei e, pelo que todos sustentam, as hipóteses de deserdação não admitem interpretação analógica(...). CC 1.963 IV: Deixar ao desamparo o filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade-Mais uma incongruência do legislador. O pai somente é penalizado se o filho for pessoa com deficiência, segundo a expressão do Estatuto da pessoa com deficiência (L13.146/15). Assim, pais que deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar não podem ser deserdados, ainda que desatendam ao comando constitucional que impõe à família assegurar, absoluta prioridade, proteção à criança e ao adolescente (CF 227). Logo o genitor herdeiro, mesmo tendo cometido o delito de abandono material(CP 244) e estar sujeito a destituição do poder familiar(CC 1.638 II). No caso de o filho falecer sem descendentes, o genitor recebe seu patrimônio amealhado sem qualquer auxílio paterno. É bom lembrar que tal postura omissiva não autoriza que o pai pleiteie alimentos ao filho, por desatender ao princípio da solidariedade familiar, nada justificando que possa ser seu herdeiro (DIAS, 2015, p. 332-333).

Em suma, o abandono evidencia a falta de moral e ética do agente, que evidencia, portanto que o patrimônio sucedido aquele a quem praticou o ato de desamparo, locupletar-se injustamente daquele a quem abandonou, dessa forma a legislação sucessória, ainda é restrita ao demonstrar a importância da afetividade, tornando os institutos que regem a sucessão defasados.

3.2- Abandono afetivo e a herança

Com o avanço que o núcleo familiar alcançou partir da vigência da Constituição Federal de 1988, tornando passado os enraizados hábitos da família patriarcal, a lei maior tornou a afetividade a base estrutural que regem as famílias, envolto a outros princípios fundamentais, a terminação afetividade deriva da palavra afeto, que segundo o dicionário denota:afeição, simpatia, amizade, amor ou então como sentimento, paixão; no sentido psicológico, afeto é o elemento básico da afetividade.

Já a afetividade no sentido comum, é a qualidade ou caráter do que é afetivo, no sentido psicológico, afetividade é o conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões (BUENO, 1992).

Dessa maneira a família passou a receber da lei maior uma proteção especial, tornando o direito ao instituto humanizado, e a afetividade passou a ser considerada um

elemento constitutivo das novas famílias, baseado nos vínculos interpessoais. E a família

formal foi dando lugar as relações afetivas.

O afeto então passou a ter reconhecimento jurídico, afim de promover a felicidade dentro do ambiente familiar, tendo a afetividade força normativa, incorrendo na obrigação recíproca entre os membros que constituem o núcleo da família, sendo expresso pelo art. 227 da Carta Magna.

A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles (LÓBO, 2011, p. 71).

Embora a Constituição tenha insculpido princípios fundamentais que garantem a família, propiciada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, tornando o afeto base das relações familiares, reconhecendo sua importância no desenvolvimento dos membros desse núcleo, presando objetivamente pela convivência familiar e pela solidariedade recíproca, priorizando o bem de cada indivíduo que faz parte da família, por conseguinte o abandono afetivo embasado a essa gama de princípios que regem a nova família, diz respeito a conduta omissão aos deveres instituídos por lei.

Portanto, o “abandono afetivo” nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas (LÓBO, 2011, p.312).

Nesse viés, o abandono afetivo é a omissão aos deveres familiar, não se restringindo apenas ao abandono paterno filial, uma vez que o art. 229 trata da solidariedade recíproca em relação aos deveres dos filhos em amparar os pais em sua velhice, sendo este tratado como abandono afetivo inverso.

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença (MELO, 2005, p.32).

Contudo, sendo a afetividade uma garantia fundamental as relações que regem a família, o direito à herança também se faz garantido pela lei maior, assegurando aos herdeiros necessários o direito ao patrimônio deixado pelo *de cuius*. No entanto quando se relaciona ao direito sucessório a lei é taxativa ao pressupor as espécies de exclusão, sendo inaplicável a ausência de afetividade como um motivo justificador da deserdação. Diante disso, Poletto aduz que;

Não obstante ter sido editado um novo Código Civil em 2002, atualizando e

reformando todo o arcabouço legislativo pertinente que vigorou a partir de 1916,

ainda assim é possível constatar que o tema da exclusão da herança encontra-se absolutamente defasado, haja vista que a nova codificação basicamente reproduziu as disposições previstas na lei civil abrogada. Ocorre que o antigo Código foi aprovado pelo Congresso Nacional em 1916, depois de longos dezesseis anos de tramitação, visto que o projeto original de Clóvis Beviláqua fora apresentado ao Parlamento em 17 de novembro de 1900, ou seja, toda a sua concepção jurídica, social, moral e ideológica estava baseada nas instituições do século XIX, realidade totalmente diversa da vivenciada pela sociedade pós-moderna do final do século XX e início do século XXI (POLETTI, 2013, p.43-44).

O abandono afetivo pode causar danos graves de ordem moral e psicológica, embora essa conduta repreensível não tenha lei específica aplicável, mesmo com o art. 227 da Constituição tratar de forma explícita a proteção integral à criança e ao adolescente, colocando esse direito acima de qualquer outro indivíduo, por se tratar de situação de desenvolvimento da criança e do adolescente (DIAS, 2016).

De forma que o abandono afetivo ainda é um assunto polêmico tratado de forma subjetiva, ficando a análise de cada caso cabível aos tribunais, o instituto sucessório é retrógrado, quanto tendo o fundamento da deserção a exclusão do ofensor por haver cometido atos reprováveis, não obstante tendo as relações afetivas garantias fundamentais, e o princípio da dignidade humana a maior dessas.

3.2.1- Reflexos do abandono afetivo no direito hereditário

No direito hereditário só existem duas formas de exclusão da herança, por indignidade ou por deserção, sendo este o rol taxativo. A legislação civil atribui o direito à herança aos herdeiros necessários, podendo ter esse direito excluído somente pelas disposições expressas, no caso da deserção a vontade do autor da herança é condicionada as limitações impostas pela lei.

Deserção de herdeiro necessário pressupõe ausência absoluta dos sentimentos primários e fundamentais, indispensáveis à relação familiar. Amor, afeto, carinho, gratidão, não são somente substantivos abstratos, mas elementos intrínsecos e imprescindíveis à sustentação da família como célula fundamental e protegida pela Constituição Federal (CATEB, 2004, p. 101-102).

O princípio da afetividade constituído pela lei maior, com intuito de acompanhar a evolução social do instituto da família, trouxe uma relevância maior as relações de afeto, contudo não existe nenhum tipo de punição a quem se omite aos deveres fundamentais.

É pertinente afirmar, portanto, que o princípio constitucional da dignidade humana manifesta-se, por exemplo, em uma importante cláusula geral prevista no Código Civil nacional: a função social. Tema muito recorrente de estudos doutrinários, a função

social, entretanto, é comumente analisada somente na seara contratual, ou em

seus contornos relativos à propriedade, incluindo-se, nesse conceito, a figura da empresa. Na verdade, em uma análise mais abrangente, deveríamos falar em “função social do direito privado”, englobando não somente o contrato, a propriedade e a empresa, mas também a família e a sucessão hereditária (POLETTTO, 2013, p.41).

Dessa forma, o fundamento jurídico do direito hereditário é meramente biológico, a legislação não faz menção ao princípio da afetividade, nem mesmo ao da convivência familiar, tornando o abandono afetivo uma conduta inaplicável a as causas que justificam a exclusão, onde em seus pressupostos não se autoriza a analogia, somente as disposições expressas.

A tradição jurídica ainda traz resíduos do retrógrado e infértil pensamento romano engessado ao patrimonialismo, na plenitude da lei e na ideologia da unidade legislativa, visando somente à proteção do direito patrimonial, o que vem conduzindo a preservação a sucessão, ocasionando a afronta ao sentimento comum de justiça, ética e solidariedade (POLETTTO, 2013).

Sendo a deserdação o instituto onde se pode por expressa vontade do autor, excluir de forma justificada, em especial as causas relativas a relação, a tipificação restrita não demonstra interesse em resguardar o direito de aplicar uma sanção aquele que o de comprovada maneira o desprezou.

As regras sobre deserdação demonstram evidente conteúdo econômico, uma pena que não atinge direitos de personalidade, somente os direitos patrimoniais, motivo suficiente para que se altere a forma de visualização e seus efeitos. Ninguém mais duvida que a afetividade é o princípio geral do direito das famílias, com clara repercussão no campo sucessório. Assim, quando existe a quebra de afeto entre herdeiros necessários, tal deveria autorizar o autor da herança a deserda-los. É o se chama da boa-fé familiar, motivação suficiente como causa à deserdação (DIAS, 2015, p.330, grifos do autor).

Por inexistir previsão legal de exclusão no direito hereditário por abandono afetivo, sendo este impunível, não se encaixando nas normas de exclusão por deserdação, em consequentes existem alguns projetos em tramitação que visam modificar a o direito sucessório na legislação, afins de considerar o abandono afetivo como ato ilícito, o PL 700/2007 proposto pelo senador Marcelo Crivella origina que o abandono afetivo receba sanções na área cível e penal.

3.2.2- Aspectos jurisprudenciais da posição jurisdicional acerca da deserdação em casos de abandono afetivo.

O entendimento jurisprudencial relacionado a possibilidade da deserdação por falta de vínculo afetivo e escasso, uma vez que a doutrina compreende de forma majoritária a necessidade da adequação do instituto, a evolução social e das garantias e princípios constitucionais, sendo o direito sucessório não faz jus ao fundamento do testamento, sobrepondo-se a legislação a vontade do autor da herança quando impõe disposições taxativas a qual devem ser seguidas estritamente sem analogias (DIAS, 2015).

A jurisprudência é uníssona ao não reconhecer a deserdação por abandono afetivo, delimitando-se apenas as hipóteses que são elencadas na legislação, o desamparo psicológico, material e moral só é conhecido juridicamente quando atribuído a pessoas com enfermidade grave, ou doença mental hipóteses restritivas expressas na lei.

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – DESERDAÇÃO – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – NÃO CONHECIMENTO POR AUSÊNCIA DE ATAQUE A TODOS OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA – REJEITADO – MÉRITO – PRETENSÃO DESAMPARO DO ASCENDENTE COM GRAVE ENFERMIDADE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA HIPÓTESE LEGAL – CLÁUSULA DE DESERDAÇÃO EM TESTAMENTO DECLARADA NULA – SENTENÇA MANTIDA – FIXAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL – PUBLICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CPC – NECESSIDADE DE REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA PELO TRABALHO ADICIONAL REALIZADO – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. Se o apelante logrou demonstrar seu inconformismo nas razões recursais, tendo impugnado o mérito da decisão judicial que, ao final, declarou nula a cláusula de deserdação, afigura-se possível conhecer do recurso. II. Se o requerente não logrou demonstrar ter havido desamparo pelo requerido ao ascendente com grave enfermidade, mas um natural distanciamento do pai para com o filho em razão de novas núpcias, impõe-se manter irretocável a sentença que anulou a cláusula de deserdação prevista em testamento público. III. Ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, observado o limite fixado pelos §§ 2º e 6º do art. 85, o novo CPC busca, além de remunerar o profissional da advocacia do trabalho realizado em sede recursal, já que a decisão recorrida arbitrará honorários pelo trabalho até então realizado, desestimular a interposição de recursos infundados ou protelatórios. (BRASIL, 2016).

Nesse viés, trata-se esse julgado do Tribunal do Mato Grosso do Sul, onde a deserdação foi declarada nula, pela justificativa do abandono afetivo não constar no rol taxativo das causas de deserdação, outrora o nomeado testamentário alegou o dever jurídico e moral de se fazer cumprir a última vontade do testado, sendo levado em conta os princípios constitucionais norteadores fundamentais e garantidores das relações familiares, não somente a letra da lei.

Inventário - Partilha - Herdeira - Exclusão indevida - Homologação judicial que não se reveste de imutabilidade - Petição de herança - Prazo prescricional. 1. Ausentes causas que implicassem a indignidade ou autorizassem a deserdação, (artigo 1.814

cumulado com o artigo 1.962, ambos do Código Civil), a suposta vontade do autor

da herança é insuficiente para excluir o direito sucessório de determinado herdeiro. 2. A exclusão indevida de herdeiro legítimo e necessário do processo de inventário gera nulidade absoluta da partilha homologada judicialmente, que não se reveste de eficácia ou tampouco imutabilidade frente ao prejudicado. 3. O herdeiro indevidamente excluído da sucessão tem o prazo de dez anos, a contar da abertura da sucessão, para intentar ação de petição de herança objetivando a parcela do acervo hereditário à qual faz jus (BRASIL, 2015).

O abandono afetivo ou a falta da convivência familiar e da boa-fé objetiva, segundo a jurisprudência, não é causa justificadora para excluir de um herdeiro necessário sua quota a legítima, o julgado do Tribunal de Minas Gerais considerou ausentes as causas, a mera vontade do autor da herança em seu leito de morte em excluir da herança a sua filha por motivos de desentendimentos contínuos, trazidos a julgamento por sua meeira, o entendimento do tribunal seguiu as disposições expressas que dão causa a deserção ou a indignidade forma minuciosa.

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE DESERDAÇÃO - MERO AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INTERDIÇÃO E INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE REMOÇÃO DA HERANÇA, AMBOS EM DESFAVOR DO TESTADOR SUCEDIDO - "INJÚRIA GRAVE" - NÃO OCORRÊNCIA - EXPEDIENTES QUE SE ENCONTRAM SOB O PÁLIO DO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE AÇÃO - DENUNCIÇÃO CALUNIOSA - EXIGÊNCIA DE QUE A ACUSAÇÃO SE DÊ EM JUÍZO CRIMINAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE AS AFIRMAÇÕES DO HERDEIRO TENHAM DADO INÍCIO A QUALQUER PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO OU MESMO AÇÃO PENAL OU DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA O SEU GENITOR - INVIABILIDADE, IN CASU, DE SE APLICAR A PENALIDADE CIVIL - RECURSO IMPROVIDO. 1. Se a sucessão consiste na transmissão das relações jurídicas economicamente apreciáveis do falecido para o seu sucessor e tem em seu âmago além da solidariedade, o laço, sanguíneo ou, por vezes, meramente afetivo estabelecido entre ambos, não se pode admitir, por absoluta incompatibilidade com o primado da justiça, que o ofensor do autor da herança venha dela se beneficiar posteriormente. 2. Para fins de fixação de tese jurídica, deve-se compreender que o mero exercício do direito de ação mediante o ajuizamento de ação de interdição do testador, bem como a instauração do incidente tendente a removê-lo (testador sucedido) do cargo de inventariante, não é, por si, fato hábil a induzir a pena deserção do herdeiro nos moldes do artigo 1744, II, do Código Civil e 1916 ("injúria grave"), o que poderia, ocorrer, ao menos em tese, se restasse devidamente caracterizado o abuso de tal direito, circunstância não verificada na espécie. 3. Realçando-se o viés punitivo da deserção, entende-se que a melhor interpretação jurídica acerca da questão consiste em compreender que o artigo 1595, II, do Código Civil 1916 não se contenta com a acusação caluniosa em juízo qualquer, senão em juízo criminal. 4. Ausente a comprovação de que as manifestações do herdeiro recorrido tenham ensejado "investigação policial, processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa" (artigo 339 do Código Penal) em desfavor do testador, a improcedência da ação de deserção é medida que se impõe. 5. Recurso especial improvido (BRASIL, 2011).

Ainda que o testamento seja a forma pela qual testador expressa a sua última vontade, a jurisprudência dos tribunais estaduais e superiores são uníssonas e seguem a rigor o que a legislação dispõe, sem fazer analogia nem avaliar o caso concreto, mesmo quando as doutrinas consideram o instituto retrogrado, as causas justificadoras da

deserdação ainda que de forma indireta tenha ocorrido, se não comprovadas não se perfazem. Os princípios constitucionais, ainda que apreciados e citados em alguns julgados não são fundamentos suficientes para a jurisprudência dar provimento à deserdação, seja por falta do vínculo afetivo ou qualquer omissão aos princípios que a lei maior garante.

CONCLUSÃO

Ante ao exposto, nota-se que o abandono afetivo e o direito hereditário são institutos que possuem direitos fundamentais garantidos pela lei maior, o abandono afetivo surge em decorrência da conduta omissiva dos deveres inerentes à família e respalda nos princípios fundamentais investidos a esse instituto pela lei maior, sendo o princípio da afetividade regedor das novas famílias.

Diante de toda evolução que o direito de família vem alcançando, a garantia fundamental à herança também foi uma conquista a ponto de preservar o patrimônio do de cujus dentro da relação familiar, contudo, perante tamanhas evoluções o direito sucessório não pode restringir-se apenas a um rol taxativo, com decisões unânimes, estreitando a última vontade do autor da herança a artigos de leis contidos, sem análise de casos concretos, pois as leis devem acompanhar o progresso social, o abandono afetivo tornou um problema jurídico que alcança o campo sucessório quando considerado uma conduta ilícita por descumprimento aos deveres inerentes ao poder familiar, nesse viés, quem comete abandono afetivo teria direito hereditário.

O direito sucessório que antes tinha uma ligação estritamente religiosa, obrigatória e arcaica ligada intimamente à tradição dos cultos domésticos onde se fazia distinção entre os herdeiros, passou por várias fases, evoluiu e com o tempo tornou-se uma garantia fundamental prevista na Constituição, dando aos herdeiros necessários a titularidade dos direitos e obrigações. Esse instituto que assumiu um importante papel no ordenamento jurídico, mesmo assegurado pela Constituição possui um rol taxativo ao qual pode se afastar um herdeiro necessário mediante atos reprováveis previstos em lei.

Por outro lado, o abandono afetivo, foi contornando suas estruturas a partir da evolução das famílias ao momento em que o afeto foi colocado como princípio regedor das relações familiares, assim como o princípio da boa-fé, da solidariedade recíproca e da

convivência familiar que embasam a estrutura do núcleo da família, tornando o abandono afetivo uma causa de discussões jurisprudências controversas ante a ausência de previsão legal, não tendo a conduta ilícita uma penalidade justa, sem que seja analisado o caso concreto, onde em muitas vezes não se pode comprovar o nexo de causalidade entre a condutailícita e o dano causado.

No âmbito jurídico não existe hierarquia entre as regras e os princípios sendo esses usados para análise em casos que não existe previsão legal, contudo não é o que acontece no âmbito sucessório ao qual não se abrange o abandono afetivo como causa de exclusão, as decisões jurisprudenciais acerca do tema são uníssonas e restritas as previsões legais, o ato de deserdação é a manifestação da última vontade do autor da herança, desde que se encontredentre o rol taxativo, existe a possibilidade da perda da titularidade do herdeiro em caso de desamparo por doença mental ou grave enfermidade, contudo a falta do vínculo afetivo não se encaixa , mesmo inexistindo ausência da afetividade o que caracteriza a entidade familiar e a e as reciprocas obrigações civis,a análise jurisdicional dos casos não considera o abandono afetivo como uma causa para a deserdação e as jurisprudências relativas ao assunto ao analisarem o caso concreto se delimitam a aplicação da lei, analisando o abandono afetivo de forma subjetiva.

As discussões acerca do assunto ainda não possuem delimitação, as análises jurisprudenciais em relação ao tema são subjetivas, o que não dá parâmetro legal para que a lei seja aplicada de forma justa e possua efeitos, não garantindo assim a segurança jurídica aos casos concretos.

O abandono afetivo é um problema social recorrente em muitas famílias, o núcleo familiar não é só base da sociedade, mas também a estrutura da vida pessoal de um indivíduo, inclusive em sua formação moral e psicológica, os danos causados por essa conduta omissiva muitas vezes geram prejuízos invisivelmente irreparáveis, a falta da convivência familiar, já deduz a ausência do afeto e o descumprimento dos deveres civis o que por si só já deveria caracterizar a impossibilidade de haver alguma direito, já que nas obrigações se foi ausente, somente analisando os próprios princípios fundamentais garantidores dos direitos da família os quais possuem normatividades, as decisões judicias devem propor a justiça quando à ausência de lei, ou quando a mesma é incabível ao caso concreto.

Conferir herança a quem nunca prestou com suas obrigações civis dentro da

família e se quer teve a intenção em fazer, se afirma um abuso do direito. Algumas medidas acerca do tema poderiam ser consideradas, como a alteração legislativa como propõe os projetos de leis, onde se caracteriza o abandono afetivo como crime, afim de resguardar o respeito e a dignidade, não como uma forma de obrigar a amar, mais em caráter de sanção pedagógica para que se cumpra a responsabilidade civil, ou a exclusão por deserdação pela falta do vínculo da afetividade, por considerável tempo, através da interpretação e aplicação dos princípios que regem a família, declarado em testamento, evitando assim divergentes decisões e resguardando a segurança jurídica de cada caso.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Anotado e Legislação Complementar**. Editora Atlas, 2004

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso 05 jun. 2018.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL-Instituto Brasileiro de Direito de Família-**Projeto de estatuto das famílias é apresentado no senado 2013**.IBDFAM Brasil. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5182/Projeto+de+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias+%C3%A9+apresentado+no+Senado>> acesso em 08 jun. 2018.

BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais** (TJ-MG - AC: 10112110024554002 MG, Relator: Marcelo Rodrigues, Data de Julgamento: 21/07/2015, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/07/2015).

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. (TJ-SP - APL: 00061950320148260360 SP 0006195-03.2014.8.26.0360, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 09/08/2016, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/08/2016)

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça** (STJ - REsp: 1185122 RJ 2010/0047028-8, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 17/02/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2011)

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. n. 775.565/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 13.06.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 06 jun. 2018.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**(TJ-MS - APL:

FBr Científica : Revista Acadêmica Multidisciplinar

00064442220128120001 MS 0006444-22.2012.8.12.0001, Relator: Des. Marco André

Nogueira Hanson, Data de Julgamento: 27/09/2016, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 13/10/2016).

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Proc. No. 14/1020012032-0** (Juiz Mario Romano Maggioni. 2ª. Vara. Comarca de Capão da Canoa. Data 15.09.2003).

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul- Apelação Cível Nº 70066828054**, Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 10/12/2015.

BRASIL, **Superior Tribunal Federal- STF - RE: 567164 MG**, Relator: Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-03 PP-00531).

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

BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário da língua portuguesa**. 6. ed. São Paulo: Lisa, 1992.

BURNS, Edward McNall. **A História da Civilização Ocidental. Do Homem das Cavernas até a Bomba Atômica**. Vol. I –Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 2ª Edição. Editora Globo, 1974

CATEB, Salomão de Araújo. **Deserção e Indignidade no Direito Sucessório Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, 2006. [E-Book]

JDIAS, MARIA BERENICE. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice- **Manual de Direito de Famílias**. 4º edição- São Paulo: editoraRevista dos Tribunais- 2016.

DIAS, Maria Berenice- **Manual de Direito de Famílias**. 12 edição.. ver., atual. E ampl.- São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume 6 – 29ª Ed.** Ano 2014. Editora Saraiva

FARIAS, Cristiano Chaves de. /Nelson Rosenvald- **Curso de direito sucessões**. - 3. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017

GAGLIANO, Pablo Stolze /Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil-Direito de Família**. 7ed. Vol. 6–São Paulo, Saraiva,2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, direito das sucessões– volume 7**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, direito das sucessões– volume 7**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Deserção**. In: **Direito das**

Sucessões. Coautor: CAHALI, Francisco José. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2007.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**– 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011

LÔBO, Paulo. **Direito civil-Direito das sucessões**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. - Brasil I.

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral: Fundamentos da responsabilidadecivil. **Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, no 114. Disponível em:** <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/512/abandono-moral-fundamentos-responsabilidade-civil>> Acesso em: 3 nov. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros - **Curso de Direito civil – Direito das sucessões**. Vol.6. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Jose Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais ao Direito de Família**- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume VI. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Abandono afetivo inverso-quando os filhos se isolam dos pais idosos**, 18 novembro 2016. Disponível em <http://www.rodrigodacunha.adv.br/abandono-afetivo-inverso-quando-os-filhos-se-isolam-dos-pais-idosos/> acesso 5 jun. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: DelRey, 2006.

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

REALE, Miguel. **Prefácio. Novo Código Civil brasileiro – Estudo comparativo**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2004.

SILVA, Wilson de Melo. **O dano Moral e sua Reparação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

TARTUCE, Flávio- **Manual de direito civil** - volume único- 6. ed. rev., atual e ampl. - Riode Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito das Sucessões**. 9ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil- direito das sucessões**– 10. ed. rev., atual. e ampl. v. 6– Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito das sucessões**. Direito civil – v. 7. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.