



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARINA RIBEIRO JOAQUIM DE CARVALHO

**A DESERDAÇÃO DO IDOSO VÍTIMA DE ABANDONO
PELOS FILHOS: UMA ANÁLISE CRÍTICO-REFLEXIVA DA
NECESSIDADE DE INCLUSÃO COMO HIPÓTESE LEGAL**

Salvador
2019

MARINA RIBEIRO JOAQUIM DE CARVALHO

**A DESERDAÇÃO DO IDOSO VÍTIMA DE ABANDONO
PELOS FILHOS: UMA ANÁLISE CRÍTICO-REFLEXIVA DA
NECESSIDADE DE INCLUSÃO COMO HIPÓTESE LEGAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Lara Rafaelle Pinho Soares

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

MARINA RIBEIRO JOAQUIM DE CARVALHO

**A DESERDAÇÃO DO IDOSO VÍTIMA DE ABANDONO
PELOS FILHOS: UMA ANÁLISE CRÍTICO-REFLEXIVA DA
NECESSIDADE DE INCLUSÃO COMO HIPÓTESE LEGAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2019.

A minha mãe, Ana Paula Ribeiro, meu porto seguro, exemplo de força e determinação, que me ensinou a nunca abaixar a cabeça pois, para tudo na vida, sempre há uma solução.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por me abençoar, resguardar e proteger todos os dias na jornada da vida.

Agradeço a minha mãe, Ana Paula Ribeiro, minha melhor amiga, exemplo de mulher, mãe e profissional, batalhadora e guerreira. Ao meu pai, Pedro Carvalho, meu exemplo de pessoa, com quem aprendi que mesmo diante dos obstáculos e dificuldades no caminho, não precisamos perder a leveza e alegria de viver a vida. Agradeço a eles por todos os esforços que me fizeram chegar até aqui, tudo que construí e sou hoje devo a vocês. Ao meu irmão, Bruno, por aguentar meus estudos em voz alta e fazer parte das minhas aulas diárias de direito.

Agradeço ao meu namorado, Naildo Barros, por todos os dias me incentivar e se orgulhar das minhas conquistas, me dar bronca e ficar no meu pé para estudar, e acreditar em mim quando nem eu mesma acreditava. É só o começo da nossa jornada.

Agradeço aos meus familiares, por me acompanharem ao longo desse caminho, sempre acreditando no meu potencial. Especialmente a Luciana, minha dinda, Manuela e Patrícia, minhas primas irmãs e a Ró, por sempre vibrarem pelas minhas conquistas, e torcerem por mim.

Aos meus amigos, com quem compartilhei essa história, especialmente Isabela, Pedro e Jamile, que estão comigo desde o início, compartilhando as derrotas e vitórias. Jamais seria a mesma coisa sem vocês, juntos somos um só.

A minha orientadora Lara, por todo o aprendizado, incentivo e dedicação. Exemplo de profissional, a qual me inspiro.

“Nunca deixe que lhe digam que não vale a pena acreditar no sonho que se tem, ou que seus planos nunca vão dar certo, ou que você nunca vai ser alguém. Tem gente que machuca os outros, tem gente que não sabe amar. Mas eu sei que um dia a gente aprende. Se você quiser alguém em quem confiar, confie em si mesmo, quem acredita sempre alcança.”

Legião Urbana

RESUMO

A deserdação é instituto próprio do Direito das Sucessões, que consiste em privar o herdeiro necessário da legítima. É ato jurídico que só pode ser praticado pelo autor da herança, através de disposição de última vontade. As hipóteses deserdativas estão taxativamente previstas no Código Civil. Funciona como uma espécie de punição àqueles herdeiros considerados indignos. Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, novos valores passaram a orientar o ordenamento pátrio, foram criados princípios constitucionais a exemplo da dignidade da pessoa humana, solidariedade e afetividade. Além disso, passamos a ter a previsão do dever constitucional de assistência, cuidado e amparo dos filhos para com os pais e vice e versa. Sob esse prisma, o presente trabalho pretende fazer uma análise crítica acerca da necessidade de inclusão do abandono de idosos como hipótese legal de deserdação. As relações interpessoais na contemporaneidade, de forma geral, são regidas por afeto, amor e cuidado. Em contraponto, o ato de abandonar, consiste em grave violação ao mencionado dever constitucional de assistência, especialmente em se tratando de pessoas idosas, já que essas são titulares de proteção especial pelo Estado. Entretanto, o abandono não está incluso no rol das causas deserdativas, revelando profunda injustiça, afinal um ato tão indigno e reprovável não poderia passar impune na seara jurídica. É por esse motivo que defendemos a exclusão da herança do herdeiro que abandona seu ascendente.

Palavras-chave: Deserdação, Dignidade da pessoa humana, Abandono, Idoso.

ABSTRACT

Disinheritance is a proper institute of law of succession, which consists in depriving the necessary heir of the legitimate. It is a legal act that can only be practiced by the author of the inheritance, through a disposition of last will. Deserivative events are exhaustively provided for in the Civil Code. It works as a kind of punishment to those heirs considered unworthy. With the enactment of the Federal Constitution in 1988, new values began to guide the homeland ordering, constitutional principles were created as an example of human dignity, solidarity and affection. In addition, we now have the constitutional duty of assistance, care and support of children to their parents and in the opposite way. From this point of view, the present study intends to make a critical analysis about the need to include the abandonment of the elderly as a legal hypothesis of disinheritance. Interpersonal relationships in the contemporary world, in general, are governed by affection, love and care. On the other hand, the act of abandoning consists of a serious violation of the aforementioned constitutional duty of assistance, especially in the case of elderly people, since they are holders of special protection by the State. However, abandonment is not included in the list of desert causes, revealing deep injustice, after all such an unworthy and reprehensible act could not go unpunished in the legal sphere. It is for this reason that we defend the exclusion of the inheritance of the heir who abandons his ascendant.

Keywords: Disinheritance, Dignity of the human person, Abandonment, Elderly

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
des.	Desembargador
min.	Ministro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO

2 DA RESPONSABILIDADE FAMILIAR

2.1 CONCEPÇÃO JURÍDICA E SOCIAL DE FAMÍLIA

2.2 PRINCÍPIOS GERAIS

2.3 PREVISÃO LEGAL DA RESPONSABILIDADE

2.3.1 Dos deveres do descendente para com o ascendente

2.3.2 Do dever de cuidado especial com as ascendentes idosos

3 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO DESCENDENTE

3.1 NOÇÕES GERAIS

3.2 ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

3.3 HIPÓTESES DE EXCLUSÃO

3.3.1 Indignidade

3.3.2 Deserdação

3.3.3 Aceitação e Renúncia

3.3.4 Teoria da tipicidade finalística

4 O ABANDONO DE ASCENDENTE COMO CAUSA DE DESERDAÇÃO

4.1 TRATAMENTO DO ABANDONO PELO ORDENAMENTO PÁTRIO

4.2 CONSEQUÊNCIAS

4.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

4.4 DA NECESSIDADE DE INCLUSÃO COMO HIPÓTESE LEGAL

5. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 serve como base para todas as demais searas do direito, dentre elas o direito das sucessões. Popularmente apelidada de constituição cidadã, constituição mãe, ela trouxe algumas inovações no campo sucessório, estabeleceu no rol de direitos e garantias fundamentais o direito à herança, bem como também inaugurou uma nova concepção de família,

Deixamos de lado o patriarcalismo e tradicionalismo e passamos a reconhecer as mais diversas formas de arranjo familiar. Com isso, novos valores foram estreados, e nesse lastro não podemos deixar de mencionar a importância dos princípios criados pela Constituição, como o da solidariedade familiar, da afetividade, e especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III do diploma constitucional.

Os mencionados princípios reforçam o dever constitucional de cuidado e amparo às pessoas integrantes da família. Eis aqui um ponto de grande relevância para o nosso tema. Assim, esperamos que os pais criem, eduquem e prestem assistência (econômica e afetiva) aos seus filhos na mesma proporção que os filhos amparem os seus pais, especialmente quando idosos.

Considerando o cidadão como um sujeito merecedor de dignidade, surgem diversas obrigações do Estado e da própria sociedade com vistas a garantir esse status digno. Diríamos que a dignidade é um ideal orientador de todo nosso ordenamento pós 1988, servindo como base para os mencionados deveres de proteção do indivíduo, a exemplo do acima mencionado dever de cuidado, assistência e proteção dos pais para com os filhos e dos filhos para com os pais, previsto no artigo 229 da Carta Magna.

Importunamos que a constituição não sugere que os familiares cuidem e amparem uns aos outros como se fosse uma faculdade, mas, na verdade, impõe um dever constitucional nesse sentido. Essa percepção está diretamente ligada ao problema abordado no presente trabalho, pois aqui trataremos acerca do abandono, que é flagrantemente contrário a obrigação ora narrada.

Para dar continuidade ao raciocínio que aqui se pretende desenvolver, além desse dever constitucional, mencionamos que o direito à herança consiste em um direito fundamental. Sabemos que, de acordo com o ordenamento pátrio, um dos efeitos jurídicos produzidos com

a morte de um indivíduo é a abertura da sucessão, e através dessa, os bens de titularidade do *de cuius* passam a integrar a esfera patrimonial dos seus sucessores.

Ou seja, com o evento morte, não se admite que os bens deixados pelo falecido não possuam titularidade, aqui opera-se o princípio de *saisine*, que determina a transferência automática dos bens para os sucessores. Posteriormente, através dos atos denominados de aceitação e renúncia da herança, é que essa transferência, inicialmente provisória, passará a ser definitiva.

Veremos que existem duas hipóteses legalmente previstas em que os herdeiros poderão ser excluídos da herança. Essa possibilidade de retirar os herdeiros não é tão simples, afinal estamos diante de um direito fundamental constitucionalmente assegurado ao cidadão.

Ocorre que, de um outro lado, se nos guiarmos pelos valores que hoje permeiam a sociedade e o ordenamento jurídico, a exemplo da afetividade, eticidade e dignidade, poderíamos conceber facilmente que existem sujeitos que não são merecedores da titularidade do direito de herdar.

O legislador pátrio não deixou de entender diferente, e se ocupou em estabelecer algumas situações hipotéticas que, uma vez concretizadas no mundo real, permite que os herdeiros sejam desconstituídos do direito de herdar, ou seja, excluídos da sucessão.

Claro que essa exclusão, como mencionado, por retirar um direito fundamental do seu titular, demanda de uma considerável formalidade. Assim, além da situação fática precisar de previsão legal, é necessária uma sentença, ao fim do processo judicial, que autorize a supressão do herdeiro considerado indigno a suceder.

As duas hipóteses excludentes, portanto, são institutos do direito sucessório denominados de indignidade e deserdação. Embora em muitas coisas se assemelhem, ambos não se confundem, conforme será esposado no desenvolvimento do presente trabalho. A saber, a indignidade pode ser alegada por qualquer interessado enquanto a deserdação só pode ser praticada pelo *actor hereditatis*.

O presente trabalho possui como cerne o instituto civil da deserdação, que consiste em ato jurídico a ser praticado pelo autor da herança, ainda em vida, que através de testamento revela sua vontade de excluir um herdeiro necessário da sua sucessão.

Conforme veremos nos próximos tópicos, as causas deserdativas são taxativas em lei e previstas no artigo 1.963 do Diploma Civil. O problema do presente trabalho surge

exatamente a partir disso, pois não temos na lei civil o abandono como uma hipótese que autoriza a exclusão do herdeiro obrigatório.

Sobre o abandono, como será trazido a conhecimento mais a frente, adiantamos que estudos realizados por institutos brasileiros de pesquisa apontam um percentual crescente de pais, que na velhice, não possuem assistência nem amparo dos filhos. Aqui não nos restringimos a um cuidado somente afetivo e amoroso, mas também material.

Nessa senda, o presente trabalho busca, sob a ótica do dever constitucional de cuidado, proteção, amparo e assistência e sob a ótica dos valores inaugurados com a Constituição Federal de 1988 como afetividade, dignidade e solidariedade, demonstrar que o abandono, indubitavelmente, é uma causa apta a ensejar a exclusão de um herdeiro que não observa o mencionado dever protetivo.

Entendemos que o direito, como instrumento regulador da vida em sociedade, está em constante evolução juntamente com a realidade social, assim, conforme esta última muda, surge a necessidade do direito a ela se adequar. Compreendemos os casos de abandono como moral e socialmente reprováveis, assim, passam a demandar também de uma sanção jurídica.

O objetivo com o presente trabalho é fazer uma análise crítico-reflexiva sobre a necessidade de inclusão do abandono como hipótese legal à luz dos princípios e deveres constitucionalmente previstos.

A partir do narrado, no primeiro capítulo abordaremos sobre a responsabilidade intrínseca às relações familiares, trazendo a noção atual do conceito de família, tanto na seara jurídica quanto social. Comentaremos sobre os princípios gerais que permeiam essa relação, merecendo destaque aqui o princípio da dignidade da pessoa humana, e o princípio da solidariedade familiar. Abordaremos, ainda, os deveres de cuidado, previstos pelo ordenamento, dos descendentes para com os ascendentes, trazendo uma atenção especial sob as pessoas idosas.

No segundo capítulo abordaremos acerca da sucessão legítima do descendente, onde iremos desdobrar sobre as noções gerais da sucessão, que é o instituo por meio do qual se transfere a titularidade dos bens do sujeito falecido a quem de direito, obedecendo a ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do Código Civil, que coloca os descendentes em grau de preferência sucessória em relação aos demais herdeiros.

Ainda no segundo capítulo, iremos trazer as hipóteses de exclusão, distinguindo, conforme já mencionado, as diferenças entre a indignidade e deserdação, bem como as semelhanças.

Trouxemos à conhecimento, no presente trabalho, a tese da tipicidade finalística, segundo a qual, alguns doutrinadores e juristas, minoritariamente, entendem que diante de uma investigação da intenção do legislador em cada uma das hipóteses taxativamente previstas para exclusão do herdeiro, seria possível abarcar causas *extra legem*, se estas possuírem a mesma finalidade daquelas legalmente elencadas.

Por fim, no último capítulo, discutiremos o cerne da problemática trazida com o presente trabalho: o abandono de ascendente idoso como causa de deserdação. Para isso, exporemos sobre como o abandono tem sido tratado pelo ordenamento pátrio. Já temos considerável número de julgados que entendem que o abandono afetivo gera a responsabilização civil, isso também reforça a necessidade, aqui defendida, do legislador tratar sobre o abandono.

Em relação ao abandono como causa de deserdação, os Tribunais brasileiros, em grande maioria, entendem não ser possível diante da taxatividade das causas deserdativas na lei.

Ao final, arrazoaremos a necessidade de inclusão do abandono material e imaterial dos ascendentes idosos pelos seus filhos como hipótese legal.

2 DA RESPONSABILIDADE FAMILIAR

A Declaração Universal dos Direitos Humanos preconiza que a família é o elemento natural da sociedade, titular de proteção pelo Estado. No século XXI o conceito de família tornou-se mais abrangente, perdendo a concepção tradicionalista que predominou durante muito tempo na sociedade. Atualmente, a própria Constituição Federal reconhece e oferece proteção às diversas formas de família, sem qualquer tipo de distinção entre elas, a exemplo da monoparental, homoparental etc.

O texto constitucional expressamente prevê que a família será objeto de proteção do Estado:

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.

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 mudou-se a concepção conservadora sobre a família. Como ensina Rolf Madaleno¹, antes da Constituição Federal, as opções de constituição de uma sociedade familiar eram extremamente limitadas, de modo que só era possível através das núpcias, ficando fora da lei qualquer outro formato de constituição.

2.1 CONCEPÇÃO JURÍDICA E SOCIAL DE FAMÍLIA

O avanço jurídico do tratamento recebido pela família com o advento da Constituição Federal de 1988 foi bastante notável. Eis que a família passou a ser reconhecida como base da sociedade, conforme depreende-se do supramencionado artigo 226 do texto constitucional. A Carta Constitucional tem em seu preâmbulo a construção de uma sociedade fraterna, pluralista, e livre de preconceitos.²

A concepção do que é família, considerando como um conceito mutável de acordo com os fatores sociológicos e culturais, vive em constante evolução. Como ensinam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³, “é inegável que a multiplicidade e variedade de fatores (de diversas

¹ MADALENO Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018. p. 145.

² AOKI, L. P. S.; TARDELI, R. **Aspectos Jurídicos da Concepção de Família na Sociedade Brasileira**. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/download/37707/40435/>> Acesso em: 02 de jun. 2019.

³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. P. 3-4.

matizes) não permitem fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo”.

Assim, o que a sociedade entende como família vem variado no tempo e espaço. A exemplo disso, na antiguidade a família era pautada num modelo patriarcal, hierarquizado. Hoje, com novos valores e desenvolvimentos, a família é tratada com um olhar mais humanizado, temos um “modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto [...]”⁴

Sobre família, entende Rolf Madaleno⁵ que:

Família não é apenas um dado natural, genético ou biológico, mas também social e cultural. Não por outra razão, o Direito diferencia o reconhecimento da ascendência genética da efetiva relação de filiação, sendo incontroverso que as relações familiares não podem ser subordinadas a interesses meramente patrimoniais, especialmente em casos de filhos adultos, que já possuem e manterão seu verdadeiro pai socioafetivo e registral, mas que apenas buscam uma declaração de paternidade com quem nunca viveram, em uma situação de filiação apenas pelo interesse patrimonial e sem nenhuma coesão e pureza em afetos familiares.

O tratamento jurídico legal dado à família no ordenamento pátrio, indica que a feição jurídica e sociológica da família pós-moderna funda-se em valores como o afeto, a ética, a solidariedade recíproca entre os seus membros e a preservação da dignidade deles. Sendo estes, portanto, os referenciais da família na contemporaneidade.

Além da proteção constitucional aqui mencionada, os diplomas infraconstitucionais, como o Código Civil por exemplo, trouxeram avanços na proteção familiar, pois consagraram diferentes arranjos familiares, bem como passaram a adotar um conteúdo mais amplo e moderno, inserindo princípios e normas constitucionais não tratados nos diplomas anteriores.

Nessa senda, Carlos Roberto Gonçalves⁶ ensina que:

As alterações introduzidas visam preservar a coesão familiar e os valores culturais, conferindo-se à família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social atendendo-se às necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges e os companheiros e aos elevados interesses da sociedade

É a mais perfeita demonstração que o direito como instrumento que visa regular a vida em sociedade, necessita acompanhar a realidade social dessa dada sociedade, adequando-se conforme os valores culturais vão se inovando com o tempo.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. P. 5-6.

⁵ MADALENO Rolf. **Direito de Família**. 8 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2018. P. 672-674

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005, P.6

Sobre família, ensina Rolf Madaleno⁷:

Família não é apenas um dado natural, genético ou biológico, mas também social e cultural. Não por outra razão, o Direito diferencia o reconhecimento da ascendência genética da efetiva relação de filiação, sendo incontroverso que as relações familiares não podem ser subordinadas a interesses meramente patrimoniais, especialmente em casos de filhos adultos, que já possuem e manterão seu verdadeiro pai socioafetivo e registral, mas que apenas buscam uma declaração de paternidade com quem nunca viveram, em uma situação de filiação apenas pelo interesse patrimonial e sem nenhuma coesão e pureza em afetos familiares.

Complementa, ainda, Rolf Madaleno⁸ que “o afeto funciona como mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana.”

Enfim, a concepção atual de família, conforme discorrido neste tópico, tem como pilar a ética, o afeto, a solidariedade e a dignidade. E esses atuais valores adotados influenciam incisivamente na responsabilidade que cerca as relações familiares, exigindo da sociedade um aparato muito maior do que aquele que era oferecido anteriormente.

2.2 PRINCÍPIOS GERAIS

A normatização de alguns princípios com o advento Constituição Federal de 1988 inovou de forma revolucionária no Direito de Família, rompendo com as antigas concepções, a exemplo da ideia de discriminação dos filhos ilegítimos, a superioridade do homem sobre a mulher.⁹

Os princípios servem como norte orientador de todo o sistema normativo brasileiro, são chamados pela doutrina de mandados de otimização, assim, eles indicam que algo deve ser realizado na maior medida possível de acordo com cada caso concreto. “Os princípios (constitucionais) são normas que consagram valores que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico, e irradiam sobre este para transformá-lo em verdadeiro sistema, conferindo-lhe a necessária harmonia.”¹⁰

⁷ MADALENO Rolf. **Direito de Família**. 8 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2018. P.674

⁸ MADALENO Rolf. **Direito de Família**. 8 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2018. P.145.

⁹ MENEZES, Elda Maria Gonçalves. **Os princípios da solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana aplicáveis no âmbito do direito a alimentos**. Conteudo Juridico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29161&seo=1>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 128-129.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes¹¹ segue o entendimento de que os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. Fatalmente uma norma que contraria um princípio constitucional será tida como inconstitucional e lhe faltará, portanto, aplicabilidade. No plano jurídico, os princípios consagram os valores de uma determinada sociedade, que passam, portanto, a vigorar como mandamentos constitucionais.

O Direito de família, além de se submeter aos princípios constitucionais gerais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, também possui princípios próprios, a exemplo do princípio da pluralidade das entidades familiares, princípio da igualdade (isonomia) entre o homem e a mulher, princípio da igualdade substancial entre os filhos, princípio do planejamento familiar e da responsabilidade parental, princípio da solidariedade familiar, entre outros. Importante frisar, como relembra Maria Berenice Dias¹² que alguns não estão explicitamente previstos nos textos legais, mas são implícitos, tendo sua fundamentação lastreada no próprio espírito do ordenamento jurídico.

De uma forma geral, no presente trabalho trataremos brevemente desses princípios, merecendo destaque especial o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade e o princípio da solidariedade familiar.

O princípio da pluralidade das famílias consagra exatamente a ideia tratada quando falamos da evolução da concepção jurídica e social de família, assim, está intimamente ligado a já citada ampliação do conceito de família, abarcando e reconhecendo as diversas formas de entidades familiares.

Esse pluralismo dos arranjos familiares foi objeto de muito debate entre os Tribunais pátrios, que dividiam-se no dilema judicial de um lado entre os limites constitucionais e de outro entre a realidade axiológica. Assim, passaram a admitir as composições familiares pautadas no elo de afeto, pouco importando se oriundas de casamento, ou até mesmo de relações heterossexuais, até que o STF com o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277 pacificou o dilema, não admitindo mais a possibilidade de negar a união estável homoafetiva, também reconhecendo a licitude do casamento civil homoafetivo.¹³

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 111. **apud** ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81.

¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p.61.

¹³ MADALENO Rolf. **Direito de Família**. 8 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2018. p. 145

Em linhas gerais, o pluralismo das entidades familiares orienta o Estado e a sociedade a reconhecer e proteger as múltiplas formas familiares, livre de qualquer distinção no tratamento dado a elas.

Noutra senda, o princípio da igualdade entre o homem e a mulher preconiza a tentativa de pôr fim a uma realidade histórica pautada na desigualdade de tratamento entre o homem e a mulher. Tal princípio reclama pela isonomia substancial entre essas pessoas. Está expressamente previsto na Carta Constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Sobre o assunto, leciona Rolf Madaleno¹⁴ que a revolução instaurada na seara familiar do Direito, por meio das novidades constitucionais de 1988, removeu da sua essência o caráter autoritário da prevalência masculina nas relações interpessoais, de modo que desconstruiu, legalmente falando, a subordinação do bojo dessas relações de grupos familiares. Com isso, em 1988, se impôs aos cidadãos nacionais uma moral familiar pautada num pluralismo de formação dos núcleos familiares.

O princípio do planejamento familiar e da responsabilidade parental, conforme ensinam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁵, tem como propósito evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção. Essa questão guarda íntima relação com o problema do controle de natalidade. Contudo, o que preconiza o texto constitucional é que o planejamento familiar não está no rol daquilo que deve ser objeto de intervenção estatal, cabendo a decisão tão somente ao casal:

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

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.

O princípio da igualdade substancial entre os filhos, como sua própria denominação induz, tem como núcleo o tratamento sem distinção entre os filhos. Vale lembrar que historicamente os filhos incestuosos, adulterinos e até os adotivos, enfim, filhos que não eram fruto da relação do casal, não eram titulares de igual tratamento daqueles que eram.

¹⁴ MADALENO Rolf. **Direito de Família**. 8 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2018. p. 97.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.. p.103.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 227, §6º). Assim, todo e qualquer filho será titular dos mesmos direitos e gozará da mesma proteção, seja na esfera patrimonial seja na extrapatrimonial, portanto, todos os dispositivos legais deverão manter tratamento isonômico entre os filhos, ao contrário sendo deverão ser repelidos do ordenamento¹⁶.

Ao falarmos sobre o princípio da solidariedade familiar, inicialmente, é imperioso relembrar que desde os primórdios, o sujeito que nasce depende do cuidado de seus genitores para satisfazer suas necessidades. Note-se que essa realidade não se limita somente ao mundo dos homens, mas é uma realidade percebida também no mundo animal. Enfim, como dito alhures, o presente princípio merece um destaque especial pois será a base do que se pretende com o presente trabalho.

A solidariedade não é um instituto exclusivamente jurídico, na verdade, ela concretiza valores éticos e morais que permeiam a sociedade e que, dada a sua importância, permeou ao mundo jurídico. A solidariedade, desde 1988, constitui um dos objetivos fundamentais. Nesse sentido, ensina Elda Maria Gonçalves Menezes, “a solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 3º, I da Constituição Federal, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, repercutindo nas relações familiares.”¹⁷

A Lei Maior traz explicitamente tal objetivo: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”.

A solidariedade apregoa respeito e consideração mútuos entre os membros que compõem a entidade familiar. A solidariedade não é apenas patrimonial, mas também afetiva e psicológica. Ou seja, pauta-se no dever de mútua assistência que os parentes possuem uns com os outros. Assim, decorre da solidariedade, por exemplo, a obrigação de prestar alimentos aos familiares.¹⁸

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.p.102.

¹⁷ MENEZES, Elda Maria Gonçalves. **Os princípios da solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana aplicáveis no âmbito do direito a alimentos**. Conteudo Juridico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29161&seo=1>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

¹⁸ MENEZES, Elda Maria Gonçalves. **Os princípios da solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana aplicáveis no âmbito do direito a alimentos**. Conteudo Juridico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29161&seo=1>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

Nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves¹⁹:

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou nas caritas. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural. É inata na pessoa a inclinação para prestar ajuda, socorrer e dar sustento.

Concluimos que a solidariedade é um princípio orientador da nova feição de relação familiar afetiva, inaugurada pela constituinte em 1988, que passou a ser pautada numa ideia de reciprocidade, cooperação e auxílio entre os componentes dessa relação.

Por fim, e não menos importante, o princípio da dignidade da pessoa humana é o grande orientador de todo nosso ordenamento pátrio. A constituição Federal prevê, no seu artigo 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa brasileira, dentre outros, a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é considerada princípio fundamental, do qual decorre todos os valores e ideais da ordem jurídica do Estado Democrático brasileiro. Nesse sentido, os ensinamentos de Rolf Madaleno²⁰:

A dignidade humana atua na órbita constitucional na condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e como princípio constitucional consagra os valores mais importantes da ordem jurídica, gozando de plena eficácia e efetividade, porque de alta hierarquia e fundamental prevalência, conciliando a segurança jurídica com a busca da justiça.

Esse aglomerado de princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico brasileiro visa garantir a construção de uma sociedade justa, harmônica, onde as relações interpessoais pautem-se na solidariedade, no cuidado e auxílio com o próximo, especialmente no âmbito das relações familiares, onde para além desses valores principiológicos, há um dever constitucional de amparo.

2.3 PREVISÃO LEGAL DA RESPONSABILIDADE

Como já abordado no presente trabalho, a responsabilidade familiar tem base em todos os níveis do ordenamento brasileiro. A iniciar pela Carta Constitucional que elenca como um dos

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família.**, volume 6- 14 Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 448.

²⁰ Madaleno, Rolf. **Direito de Família.** 8 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2018. p. 95

objetivos fundamentais da República Federativa brasileira a construção de uma sociedade pautada na solidariedade. Tal objetivo, por si só, já seria suficiente para justificar o dever de amparo e auxílio entre os membros de um núcleo familiar.

No campo do Direito das famílias, a solidariedade adquiriu um status de princípio específico. Nesse sentido, preleciona Rolf Madaleno²¹ que "a solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário."

Para além da solidariedade, a Constituição prevê também, ao longo de seus dispositivos, o dever da família de amparar os idosos, respeitando a sua dignidade e o seu direito à vida (art. 230), bem como o dever dos pais de criar - na forma mais ampla do termo- os seus filhos (art. 227), e ainda o dever dos filhos de ajudar a amparar os pais na velhice, na carência ou enfermidade (art. 229). Sabemos ainda que, com base no artigo 226 da Carta Mãe, a família constitui base da sociedade brasileiro, sendo merecedora de especial proteção do Estado.

Os deveres de proteção, cuidado e amparo, elencados na Constituição Federal de 1988, por si só, já seriam suficientes para falarmos na existência da responsabilidade entre os familiares, sobretudo quando interpretados à luz dos princípios constitucionais da dignidade, solidariedade familiar e afetividade.

Além da Lei Maior, as leis infraconstitucionais trazem expressamente a responsabilidade familiar, a exemplo do código civil, no seu artigo 1.696, que traz o dever dos familiares de prestar de alimentos.

Saindo da esfera cível, a Lei Penal considera o abandono de incapaz como crime. Tal situação está tipificada no artigo 133 com a seguinte redação, "Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos." Do mesmo modo, o artigo 134 estabelece como crime a exposição ou abandono de recém-nascido para ocultar desonra própria.

Merece destaque o capítulo III do Código Penal, que trata dos crimes contra a assistência familiar, assim temos:

Abandono material

²¹ MADALENO Rolf. **Direito de Família**. 8 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018. p. 140.

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

[...]

Entrega de filho menor a pessoa inidônea

Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo:

[...]

Abandono intelectual

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:²²

[...]

A responsabilidade pelo abandono no campo familiar não se restringe somente ao direito constitucional e civil, mas principalmente pela seara penal que expressamente discorre sobre as situações de abandono.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), estabelece que o não oferecimento de amparo às crianças e adolescentes que dele necessitam será objeto de ação de responsabilidade por ofensa dos direitos assegurados à criança e ao adolescente. *Ipsis litteris*:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:

[...]

VI - de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;²³

Embora o assunto seja objeto de tratamento em tópico específico, adiantamos, sobre o tema, que o Estatuto do Idoso traz, no bojo do seu artigo 2º, a proteção dos direitos fundamentais dos idosos, devendo-lhes ser garantida a preservação da saúde física e mental, observando as condições de dignidade. Bem como, o dever da família, da sociedade como um todo e do Poder Público de efetivar, dentre outros, o direito à vida, ao respeito, à dignidade e à saúde dos idosos (artigo 3º).

²² BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 de jun. 2019.

²³ BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 de jun. 2019.

O princípio da dignidade da pessoa humana influencia fortemente a responsabilidade entre os componentes da entidade familiar. A existência de um sujeito, enquanto ser humano e cidadão de direito necessita, no mínimo, ser digna. Entendemos, ainda, que a vida idosa exige um amparo ainda maior, posto que é um período da vida de maior fragilidade.

Portanto, percebemos que a nível constitucional e infra-constitucional a legislação pátria estabelece o dever de responsabilidade entre os integrantes da família, um para com os outros, todos os diplomas relevam a importância do amparo.

2.3.1 Dos deveres do descendente para com o ascendente

O parentesco além de constituir um vínculo familiar, constitui um vínculo jurídico, com expressa previsão legal, o que garante direitos de um lado, e impõe deveres, de outro. No arranjo familiar, está uma das relações de parentesco mais importante, se não a mais, que é a filiação²⁴. O descendente é considerado parente em linha reta. De acordo com o Código Civil, no artigo 1.591, “São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”.

Assim como os vínculos de parentesco geram direitos, ele também acaba por atribuir obrigações entre os parentes. Um exemplo é a obrigação alimentar a qual acabamos de falar no tópico anterior, que é imposta a todos os parentes²⁵.

Sobre a obrigação alimentar, o Código Civil dispõe no artigo 1964: “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.” Em sequência, preceitua o artigo 1696: “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Apesar das tentativas do legislador em estabelecer deveres entre os parentes, a realidade atual brasileira mostra que, não raro, muitos idosos são abandonados pelos seus filhos, e que não lhes amparam materialmente nem afetivamente.

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 10 ed. rev, atual e ampl. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p.378.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.p.385.

Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), entre os anos de 2012 e 2017, “a população de idosos no País saltou 19,5%, de 25,4 milhões para mais de 30,2 milhões de pessoas. No mesmo período, o número de homens e mulheres com 60 anos ou mais nos albergues públicos cresceu 33%, de 45,8 mil para 60,8 mil.”²⁶

Embora a Lei não traga explicitamente o afeto como um desses deveres, pela essência da Constituição, através de uma interpretação finalística, o afeto compõe o dever de assistência entre os parentes, especialmente dos pais para com os filhos e dos filhos para com os pais. Ainda que não haja sentimento de afeto, deve haver assistência, conforme se pode extrair dos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 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.

Em 2010, a senadora Maria do Carmo Alves, propôs ao Senado Federal, o Projeto de Lei número 118 de 2010²⁷, que propõe alterações no Código Civil brasileiro, a fim de dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. No tocante a deserdação, o projeto pretende incluir novas hipóteses, sendo uma delas referente à falta de afeto com o autor da herança, autorizando a exclusão do herdeiro quando este tenha se omitido no cumprimento das obrigações do direito de família que lhe incumbiam legalmente. Atualmente o Projeto encontra-se na Câmara dos Deputados.

2.3.2 Do dever de cuidado especial com as ascendentes idosos

Conforme exposto ao longo do presente trabalho, defendemos um dever constitucional de amparo entre os sujeitos integrantes de uma relação familiar, contudo, daremos um foco ainda maior aos deveres especiais de cuidado devidos aos ascendentes idosos, levando em

²⁶ VILAGARDA, Vicente; CAVICCHIOLI, Giorgia. O abandono dos idosos no Brasil. **Revista Istoé**, 05 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://istoe.com.br/o-abandono-dos-idosos-no-brasil/>> Acesso em: 20 de mai. 2019.

²⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº. 118, de 2010 (do Senado Federal) PL 867/2011. Altera os Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, a fim de dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697>>. Acesso em: 20 de mai. de 2019.

consideração, a já comentada realidade da sociedade contemporânea de abandono de idosos pelos seus descendentes.

Os indivíduos a partir dos 60 (sessenta) anos atingem a popularmente conhecida terceira idade, e com isso, merecem um cuidado especial da sociedade e do Estado na proteção de seus direitos. O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) e a Política Nacional do Idoso (PNI) (Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994) definem, no seu âmbito, o idoso como aquele indivíduo com 60 anos ou mais. Assim, seguem a mesma linha da Organização Mundial da Saúde (OMS), que por sua vez, define idoso como aquela pessoa com 60 anos ou mais, variando de acordo com o grau de desenvolvimento de cada país.

Como se pode verificar, o Estatuto do Idoso, no seu artigo 1º prevê “é instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.” Nesta esteira, a Lei da Política Nacional do Idoso prenuncia no seu artigo 2º: “Considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.” Logo, para todos os fins legais e extraleais, no Brasil, o sujeito é considerado idoso a partir dos 60 anos.

A proteção do idoso é digna de atenção especial tanto do legislador, na criação das leis, quanto do governo, na criação e execução de políticas públicas protetivas à terceira idade. A Carta Constitucional expressamente prevê, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa brasileira, a promoção do bem da sociedade, sendo vedado qualquer tipo de discriminação em razão da idade.

Constitui objetivo fundamental da República Brasileira a promoção do bem de todos os sujeitos, livre de qualquer preconceito, seja de origem, raça, cor, sexo, idade, ou seja, qualquer outra forma de discriminação.²⁸

A Magna Carta atribui, ainda, ao Estado, à família e à sociedade o dever de garantir a dignidade da pessoa idosa, bem como o seu direito à vida. Vejamos o 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.” Portanto, o amparo às pessoas idosas constitui um encargo constitucionalmente previsto, e como tal, deve (ou deveria) ser fielmente observado pela sociedade brasileira.

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de set. 2018.. Art. 3º, IV.

Como ensina Maria Berenice Dias²⁹, faz se mister salientar que o dever de assistência consagrado no artigo infra mencionado não se limita, somente, à assistência material/econômica, se estende também à assistência afetiva e psíquica do idoso.

Os direitos dos idosos encontram fundamento na Constituição Federal de 1988, na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) (Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993), na Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994), no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) e no próprio Código Civil de 2002.

É indubitável que as pessoas idosas são merecedoras de tutela diferenciada. A fim de atender os comandos constitucionais, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), traz normas que preceituam direitos e garantias fundamentais às pessoas com mais de 60 anos, reconhecendo suas necessidades especiais e estipulando obrigações ao Estado e a sociedade na promoção de tais direitos.³⁰

O Estatuto do Idoso reforça o dever de assistência para com os idosos previsto na Carta Magna, que estabelece como obrigação proveniente das relações familiares, do Poder Público e da própria sociedade dar prioridade à pessoa idosa, garantindo direitos básicos como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.³¹

Ao lado do Estatuto do Idoso, o Brasil conta com a Política Nacional do Idoso, criada pela Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994 que, além de outras providências, também criou o Conselho Nacional do Idoso. O dever de assistência com o idoso, mencionado no texto constitucional e no Estatuto do Idoso, é reforçado pela Política Nacional do Idoso:

Art. 3º A política nacional do idoso rege-se-á pelos seguintes princípios:

I - a família, a sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida

Observe-se que a jurisprudência pátria vem atuando em prol da defesa da pessoa idosa, defendendo o dever do Estado e da própria sociedade de garantir os seus direitos, bem como o reconhecimento do estado de fragilidade que se encontram essas pessoas, demandando de uma atenção e assistência especial.

²⁹DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p.29.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.p.654.

³¹BRASIL. **Lei nº. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 de jun. 2019. Art. 3º.

Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO DE RESENDE. DIREITO À SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL. IDOSO, DEFICIENTE FÍSICO, EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. DECISÃO ATACADA QUE DETERMINA, EM SEDE DE TUTELA DE URGÊNCIA, O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DO IDOSO, DIANTE DE SUA ALTA HOSPITALAR OCORRIDA HÁ MESES. CONCRETIZAÇÃO DO DEVER SOLIDÁRIO DOS ENTES PÚBLICOS DE PROMOVER A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO IDOSO E PRESTAR ASSISTÊNCIA SOCIAL A QUEM DELA NECESSITAR. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 203 E 230 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.³²

O julgado acima trata de recurso de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Resende em face de uma decisão interlocutória proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Resende que deferiu a tutela de urgência pleiteada em favor de Marcos Antônio Conceição, representado pelo Ministério Público Estadual. Marcos Antônio é idoso e deficiente físico, dependente de cuidados especiais e atenção 24h por dia devido a sequela de acidentes vasculares cerebrais sofridos. Entretanto, os seus laços familiares foram quebrados, e ele, mesmo tendo recebido alta hospitalar, encontra-se internado nos cômodos da Santa Casa de Misericórdia de Resende.

A decisão interlocutória proferida nesse caso, determinou que o Município tinha o dever de fornecer o acolhimento institucional do idoso em unidade pertencente ao SUS. Em sede de agravo de instrumento, o Município alegou que tal imposição acarretaria ônus financeiro excessivo ao ente, e que acabaria resultando na obrigação de prestar *home care* fora das hipóteses legais cabíveis.

No julgamento do Agravo, a décima sétima câmara cível não acatou o alegado pelo ente municipal, sob o fundamento que a medida recorrida é assecuratória de direitos fundamentais do idoso, considerando-o como hipervulnerável, e, portanto, é compatível com os deveres constitucionais de amparo estampados nos artigos.203 e 230 da Constituição Federal. Deste modo, restou negado provimento ao recurso em discussão.

A presente decisão é indicativa do entendimento uníssono dos Tribunais pátrios acerca da necessidade de cuidados especiais com os hipervulneráveis, inserindo nessa classe os idosos. Para além disso, esse dever não é de titularidade somente dos filhos e daqueles que possuem

³² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº. 00375252120178190000. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Marcia Ferreira Alvarenga. Julgado em: 23 de ago. 2017. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516865225/agravo-de-instrumento-ai-375252120178190000-rio-de-janeiro-resende-2-vara-civel>>. Acesso em: 05 de nov. 2018.

algum laço familiar, é muito mais amplo, e inclui toda a comunidade, bem como todos os poderes, legislativo, executivo e judiciário.

Na mesma linha, temos o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS REQUERIDOS PELA GENITORA AOS FILHOS. DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA. NECESSIDADE DEMONSTRADA. ALIMENTANDA IDOSA E DEFICIENTE FÍSICA. INCREMENTO DE DESPESAS PRESUMIDO. QUESTIONAMENTO SOBRE VALOR ARBITRADO NA ORIGEM. TRINÔMIO NECESSIDADE, DISPONIBILIDADE, PROPORCIONALIDADE ATENDIDO. SENTENÇA MANTIDA. O dever de mútua assistência entre pais e filhos encontra-se inscrito na Constituição da República, art. 229, bem como no Código Civil, artigos 1.694 e 1.696. Enquanto a norma constitucional enfatiza o dever de proteção no caso de "velhice, carência ou enfermidade", a legislação civil confere aos pais o direito a pensão "de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social". Em relação aos parâmetros para o arbitramento de pensão, atende-se ao já conhecido trinômio necessidade, disponibilidade e proporcionalidade (Código Civil, art. 1.694, § 1º). Ainda que não aporem aos autos documentos que indiquem o valor das despesas médicas, deve-se presumir (CPC, art. 374, I) o incremento de gastos ordinários de pessoa idosa e portadora de grave problema de saúde. Dessa feita, estando comprovadas a idade, a condição de saúde e a percepção de ganhos de limitada monta, tem-se por demonstrada a necessidade de recursos, restando ao magistrado avaliar, no caso de pedido de alimentos, a disponibilidade de recursos do demandado. São elementos suficientes ao arbitramento de pensão, que deve ser arbitrada em observância ao princípio da proporcionalidade.³³

No caso acima, temos um recurso de apelação cível interposto pela filha contra sentença proferida na Vara de Família da comarca de Itajaí, que condenou os descendentes (requeridos) ao pagamento de alimentos no montante de 20% do salário mínimo à sua mãe. A sentença de piso reconheceu a obrigação alimentar devida pelos filhos ao seu genitor.

A Autora (ascendente) interpôs o recurso por entender que a quantia deveria ter sido fixada em percentual maior, devido a sua condição de pessoa idosa e por ter amputado a perna direita, sendo cadeirante, mencionando, para tanto, que as filhas possuem condições financeiras que as permitem pagar os alimentos em percentual superior. Em sede de contrarrazões a filha alegou a sua renda era modesta e que não teria condições como imputou a genitora na apelação, além disso seguiu aduzindo que a Apelante, sua genitora, não havia juntado aos autos comprovantes das despesas médicas.

No voto proferido pelo desembargador Sebastião César Evangelista ficou entendido que o direito de pensão tem embasamento no dever de mútua assistência entre pais e filhos, previsto na lei constitucional e na lei civil, e embora a Recorrida não tenha juntado os mencionados comprovantes de despesas, entendeu que tem-se por presumido o incremento dessas despesas

³³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº. 0308092-24.2015.8.24.0033. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Sebastião César Evangelista. Julgado em: 30 de nov. 2017. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533870602/apelacao-civel-ac-3080922420158240033-itajai-0308092-2420158240033?ref=serp>>. Acesso em: 05 de nov. 2018.

em razão da idade e da condição de saúde da genitora e não acolheu a tese de insuficiência financeira para pagar percentual maior de alimentos. Assim, negou provimento ao recurso.

Podemos extrair do julgamento mencionado um tratamento diferenciado a pessoa na condição de idosa, a qual já se presume uma maior necessidade de amparo, no caso ora discutido material, mas entendemos que não devemos restringi-lo a auxílio de caráter puramente econômico, mas também emocional e afetivo.

3 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA DO DESCENDENTE

Inicialmente, temos que a sucessão consiste na transmissão do patrimônio do sujeito falecido para pessoas vivas que guardam algum vínculo com o *de cuius*. Integram esse patrimônio uma universalidade de direitos e obrigações, também entendidos como créditos e débitos.³⁴

Essa é a sucessão denominada *causa mortis*, compreendida por Maria Helena Diniz³⁵ como “meio de aquisição pelo herdeiro, a título universal ou particular, do patrimônio do *de cuius*, passando aquele a ocupar a situação jurídica deste último, na relação de direito.”

O Código Civil traz as duas espécies existentes de sucessão no ordenamento brasileiro. Nesse sentido, dispõe o artigo 1.786 que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.”. Daí a doutrina passou a chamar de sucessão legítima (opera-se pela lei) e sucessão testamentária (opera segundo a vontade do *de cuius* prevista em testamento).

Nesse espeque, ensina Carlos Roberto Gonçalves³⁶ que “quando se dá em virtude da lei, denomina-se sucessão legítima; quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo, chama-se *sucessão testamentária*.”

Assim, a sucessão legítima, também denominada *ab intestato*, é aquela operada através da lei, na oportunidade de inexistência, vícios de validade (nulidade ou anulabilidade), ou caducidade do testamento. Portanto se o *de cuius* não deixa testamento, o seu patrimônio será transferido para as pessoas indicadas na lei, observada a ordem de vocação hereditária.³⁷ No presente trabalho, o nosso foco será na sucessão legítima do descendente.

Ensina Maria Helena Diniz³⁸ que “predomina, na tradição do nosso direito das sucessões, a sucessão legítima, em razão da marcante influência do elemento familiar na formação desse ramo do direito entre nós. A sucessão legítima é a regra, e a testamentária, a exceção.”

A sucessão legítima será regida nos moldes que a lei determinar, logo, serão chamados a suceder aqueles que o ordenamento indica como autores da herança, prevendo também uma ordem preferencial entre eles, a chamada ordem de vocação hereditária. Em linhas históricas,

³⁴ CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 8 Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 6-7

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. Vol 6: Direito das Sucessões. 33 ed- São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2019. p. 26

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol 7: direito das sucessões**. 11 ed- São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. p. 42

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. Vol 6: Direito das Sucessões. 33 ed- São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2019. p. 27

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. Vol 6: Direito das Sucessões. 33 ed- São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2019. p. 29

como mencionado acima, esta espécie sucessória sempre foi a forma mais comum e por razões costumeiras e culturais o testamento nunca foi muito utilizado pela nossa sociedade.³⁹

3.1 NOÇÕES GERAIS

A palavra “suceder” deriva do latim *succedere*⁴⁰, traduzida para o português como sobrevir, substituir, assumir, ou seja, nos remete a uma noção de ocupar um lugar de outro, de troca de titularidades. Nesse sentido, Salomão Araujo Cateb⁴¹ assevera que "transmite a palavra a ideia de afastamento de pessoa, de relações jurídicas e, em seu lugar, a continuação por outra em todos os deveres e direitos.”

A legislação pátria, de forma harmoniosa, trata da sucessão em virtude de lei e da sucessão testamentária, sendo esta oriunda de livre e espontânea vontade do autor do patrimônio, que tem a intenção de beneficiar pessoas de sua escolha, seja por gratidão, amor, afeição ou qualquer outro sentimento, enquanto aquela não decorre de vontade do autor da herança, não dependendo de sua ação ou intenção.⁴²

Desde o Direito Romano a sucessão legítima era instituto tratado pelos sistemas jurídicos. A diferença precípua reside no fato que naquele período a questão sucessória estava ligada à religião e à propriedade privada. Na contemporaneidade a sua verdadeira âncora é o próprio Direito das Sucessões.⁴³

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁴⁴, "a herança é o conjunto de relações jurídicas, ativas e passivas, patrimoniais pertencentes ao falecido e que foram transmitidas aos seus sucessores, por conta de sua morte, para que sejam partilhadas.:

O direito à herança constitui garantia fundamental prevista no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol 7: direito das sucessões**. 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.. p. 42.

⁴⁰ CIÊNCIA. In: Dicio, Dicionário Online de Português, definições e significados de mais de 400 mil palavras. Todas as palavras de A a Z. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/suceder/>>. Acesso em: 11 de jun. 2019.

⁴¹ CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 8 Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 3

⁴² CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 8 Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 10-11

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.p. 261

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 69

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXX - é garantido o direito de herança;

O artigo 1º do Código Civil preceitua que toda e qualquer pessoa é capaz de contrair direitos e deveres na ordem civil, isto é, sendo investido da qualidade de pessoa, o sujeito possui aptidão genérica para titularizar direitos e assumir obrigações na esfera civil.⁴⁵ Dando continuidade, o artigo 2º do mencionado diploma define que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, entretanto, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”⁴⁶

O direito à herança é titularizado pelos herdeiros legítimos, sendo estes divididos em necessários e facultativos. Primeiramente, os herdeiros necessários, também denominados de reservatários e obrigatórios⁴⁷, são, nos termos do artigo 1.845 do Código Civil, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Nessa categoria surge a polêmica dos companheiros e, em que pese não ser objeto do nosso trabalho, faremos um breve comentário acerca do assunto.

Sobre o tema, o artigo 1.790 da Lei Civil previa que a companheira ou companheiro teriam direito de participar da sucessão um do outro com relação aos bens adquiridos à título oneroso durante a constância da união estável em algumas condições : i) havendo concorrência com os filhos comuns, será titular de uma quota equivalente àquela atribuída ao filho; ii) havendo concorrência com os descendentes do autor da herança, terá direito a cinquenta por cento do que couber a cada um deles; iii) no caso de concorrência com demais parentes da linha sucessória, será titular de um terço da herança; iv) por fim, se não houver parentes sucessíveis, então terá direito à toda a herança.⁴⁸

Todavia, em 10 de maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o referido artigo 1.790 após o julgamento, com repercussão geral, dos Recursos Extraordinários nº. 878.694/MG (Tema 809) e nº. 646.721/RS (Tema 498). A decisão acerca da

⁴⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 2017. p.156

⁴⁶ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 de set. 2018.

⁴⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 2017. p.462

⁴⁸ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 de set. 2018.

inconstitucionalidade foi tratada no Informativo nº. 864, publicado em 22 de maio de 2017, no qual a Corte entendeu que:

a Constituição prevê diferentes modalidades de família, além da que resulta do casamento. Entre essas modalidades, está a que deriva das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva. Frisou que, após a vigência da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996). O Código Civil, no entanto, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Dessa forma, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração. O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso.⁴⁹

O fundamento para não constitucionalidade do artigo 1.790 pautou-se, principalmente, na violação de princípios constitucionais, de modo que o Código Civil ao desequiparar o casamento da união estável para fins sucessórios, estaria agindo em retrocesso e valorando uma hierarquia entre as formas de família, o que é integralmente contrário ao princípio da pluralidade da entidade familiar. A família, quer seja formada pelo casamento, seja pela união estável deve ser tutelada sem distinção pelo ordenamento.

A posição da Suprema Corte nos parece um avanço na garantia da pretendida sociedade justa, livre e igualitária, na medida que equiparou o cônjuge ao companheiro para fins de sucessão, inclusive no caso de união homoafetiva. Nas palavras de Flávio Tartuce⁵⁰: “como se pode perceber, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal resolveram um aspecto importante, qual seja a retirada do art. 1.790 do Código Civil do sistema sucessionista nacional.”

Além dos herdeiros necessários, legislação civil, como mencionado, prevê a figura do herdeiro facultativo, ocupando essa categoria os parentes colaterais do *de cuius*.⁵¹

Seguindo o objetivo do presente trabalho, nos valeremos dos herdeiros necessários para fins dos assuntos aqui tratados, considerando que nossa problemática envolve o instituto da

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Informativo nº 864. Brasília, Publicado em: 22 de mai. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>>. Acesso em: 23 de mai. 2019.

⁵⁰ TARTUCE, Flávio. **Família e Sucessões: STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?**. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>. Acesso em: 22 de mai. 2019.

⁵¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 2017. p. 462

deserdação, que em simples definição consiste em “privar um herdeiro necessário de sua legítima”.⁵²

Temos na figura do herdeiro obrigatório um sucessor universal privilegiado, pois presume-se que essa posição deriva de uma relação de afeto, onde existe um dever de amparo do autor da herança para com seus familiares próximos (ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro).⁵³

3.2 ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

A lei se ocupou de estabelecer, dentre os autores da herança, quem deverá suceder na chamada ordem de vocação hereditária, formada pelos herdeiros necessários e colaterais. Portanto, é estabelecida uma ordem entre os sucessores no caso de o *de cujus* não ter deixado testamento ou tendo deixado, este não tiver condições de ser cumprido. Conforme preleciona Silvio Venosa, “a ordem de vocação hereditária fixada na lei vem beneficiar os membros da família, pois o legislador presume que aí residam os maiores vínculos afetivos do autor da herança”.⁵⁴

A sucessão ocorrerá segundo a ordem de vocação hereditária, fixada na lei civil ou segundo o ato de última vontade disposto em testamento. Na sucessão legítima a lei determina que primeiramente serão chamados a suceder os descendentes, na sua inexistência, os ascendentes, em seguida o cônjuge ou companheiro (embora não conste expressamente no artigo, o STF já o equiparou ao cônjuge, para fins sucessórios) e, por fim, os colaterais (até o quarto grau).

Dispõe o diploma civil, em ordem preferencial:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. Vol 6: Direito das Sucessões. 33 ed- São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2019. p. 462

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. Vol 6: Direito das Sucessões. 33 ed- São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2019. p. 464

⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 117

IV - aos colaterais.

Com a leitura do dispositivo acima e com o que já fora exposto, resta evidente que os descendentes preferem aos demais sucessores legítimos, ocupando o primeiro lugar na ordem de vocação hereditária. Seguindo a regra de que os mais próximos excluem os mais remotos, isso implica dizer que os ascendentes, cônjuge sobrevivente (ressalvada a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes e ascendentes) e colaterais só serão chamados a suceder caso não haja nenhum descendente, seja a que grau for.

3.3 HIPÓTESES DE EXCLUSÃO

Como mencionado no tópico anterior, o direito à herança constitui garantia fundamental prevista no rol dos direitos e garantias fundamentais inaugurados com a Constituição Cidadã de 1988, e como tal, é de se esperar que a exclusão do titular ao gozo desse direito fundamental, implicará requisitos e condições mínimas, assim ensina Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald.⁵⁵

Mas o que seria, portanto, suficiente para retirar uma garantia constitucional do indivíduo? Carlos Roberto Gonçalves⁵⁶ paira que a questão sucessória envolve afeição, respeito e gratidão:

A sucessão hereditária assenta em uma razão de ordem ética: a afeição real ou presumida do defunto ao herdeiro ou legatário. Tal afeição deve despertar e manter neste o sentimento da gratidão ou, pelo menos, do acatamento e respeito à pessoa *de cujus* e às suas vontades e disposições.

Portanto, para ocorrer o afastamento de um herdeiro da sucessão, espera-se, pela ordem ética, que deve haver um rompimento dessa afeição e gratidão, seja pela prática de atos de desprezo para com o *auctor hereditatis*, ou até de conduta delituosa contra este.⁵⁷

O ordenamento civil trouxe duas hipóteses de exclusão da sucessão, são elas a indignidade e a deserdação. As causas de uma ou de outra em muito se assemelham e nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves⁵⁸, ambas possuem “a mesma finalidade, qual seja, excluir da sucessão

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. P.188.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol 7: direito das sucessões**. 10 ed- São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 113

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol 7: direito das sucessões**. 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.. p.113

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol 7: direito das sucessões**. 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. p.433

quem praticou atos condenáveis contra o *de cuius*.” Entretanto, essas formas não se confundem, diferenciam-se principalmente no tocante à quem pretende excluir o herdeiro repugnante, ou seja, quem tem legitimidade para tanto. No caso da deserdação é um direito do próprio autor da herança enquanto na indignidade são terceiros interessados na herança, por exemplo.

Essa diferenciação é bastante antiga no nosso ordenamento, como podemos ver do julgamento do Recurso de Apelação Cível abaixo, datado em 1979:

HERANÇA - DESERDAÇÃO E EXCLUSÃO POR INDIGNIDADE -
DISTINÇÕES - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.595 DO CC [ART. 1.814, CC/2002] -
AÇÃO PARA EXCLUIR O PAI DO DE CUJUS- IMPROCEDÊNCIA -
APELAÇÃO IMPROVIDA. Deserdação e exclusão da sucessão por indignidade são institutos que não se confundem. A deserdação depende de ato da vontade do autor da herança. A exclusão da sucessão por indignidade é disciplinada no art. 1.595 do CC [art. 1.814, CC/2002].⁵⁹

A deserdação, como só pode ser praticada pelo autor da herança, via testamento, precisa ser motivada por atos ocorridos em sua vida, em contraponto, sendo a indignidade praticada por terceiros interessados na herança, é possível que seu fundamento esteja em atos ocorridos posteriormente a morte do autor da herança, entende Orlando Gomes⁶⁰. Ou seja, os fatos que fundamentam a deserdação precisam ter ocorrido enquanto o testador ainda é vivo, já no caso da indignidade, é possível que ocorra um fato que justifique tal instituto depois da morte do autor da herança.

O sujeito hábil a ser excluído da sucessão através da indignidade, pode ser qualquer herdeiro legítimo, isto é, obrigatório ou facultativo, bem como pode ser um herdeiro testamentário. Ao falarmos de deserdação, o deserddado somente poderá ser herdeiro necessário.

Concordamos com Rolf Madaleno no sentido que, na atualidade, vemos a cada dia com mais frequência o alijamento dos filhos, tanto na esfera física e afetiva quanto na esfera de assistência. Alijar um genitor é suficiente para afastar seu descendente da legítima. Muitos códigos preveem como hipótese de deserdação a ausência continuada da relação familiar. Nesse ponto, deserddar seria um dos instrumentos mais úteis para castigar e até mesmo prevenir essa ausência dos filhos.⁶¹

⁵⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 8.810. Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Fonseca Passos. Julgado em: 7 de jun. 1979. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1278>. Acesso em: 05 de nov. 2018.

⁶⁰ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012. p.240.

⁶¹ MADALENO Rolf. **Direito de Família**. 8 Ed. rev., atual. e apl. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2018. p. 672-674.

3.3.1 Indignidade

A palavra indignidade, etimologicamente, nos remete ao contrário do que é digno, e nesse sentido abarca diversas possibilidades como atos vis, desrespeitosos, repudiáveis, reprováveis, enfim, uma série de condutas contrárias ao que se espera de um padrão ético pautado na boa fé das relações, especialmente afetuosas.

A indignidade permeia em algumas relações civis além da relação sucessória aqui tratada. No campo do Direito de Família, pode resultar na perda do direito aos alimentos, conforme o artigo 1708 do Código Civil, bem como ocorre na doação, onde é possível a revogação do contrato quando o donatário age com ingratidão perante o doador. Nas relações sucessórias, a indignidade retira do sucessor a sua vocação hereditária.⁶²

Consoante os ensinamentos de Orlando Gomes⁶³ “considera-se indigno o herdeiro que cometeu atos ofensivos à pessoa ou à honra do *de cuius*, ou atentou contra sua liberdade de testar, reconhecida a indignidade em sentença judicial”. Assim, os atos indignos são tidos como reprováveis não só no plano real; no plano concreto, mas se a sentença judicial reconhece tal hipótese, eles também serão reprováveis no plano jurídico, trazendo, como se espera, uma consequência jurídica: a exclusão da sucessão.

Nesta linha, melhor explica Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁶⁴ que entendem que a indignidade é uma forma de sanção que se aplica a um sucessor, seja herdeiro ou legatário, devido a uma conduta por ele praticada que é reputada com alto grau de reprovabilidade, tanto jurídica quanto social, que demonstra desafeto do indigno com o autor da herança.

Como abordado em tópicos anteriores, com a promulgação da Constituição Federal em 1988 passamos a incluir valores de ordem moral, afetiva e solidária no nosso ordenamento, e isso acaba por impactar e intensificar ainda mais a proteção legal entre as relações pessoais, passamos a adotar uma perspectiva mais humanitária. Esse ponto se vincula intrinsecamente ao instituto tratado no presente tópico, afinal o indigno viola justamente essa moralidade, afetividade e solidariedade que esperamos dos cidadãos. A indignidade é grave a ponto de servir como mecanismo de exclusão de um direito fundamental do indivíduo.

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.158

⁶³ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.. p. 31

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.158

A doutrina de Luiz Paulo Vieira de Carvalho⁶⁵ conceitua a indignidade como uma sanção “imposta ao sucessor que cometeu graves atos ofensivos à pessoa, à honra e aos interesses do hereditando ou seus familiares”. Acabamos, assim por entrar na esfera subjetiva do indivíduo, não podemos olhar as situações indignas sob uma perspectiva objetiva.

A exclusão da herança, em seus modelos previstos, nos parece funcionar como uma forma de punição de um sujeito que não age com respeito, gratidão nem afeto com o autor da herança que aquele pretende suceder. Por evidente resta que não é qualquer ato desrespeitoso ou desafetuoso capaz de excluir o indivíduo, a contrário modo, permitiria-se a banalização do instituto. Devido a isso, o diploma civil elenca nos seus dispositivos em quais hipóteses poderia ocorrer a supressão do indigno.

Nos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira⁶⁶, “reside o fundamento ético da indignidade em que repugna à ordem jurídica, como à moral, venha alguém extrair vantagem ao patrimônio de pessoa a quem ofendeu, além de constituir motivo que previne e pune o ilícito herdeiro.” Notamos que quando a lei prevê situações hipotéticas que autorizam a exclusão do herdeiro necessário da vocação hereditária, há uma dupla finalidade: punir e prever o ato social e juridicamente renegado.

O Código Civil, enumera, taxativamente, no artigo 1814 as hipóteses de indignidade, Caio Mário da Silva Pereira⁶⁷ acrescenta, ainda, que além de *numerus clausus* a enumeração legal, são raras as hipóteses de sua incidência.

Nesta vereda, são indignos de suceder, conforme dispõe o artigo 1.814 da Lei Civil: a) quem houver sido autor, coautor ou partícipe em homicídio doloso ou tentativa deste contra o *auctor hereditatis*, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; b) aquele que acusar de forma caluniosa em juízo o autor da herança, ou incorrer em crime contra a sua honra, de seu cônjuge ou companheiro; c) os que por violência, ou meio fraudulento, inibiu ou obsteu a pessoa de cuja sucessão se tratar, de dispor livremente sobre seus bens em testamento ou codicilo.

Em todos os casos, para que a exclusão se opere não basta simplesmente que a hipótese fática tenha se concretizado, faz-se necessário processo judicial que reconheça a indignidade em

⁶⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 2017. p.235

⁶⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Vol. VI. 20 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013. p. 32

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Vol. VI. 20 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013. p. 31

sentença, conforme preleciona o artigo 1815 do Código Civil: “A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença”.

A exclusão do herdeiro não poderia ser arbitrária e à critério dos interessados na exclusão do indigno, o reconhecimento em sentença garante que os princípios da ampla e defesa e contraditório possam ser observados, afinal, é possível que o suposto indigno faça prova se sua dignidade. Enquanto não houver trânsito em julgado, o herdeiro será detentor da posse dos bens hereditários. O reconhecimento da exclusão por indignidade, em sentença, possui efeitos *ex tunc*, de modo que passa a se considerar que o excluído nunca assumiu a posição de sucessor legítimo.⁶⁸

No tocante aos efeitos da indignidade, não há maiores implicações: ocorrerá a exclusão do indigno, que por sua vez, será considerado como se pré-morto fosse, e seus descendentes, se houverem, poderão suceder no seu lugar. Além disso, a exclusão retira também o seu direito ao usufruto e à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.⁶⁹

Nesse sentido, conclui Rolf Madaleno⁷⁰ que “a pena de indignidade considera o excluído da sucessão como se morto fosse. Seus descendentes o sucedem, porque a pena é individual e não se pode transmitir. Trata-se de evidente sobrevivência do instituto da morte civil do direito intermédio.”

3.3.2 Deserdação

A deserdação é um instituto do direito das sucessões que confere ao autor da herança a prerrogativa de excluir um herdeiro necessário da sua sucessão. Tal direito é conjecturado pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde que esteja previsto em testamento que um determinado herdeiro não sucederá aos bens a que teria direito, nos termos da lei.

Assevera Orlando Gomes⁷¹ que a “deserdação é a privação, por disposição testamentária, da legítima do herdeiro necessário”. Verifica-se, pois, que a deserdação consiste no direito

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Vol. VI. 20 Ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2013. p. 37

⁶⁹ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 de set. 2018., art. 1816, parágrafo único.

⁷⁰ MADALENO Rolf. **Direito de Família**. 8 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2018. p. 128

⁷¹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012. p.239

titularizado pelo autor da herança de excluir, através de testamento, herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e o cônjuge).

Como ato privativo, realizado através de testamento e com a declaração expressa da vontade de excluir um herdeiro necessário, vale observar que esse direito exclusão decorre de ato rejeitável praticado pelos mencionados herdeiros, devendo ser demonstrado e acolhido, posteriormente, pelo juiz.⁷²

Alguns países aboliram a deserdação do seu ordenamento, prevendo somente o instituto da indignidade. Contudo, é importante frisar que esses institutos, como já mencionado anteriormente, embora tenham uma finalidade muito próxima, não se confundem. Inicialmente porque, conforme leciona Orlando Gomes⁷³, a deserdação é regulada pela sucessão testamentária, enquanto a indignidade é regulada, por sua vez, pela sucessão legítima.

Além disso, a indignidade, que também é regulamentada no Código Civil, “é o afastamento da herança decorrente de decisão judicial, em ação aforada pelos interessados no recebimento da herança”⁷⁴, e não pelo próprio autor da herança.

Vale destacar que em ambos os casos é preciso que o juiz conceda os institutos em observância à realidade concreta, somente a declaração de vontade dos legitimados em proceder com a exclusão não é suficiente.

A deserdação, como só pode ser praticada pelo autor da herança, ora testador, precisa ser motivada por atos ocorridos em sua vida.⁷⁵ Ou seja, os fatos que fundamentam a deserdação precisam ter ocorrido enquanto o testador ainda é vivo.

Ainda discorrendo sobre o conceito da deserdação, Giselda Maria Fernandes Hironaka⁷⁶ ensina que:

Tanto os herdeiros como os legatários podem ser excluídos quer do quinhão hereditário quer do bem ou bens a que façam jus, respectivamente, porquanto legitimados a suceder, sempre que tiverem cometido um ato que a lei considera indigno de alguém que sustente a condição de sucessível.

⁷² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.180.

⁷³ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012. p.239

⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.180.p. 182.

⁷⁵ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012. p. 240.

⁷⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007, p.367.

Ou seja, até aqui podemos concluir que através da deserdação, os herdeiros podem ser excluídos da sucessão por ato de vontade do próprio autor da herança, contudo veremos pelas razões que serão a seguir delineadas que o ato de vontade não é suficiente, por si só, para excluir tais herdeiros. Faz-se necessária a observância de alguns pressupostos para que a deserdação possa surtir plenamente seus efeitos.

Assim, importa dizer que para que a deserdação seja possível, é necessário que haja(m) herdeiro(s) necessário(s), que seja feita via testamento válido e deve, por fim, haver o apontamento de uma causa.⁷⁷

Dando seguimento a esse entendimento, destrinchando os requisitos, tem-se primeiramente que só é possível a deserdação daqueles herdeiros necessários. Além disso, como a deserdação é um ato privativo do autor da herança, somente este pode, através do testamento, requerer a deserdação, não sendo cabível nenhuma outra forma de efetivá-la. Neste ato, deve ser indicada a motivação do testador. E por fim, faz-se necessário a aprovação do juiz, devendo este atentar para a correspondência do motivo imputado ao herdeiro necessário com as hipóteses legais previstas no Código Civil. Todos esses elementos devem estar reunidos numa ação, chamada de ação de deserdação, que se submete ao procedimento comum ordinário.⁷⁸

O Código Civil reservou um capítulo do seu diploma para tratar da deserdação, elencando os requisitos necessários para o exercício desse direito. São eles: 1- existência de herdeiros necessários (art. 1.961, Código Civil); 2- testamento válido (art. 1.964, Código Civil); 3- indicação da conduta deserdativa (art. 1.962 e 1.963, Código Civil); 4- comprovação judicial em ação ordinária de deserdação (art. 1.965, Código Civil).

O requisito existência de herdeiros necessários (legitimários) se justifica na medida em que, como são herdeiros obrigatórios, eles são titulares do direito fundamental à herança e só podem, portanto, serem excluídos em casos específicos e autorizados pela lei. Vale a pena acrescentar que a deserdação é o único meio previsto em lei para afastar os herdeiros necessários da sucessão.⁷⁹

Neste passo ensina Orlando Gomes⁸⁰:

⁷⁷ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012. p.240.

⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.183-192.

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol 7: direito das sucessões**. 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. p. 435.

⁸⁰ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012. p. 240.

Esse direito se exercer unicamente contra os descendentes, ascendentes e o cônjuge do autor da herança quanto à sua legítima. Se o testador não tem herdeiros legítimos, pode dispor livremente de seus bens, não precisando declarar os motivos de não ter contemplado herdeiros que seriam chamados à sucessão se porventura falecesse intestado. [...] O primeiro pressuposto da deserdação é, pois, a existência de herdeiros necessários.

Seguindo a esteira, prevê o artigo 1.961 da Lei civil que “Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.”

Além da existência de herdeiros necessários, conforme exposto alhures, o ato de deserdar precisa ser expresso em testamento, o que implica na observância de todas as solenidades da lei no que toca a via testamentária. De maneira geral, o testamento é um negócio jurídico, o qual se exige que seja feito de forma escrita, devendo conter, ainda a assinatura do testador, sob pena de inexistência neste último caso.⁸¹

Sublinhe-se que a lei prevê o testamento como o único meio legal admitido para a deserdação, não podendo ser utilizado qualquer outro meio, a exemplo da escritura pública, termo judicial, entre outros. Note-se, ainda, que a deserdação pode ser revogada, isto é, é possível o perdão do sujeito deserdado, contudo, para isso é necessário novo testamento.⁸²

Por conseguinte, é necessário também a indicação, pelo praticante da deserdação, de uma das causas deserdativas, que estão taxativamente elencadas nos artigos 1962 e 1963 do Código Civil. É forçoso ressaltar que essas causas são *numerus clausus*, com isso, não é admitida nenhuma forma de exclusão da herança que não se enquadre em alguma delas, nem mesmo por aplicação de analogia e justamente neste ponto é que o presente trabalho foca na necessidade de inclusão legal de uma hipótese não trazida por este rol.

Por fim e não menos importante, o último pressuposto indispensável é a comprovação judicial em Ação Ordinária de deserdação. Reza o Código Civil no artigo 1.965: “Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.”

A doutrina de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal⁸³ preceitua que:

A privação legitimária, portanto, não decorre de simples ato de imputação deserdativa contida o testamento. [...] é necessária a comprovação judicial de sua veracidade, por meio de sentença prolatada pelo juiz das sucessões, em demanda

⁸¹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.p. 105-106

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol 7: direito das sucessões**. 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. p. 435.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.190

promovida pelo interessado, a quem incumbe o ônus de prova do que se alega, com vistas à exclusão do réu da participação sucessória.

Deste modo, pode se dizer que a exclusão do herdeiro necessário prevista em disposição testamentária tem sua eficácia subordinada a posterior reconhecimento e comprovação perante o juiz da causa autorizativa para deserdar. Na hipótese de não restar comprovada a causa que ensejou a deserdação, o testamento que a prescrevera não irá produzir os esperados efeitos.⁸⁴

Como mencionado, a Lei Civil traz, no seu diploma, as causas deserdativas, que são, por sua vez, taxativas, isto é, não é possível deserdar fora das hipóteses elencadas nos artigos que tratam do tema, os quais veremos aqui.

Configura-se aqui um ponto crucial do problema abordado pelo presente trabalho: o abandono de idosos, pelos seus descendentes, como veremos, não compõe as causas autorizativas da deserdação, o que nos parece carecer de razão pelos motivos que a frente serão expostos e justificados.

De início, é valoroso esclarecer que existe a deserdação do ascendente pelo descendente, é o exemplo da exclusão do pai pelo filho e existe, de modo diametral, a deserdação do descendente pelo ascendente, é o caso da exclusão do filho pelo pai. Para este trabalho, analisaremos sob a ótica da deserdação praticada pelo ascendente em face do descendente.

Os artigos 1962 e 1963 do Código Civil trazem as causas deserdativas e em ambos está expresso, no caput, que além das causas por eles arroladas, também são causas de deserdação aquelas do artigo 1814. Isto é, as causas de Indignidade, que estão previstas no art. 1814, também são causas de deserdação, atentando aqui para a diferença (supra apresentada) desses institutos: a deserdação é ato privativo do autor da herança enquanto a indignidade pode ser praticada por interessados na herança.

Nesta via, o legislador brasileiro optou, expressamente, por estender tais hipóteses às causas deserdativas. Assim, configurada qualquer das hipóteses de indignidade aqui já mencionadas, pode, então, o *auctor hereditatis* deserdá-lo por meio da via testamentária. Note-se que em não o fazendo, não impede que terceiros interessados na sucessão se valham do instituto da indignidade para excluir o indigno.⁸⁵

⁸⁴ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.p. 241 - 242

⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.. p.192

Superadas as causas comuns de indignidade que são estendidas à deserdação, passaremos a tratar agora das causas específicas da deserdação, as quais possuem amparo legal nos artigos 1962 e 1963 do Código Civil.

A primeira hipótese de causa deserdativa é a ofensa física. As ofensas contemplam, de uma forma geral, qualquer grau de agressão, desde que sejam físicas. Não é possível, lastreado nesse inciso, deserdar um sujeito que praticou ofensa moral. O bem que se visa proteger neste caso é a integridade corporal do autor da herança. Sobre o assunto, ensina Carlos Roberto Gonçalves⁸⁶ que a ofensa física ou a sevícia demonstram uma certa imoralidade, na medida que trata de falta de afetividade, de carinho, respeito, e é exatamente por isso que ela justifica a exclusão do herdeiro ofensor.

Assim, tem-se que a ofensa física toca na esfera extrapatrimonial, demonstrando falta de afeto, respeito. Além disso, aqui é desprezível a gravidade da ofensa física, e a condenação do ofensor na seara criminal.⁸⁷

Nessa vereda, complementa Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁸⁸ que “além de desinteressar a gravidade da lesão, também não interessa a existência de sequelas permanentes ou temporárias”. Em breve entendimento, portanto, para incorrer nesta primeira hipótese de causa deserdativa, basta um simples ato ofensivo à integridade física do autor da herança, independentemente de ser essa lesão leve, média ou grave, este ato não precisa ser reiterado, e nem tampouco importa a existência ou não de sequelas, sejam elas permanentes ou temporárias.

A segunda hipótese deserdativa trazida pela Lei Civil consiste na injúria grave que, por sua vez, é um conceito muito visto na seara penal, entretanto, ela transcende a prática dos tipos penais, mais conhecidos como crimes contra a honra, e alcançam as demais searas jurídicas e sociais, caracterizando-se como uma atitude ética e moralmente reprovável, que se concretiza no uso de dizeres e expressões ofensivas e depreciativas contra o autor da herança, que são, por si só, capazes de perturbar o convívio entre as partes.⁸⁹ Em outros dizeres, a injúria grave ofende a dignidade e a reputação do injuriado.

⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol 7: direito das sucessões**. 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.p.438

⁸⁷ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.. p.243

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.. p.193

⁸⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.. p.194

Em sede de recurso especial, o STJ entendeu que a injúria somente poderia autorizar a deserdação se de fato for grave, e essa análise deve ser feita pelo julgador, no caso concreto, vejamos:

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" - NAO 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.

O testador falecido autorizou, no testamento, que os demais herdeiros promovessem a deserdação do herdeiro ora recorrido, providência tomada na data da propositura, na origem, da ação de interdição com a qual se pretende vê-lo excluído da sucessão. Consta que a manifestação, em testamento, do desejo de excluir o filho (recorrido) da sucessão de seus bens deu-se pelo fato de ele ter caluniado e injuriado o pai nos autos de inventário de sua mãe (esposa do falecido), condutas essas que configurariam os crimes de denúncia caluniosa e injúria grave, a autorizar os demais sucessores a providenciar as medidas cabíveis para afastá-lo da sucessão dos bens que porventura lhe coubessem por ocasião da partilha do acervo patrimonial. [...] Observa que, conforme alude o art. 1.744, II, do CC/1916, nem toda injúria poderia dar ensejo à deserdação, senão aquela que seja, de fato, grave, intolerável e caracterizada pelo *animus injuriandi*. [...] Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso.⁹⁰

No presente Recurso, o recorrente propôs ação de deserdação em face de seu irmão, ora recorrido, sob o fundamento que seu genitor teria manifestado em testamento a vontade de excluir da sucessão o filho (recorrido), pois este teria lhe caluniado e injuriado no processo de inventário de sua esposa. O juízo *a quo* julgou improcedente o pleito.

O Recorrente, na oportunidade, interpôs recurso de apelação, que foi julgado improcedente pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A Turma negou provimento ao recurso e seguindo o voto de relatoria do ministro Massami Uyeda, entendeu-se que nem toda injúria é suficiente para dar ensejo à deserdação, mas somente aquela fatalmente grave e intolerável, eivada de *animus injuriandi*.

A injúria grave consiste na presença de elementos que discriminam a etnia, cor, sexualidade, opção religiosa, moral e filosófica, bem como prática de condutas que inferiorizem e

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.185.122. Recorrente: Carlos Ernanny de Mello e Silva. Recorrido: Drault Ernanny de Mello e Silva Filho. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, DJe 02 mar. 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18447069/recurso-especial-resp-1185122-rj-2010-0047028-8?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 de nov. 2018

minimizem o indivíduo por questões físicas, condições de saúde e afins.⁹¹ Como o próprio instituto induz, não está se falando aqui de uma simples injúria, mas sim de uma grave, afinal, não é todo e qualquer ato capaz de justificar a exclusão do herdeiro, ensina Orlando Gomes.⁹²

Também justifica a exclusão do herdeiro necessário, a ocorrência de relações ilícitas entre o descendente e a sua madrasta ou padrasto, bem como a relação ilícita do ascendente com o cônjuge ou companheira do filho(a) ou do neto(a). Não restam dúvidas que aqui o legislador teve a intenção de proteger o núcleo familiar. Nas lições de Carlos Roberto Gonçalves⁹³, essa causa excludente de herdeiro necessário, corrobora como um castigo imposto ao ascendente ou descendente por abalar o equilíbrio e paz do ambiente familiar, agindo de forma desrespeitosa com o seu descendente ou ascendente, respectivamente. Observe-se que o dispositivo não especifica a relação, se sexual ou não por exemplo, mas fala em “ilícitas”.

A próxima causa prevista no Código Civil é o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. Essa hipótese trata-se de um ato de difícil comprovação na prática, posto que como a deserdação exige declaração expressa via testamento, e sendo o testamento negócio jurídico que exige a capacidade do testador, para que o ascendente desassistido que possui alienação mental ou grave enfermidade possa praticar o ato de deserdar, é preciso, indubitavelmente, que este tenha recuperado a sua capacidade. O que ocorre nessa hipótese é um desamparo por parte do descendente, que pode ser tanto uma falta de assistência financeira, afetiva ou moral. Claro que se o herdeiro (descendente) carece de condições financeiras, seria justificável sua não assistência.⁹⁴

Nesta esteira, o herdeiro necessário deve ter conhecimento das situação grave em que se encontra o autor da herança, deve, ainda, dispor de condições pessoais e materiais para prestar assistência, e por fim, o titular da herança, ora descendente desamparado, não tenha condições de se manter sozinho. É cediço, inclusive aqui tratado, que as relações familiares englobam, no seu âmbito, a solidariedade familiar. E é a ruptura e o descaso com essa tal solidariedade familiar o fundamento que embasa a hipótese deserdativa ora tratada. Pode-se entender como uma forma de se punir aqueles herdeiros que se portaram indiferentes à frágil situação

⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.194-195

⁹² GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012. p. 244

⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol 7: direito das sucessões**. 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. P. 440.

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol 7: direito das sucessões**. 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017. P. 440.. p. 441.

(alienação mental ou grave enfermidade) seus familiares.⁹⁵ Note-se que o desamparo ocorre não somente na esfera patrimonial e econômica, mas também na esfera moral do titular da herança.

A título complementar, importante para a lógica que se pretende alcançar com o presente trabalho, cumpre ressaltar que a Magna Carta brasileira traz no bojo de alguns dos seus dispositivos, a exemplo do artigo 230, um cuidado especial para com as pessoas da terceira idade, a exemplo do dever do filho de amparar o pai tanto na velhice, quanto na carência, bem como nas enfermidades.

Tudo que falamos acima, acerca do desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, é aplicável à hipótese do desamparo do descendente nas mesmas condições.

No cerne dos efeitos produzidos pela deserdação, resta evidente que o efeito primeiro é a exclusão do herdeiro necessário da sucessão, afinal, é exatamente para essa finalidade que esse instituto é utilizado. Em tese, os efeitos da deserdação, alcançam tão somente o sujeito que tenha praticado algum dos atos repugnantes e que tenha sido alvo de escolha de exclusão por parte do autor da herança. Com isso compreende-se que tais efeitos são pessoais, não podendo alcançar pessoa diferente do herdeiro culpado. Incide aqui a máxima do *nullum patris delictum innocenti filio poena est*: nenhum crime atribuído ao pai pode prejudicar o filho.⁹⁶

Na hipótese de o testamento vir a ser declarado nulo, a deserdação, acompanhada dos seus efeitos também serão inválidos. Com isso, o sujeito continua ocupando a sua posição de herdeiro legítimo obrigatório e não será excluído da sucessão. Como já mencionado no presente trabalho, no entanto, os interessados em sua exclusão poderão ajuizar ação de indignidade por outras causas previstas em lei que entenderem se encaixar no caso em apreço, ou pela mesma causa que estava contida no testamento contra o herdeiro que seria deserddado mas não o foi pela nulidade do ato de disposição de última vontade.

3.3.3 Aceitação e renúncia

⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 197

⁹⁶ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012. p. 244

O artigo 1.784 do Códex Civil traz uma regra de transmissão imediata da herança: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Como o evento morte determina a abertura da sucessão, essa, quando aberta, ocorrerá a transferência automática do patrimônio do *de cujus* para os seus sucessores. Isso ocorre devido ao princípio de *saisine* ou *droit de saisine*, que se trata de uma ficção jurídica criada pelo legislador.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁹⁷ ressaltam que essa transmissão não depende de manifestação de vontade do herdeiro. Uma vez operada essa transmissão automática, surge para o herdeiro duas opções: aceitar ou renunciar o que lhe foi transmitido. Afinal, a herança é um direito subjetivo, e ninguém pode ser herdeiro contra sua vontade.

Desse modo, o sujeito que tem direito à herança pode, livremente, optar por aceitá-la, incorporando o que é seu por direito ao seu patrimônio, ou pode optar por renunciar seu direito, rompendo com a relação jurídica sucessória.

A partir da aceitação temos um ato confirmativo da transmissão hereditária, ou seja, a transmissão se torna definitiva. De outro lado, com a renúncia, temos um ato volitivo do sucessor no sentido de não manter o direito hereditário recebido através da transferência automática.⁹⁸

A aceitação da herança consiste em ato de declaração de vontade do herdeiro em receber a herança. Nas lições de Orlando Gomes⁹⁹:

Aceitação é o negócio jurídico pelo qual o herdeiro, legítimo ou testamentário, adquire concretamente o direito à herança, transmitida *ipso jure* com a abertura da sucessão. Declarando a vontade de recolher a herança, confirma o herdeiro a transmissão efetuada *ex vi legis*.

Como ensinado por Salomão de Araujo Cateb¹⁰⁰, "podem aceitar ou renunciar todas as pessoas que têm a livre administração de seus bens, como regra geral. Os absolutamente incapazes, por exemplo, não podem exercer esse ato por si mesmos, tornando-se necessária a representação legal."

Aberta a sucessão, o herdeiro, seja legítimo ou testamentário deve manifestar-se no sentido de aceitar ou não a herança. Por meio da aceitação, temos então um ato jurídico volitivo, praticado por quem de direito a receber a parcela hereditária do patrimônio do *de cujus*.

⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 213

⁹⁸ CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 8 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 194 -212

⁹⁹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.p. 22

¹⁰⁰ CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 8 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 53- 54.

Ainda nos dizeres de Salomão Cateb¹⁰¹, a aceitação pode ser expressa ou tácita, nesta o herdeiro manifesta seu aceite através de documento por escrito, enquanto naquela ele pratica atos próprios da qualidade de herdeiro com intenção de aceitar a herança.

Em contraponto, a renúncia consiste em ato jurídico unilateral praticado pelo herdeiro, através do qual ele expressamente se manifesta no sentido de que não aceitará a herança. Uma vez renunciado do seu direito, o herdeiro passa a ser considerado como se nunca tivesse assumido essa qualidade.¹⁰² Por esse motivo, dizemos que a renúncia tem efeito *ex tunc*.

A renúncia implica, ainda, na devolução do quinhão do renunciante para os demais herdeiros da mesma classe.¹⁰³ Assim, se o autor da herança possuía cinco descendentes e um declara sua vontade de não herdar, os outros quatro filhos ficarão com a sua quota parte.

Além dessas duas formas de aceitação, outros doutrinadores, à exemplo de Luiz Paulo Vieira de Carvalho, trazem ainda o tipo presumido. Nessa modalidade, nos termos do artigo 1.807 da Lei Civil, decorrido o prazo fixado pelo magistrado para dizer se aceita ou renuncia, sem qualquer pronúncia do interessado, o silêncio passa a ser considerado como confirmação da vontade de adquirir a herança.¹⁰⁴

Ou seja, falecendo o autor da herança, opera-se o princípio de *saisine*, e haverá a transferência automática dos bens a quem de direito, contudo, vige uma certa temporariedade nessa titularidade dos sucessores, de forma que eles precisam manifestar sua vontade em aceitar, tornando-se titulares definitivos, ou em renunciar, operando efeitos *ex tunc* como se nunca tivessem herdado nenhum patrimônio. Ambos atos tratam-se de atos jurídicos unilaterais, devendo ser observado as regras e princípios que regem os negócios jurídicos.

3.3.4 Teoria da tipicidade finalística

Ao logo do presente trabalho, tratamos as causas de indignidade e deserdação como sendo estritamente taxativas na lei. Este, inclusive, é o entendimento dominante na doutrina pátria. Sobre o tema, Luiz Paulo Vieira de Carvalho as denominam como “causas típicas,

¹⁰¹ CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 8 Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 54.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro. Vol 6: Direito das Sucessões**. 33 ed- São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2019. p. 93-94

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Vol. VI. 20 Ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2013. p. 51

¹⁰⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 2017. p.206

taxativas”.¹⁰⁵ Seguindo o raciocínio, Caio Mário da Silva Pereira defende que "as causas justificativas não são arbitrárias, nem se admitem ampliadas por interpretação analógica".¹⁰⁶ Sílvio de Salvo Venosa, por sua vez, preconiza que “como a indignidade é uma pena, tais situações são *numerus clausus*, não permitindo interpretação extensiva.”¹⁰⁷

O pensamento majoritário possui lastro hermenêutico na máxima *nulla poena, sine praevia lege*, de onde é possível se extrair que não é admissível interpretação ampliativa de normas que trazem sanções.

Contudo, há um entendimento, minoritário sobre o tema, que sustenta a tese que diante do caso concreto deveria haver uma interpretação finalística da causa excludente, buscando se ater a intenção do legislador. Partindo desse entendimento, seria possível que condutas tão gravosas como àquelas previstas no artigo 1.814 Código Civil, não passassem impunes de sanção judicial. Seria o caso de um sujeito que induz outro a suicídio, de acordo com essa tese, esse induzimento poderia ser equiparado ao suicídio, sendo esse uma causa autorizativa de exclusão do herdeiro da herança.¹⁰⁸

A mencionada tese é chamada, dentre outras formas, de teoria da tipicidade finalística. Como ensina Cristiano Chaves e Nelson Rosendal¹⁰⁹, adotando essa linha, o magistrado, ao julgar o caso concreto, poderia interpretar a finalidade das hipóteses legais, para a partir de então admitir que outras condutas, desde que apresentassem a mesma finalidade daquelas tipificadas em lei, fossem também causas de exclusão. Isso, contudo, não quer dizer que o rol seria exemplificativo, tampouco que o juiz estaria autorizado a adotar uma interpretação ampliativa. A interpretação finalística precisa se ater ao tipo já previsto em lei, buscando os valores e ideais que compõe a sua gênese.

Os julgados em sede de justiça não se comportam, de forma geral, no sentido de acolher essa teoria. Mas temos um julgado do Superior Tribunal de Justiça que abriu um precedente admitindo essa possibilidade.

O Recurso Especial nº. 334.773-RJ, tratou de uma ação ordinária para exclusão da sucessão do cônjuge do tio do autor. O *de cuius* tinha problemas mentais por esclerose acentuada. O

¹⁰⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 2017. p. 237.

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Vol. VI. 20 Ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2013.. p. 310.

¹⁰⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010., p.

¹⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.162.

¹⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.. p.162-163.

Tribunal *a quo* firmou entendimento que as provas colacionadas aos autos deixaram comprovado ações e omissões por parte do cônjuge que revelam prática de maus tratos na constância do casamento com o falecido. Por isso os julgadores decidiram que embora a indignidade não comporte interpretação ampliativa, o abandono material nesse caso seria admitido como hipótese a ensejar a indignidade.

Vejam os trechos da respectiva decisão constante no informativo nº 135 do STJ¹¹⁰:

SUCESSÃO. EXCLUSÃO. MAUS TRATOS.

Trata-se de ação ordinária para exclusão de mulher da sucessão de tio, que apresentava problemas mentais por esclerose acentuada, anterior ao consórcio. O casamento restou anulado por vício da vontade do nubente, que também foi interditado a requerimento de uma das recorridas, bem como anulada a doação de apartamento à recorrente. Apesar de o recurso não ser conhecido pela Turma, o Tribunal *a quo* entendeu que, embora o efeito da coisa julgada em relação às três prestações jurisdicionais citadas reste adstrito ao art. 468 do CPC, os fundamentos contidos naquelas decisões, trazidos como prova documental, comprovam as ações e omissões da prática de maus tratos ao falecido enquanto durou o casamento, daí a previsibilidade do resultado morte. Ressaltou, ainda, que, apesar de o instituto da indignidade, não comportar interpretação extensiva, o desamparo à pessoa alienada mentalmente ou com grave enfermidade comprovados (arts. 1.744, V, e 1.745, IV, ambos do CC) redundam em atentado à vida a evidenciar flagrante indignidade, o que leva à exclusão da mulher da sucessão testamentária. [REsp 334.773-RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 21/5/2002.]

A teoria da tipicidade finalística em breves linhas implica na interpretação conforme a vontade e intenção do legislador criador. Ponderando que a sucessão sofre forte influência do já tratado princípio da solidariedade familiar, a ideia da tipicidade finalística reforça essa noção solidária, de forma que diante da situação concreta deveríamos observar se o herdeiro realmente mereceria aqueles bens. Embora estejamos em concordância com esse entendimento minoritário, defendido a exemplo por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, diante da incerteza jurídica na doutrina e jurisprudência sobre a adoção da tese ora comentada, que majoritariamente entendem ser o rol das causas de exclusão da herança taxativos, acreditamos que para ceifar qualquer dúvida, o abandono deveria ser inserido no texto legal.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº135. Período de 20 a 24 de mai. de 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0135.rtf>. Acesso em: 01 de junho de 2019.

4 O ABANDONO DE ASCENDENTE COMO CAUSA DE DESERDAÇÃO

Abandonar um filho, um pai, ou qualquer outro sujeito componente da relação de parentesco, sem dúvidas, constitui nítida violação aos princípios norteadores do sistema legal brasileiro, com destaque do princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade familiar.¹¹¹

Nas lições de Rolf Madaleno¹¹², as relações interpessoais são movidas por sentimento e amor, e dentre estas, os laços familiares possui como mola propulsora o afeto, tudo isso tem por finalidade garantir a dignidade à existência humana. Assim, o afeto deve estar presente nos vínculos de filiação e parentesco, variando, caso a caso, somente no grau de intensidade.

A maior parte da doutrina defende que as hipóteses de exclusão do herdeiro necessário pela deserdação são taxativas no Código Civil. Conforme as lições de Luiz Paulo Vieira de Carvalho¹¹³, “embora todos os motivos que levam à indignidade também possam levar à deserdação (art. 1.961 c/c o art. 1.814, incisos I a III: ambos do CC), esta última pode ainda derivar de outras razões igualmente taxativas elencadas no art. 1.962 e art. 1.963 e incisos; ambos do Código Civil”.

As causas de deserdação são aquelas taxativamente previstas no Código Civil, não se estendendo esse direito, cuja titularidade é do autor da herança, a qualquer outra hipótese não prevista no dispositivo civil. Deste modo, destacamos que o abandono do ascendente, nem o abandono de uma forma geral, embora seja ato moralmente reprovável, não adquiriu status de causa deserdativa.

Ainda sobre a taxatividade, Caio Mário da Silva Pereira¹¹⁴ leciona “as causas justificativas não são arbitrarias, nem se admitem ampliadas por interpretação analógica. Ao contrário, só terá cabimento a deserdação quando baseada em alguns dos fatos legalmente enumerados [...]”

¹¹¹ SANTOS, Saruzze Pereira. **Consequências psicológicas e jurídicas do abandono afetivo**. Conteúdo Jurídico, 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590068&seo=1>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

¹¹² MADALENO Rolf. **Direito de Família**. 8 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2018. p. 145.

¹¹³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3 Ed. rev. atual. e ampla. São Paulo. Ed Atlas, 2017. p.259.

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Vol. VI. 20 Ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2013. p. 310.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz¹¹⁵:

As causas que autorizam a exclusão do herdeiro ou do legatário da sucessão estão arroladas no art. 1.814 do Código Civil, podendo ser resumidas em: atentados contra a vida, a honra e a liberdade do *de cuius* ou de membros de sua família. Como se trata de uma pena civil, a exclusão por indignidade só pode ocorrer nos casos expressamente mencionados em lei, não comportando interpretação extensiva ou aplicação analógica ante o princípio *nula pena sine lege*,

O instituto da deserdação tem suas raízes desde as mais antigas civilizações orientais, existindo no direito grego e no direito romano. Não deve ser reputado como um instituto odioso ou inútil, mas sim como um instituto que prima pelo direito do testador de recusar os seus bens àqueles que se comportaram tão mal para com ele, descumprindo deveres ou por mera ingratidão, ensina Caio Mário da Silva Pereira.¹¹⁶

Seguindo os ideais constitucionais que orientam todas as searas do direito, em especial na legislação em matéria sucessória, é flagrante uma preocupação com o viés afetivo, a exemplo do inciso IV do artigo 1.962 do Código Civil que traz o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade como causa deserdativa. Como dito, a Carta Constitucional orienta o ordenamento no sentido de proteger e amparar a pessoa, através de princípios como o da dignidade da pessoa humana, princípio da solidariedade, princípio da afetividade, entre outros.

4.1 TRATAMENTO DO ABANDONO PELO ORDENAMENTO PÁTRIO

Ao falarmos sobre o abandono, devemos fazer uma análise crítica sobre o assunto à luz dos princípios tratados no presente trabalho. Inicialmente, sob o prisma do princípio orientador de todo o ordenamento, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, o abandono coloca a vítima numa flagrante situação indigna. Além de violar o mencionado princípio, tal ato-repudiante- viola, ainda, o dever constitucional, estabelecido no artigo 229 da Carta Magna, de assistir, criar e educar os filhos pelos pais, e os pais pelos filhos.

De logo podemos perceber que abandonar é um ato plenamente contrário aos valores e direitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Para além, o abandono contraria também os valores éticos e morais existentes na sociedade brasileira. Para visualizarmos o

¹¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro. Vol 6: Direito das Sucessões**. 33 ed- São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2019. p. 68.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Vol. VI. 20 Ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2013. p. 307-308.

que acabamos de falar, basta imaginarmos um pai que cria um filho a vida inteira, proporcionando condições, ainda que mínimas, de educação, alimentação, saúde, e quando, idoso, precisa do filho, seja afetivamente ou materialmente, é abandonado.

Podemos perceber que o abandono guarda uma relação próxima com o princípio da afetividade, que embora não previsto expressamente na Lei Maior, pode ser extraído dos diversos princípios e dispositivos que compõem o ordenamento. Isso porque o afeto nos remete ao cuidado, amorosidade, carinho, ternura, e esses sentimentos são completamente opostos ao ato de abandonar alguém, especialmente quando trata-se de ascendente.

Os deveres familiares, estabelecidos no artigo 227 da Constituição Federal, que garantem o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, dignidade, respeito, dentre outros, assim como a garantia que a criança, o adolescente e o jovem, devem ser colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, estão intimamente ligados a afetividade, é a concretização da dignidade, do amparo e da preocupação.

Para prosseguirmos com o tema, o dicionário Silveira Bueno¹¹⁷ define abandonar como “deixar; desamparar; desprezar; renunciar”.

Francielle Pires Duarte Sommer, Aleissa Lima de Amorim, Victoria Georgia Cheuiche de Oliveira¹¹⁸, em artigo científico publicado sobre o abandono afetivo inverso (abandono dos pais pelos filhos), entendem que, na seara jurídica, o abandono ocorre quando o indivíduo, se abstém de forma intencional e negligente em relação a uma pessoa ou a um bem, gerando consequências jurídicas.

A Lei Suprema, assim como imputa aos pais o dever de assistência para com os filhos, imputa aos descendentes o dever de cuidado com os seus pais. Dessa forma, denota-se que o legislador constituinte, além de valorar a família, também se ocupou em estabelecer direitos e deveres recíprocos entre pais e filhos, conforme esperado pelo grandioso princípio da dignidade da pessoa humana.

Com os novos valores constitucionais inaugurados pelo constituinte de 1988, a família ocupou espaço e passou a servir como instrumento da proteção da dignidade da pessoa humana.

¹¹⁷ CIÊNCIA. Minidicionário da Língua Portuguesa: Silveira Bueno. 2 ed. São Paulo: Ed. FTD, 2007

¹¹⁸ AMORIM, Aleissa Lima de; OLIVEIRA, Victoria Georgia Cheuiche de; SOMMER, Francielle Pires Duarte. Abandono afetivo inverso. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ, Dourado, v. 5, 2017**, p.260-263. Disponível em: <<http://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2258/1847>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

Conseqüentemente, isso passa também a influenciar o próprio direito civil, em especial o direito de família e sucessões, de modo que todos os dispositivos legais desta seara devem estar sob à luz desses novos valores constitucionais.¹¹⁹

Tais valores estão dispersos em todo o texto constitucional, merecendo destaque os artigos 1º, 3º 5º, 227, 230 que, de uma forma geral, trazem os ideais de cidadania, dignidade, solidariedade como finalidades do Estado brasileiro, bem como asseguram direitos fundamentais ao cidadão brasileiro, estabelecendo também deveres de amparo, assistência e cuidado no âmbito familiar.

Todas essas mudanças trazidas com a promulgação da Carta Magna em 1988, nos permitem compreender a afetividade como um princípio implícito, isso pode ser percebido, por exemplo, diante da possibilidade de constituição de famílias monoparentais ou homoafetivas, onde o fundamento não mais consiste no vínculo sanguíneo, mas sim no laço afetivo.

Sobre o tema, ensina Jackelline Fraga Pessanha¹²⁰ que:

O ambiente familiar passou a ser ligado em laços de afetividade, de forma pública, contínua e duradoura, tendo assistência mútua entre os membros daquela entidade familiar, com o primado de busca de felicidade, sendo, por isso, a família, de acordo com a Constituição Federal, a base da sociedade brasileira.

Portanto, a afetividade, deve ser considerada como princípio constitucional implícito, ao aproximar pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas, formando o “status” familiar, que contribui para a felicidade individual e/ou coletiva.

O texto constitucional, no artigo 226, traz a família como base da sociedade brasileira. Além disso, o também mencionado artigo 229 traz que “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”. Tudo isso a fim de reforçar o caráter protetivo atribuído às relações familiares.

A partir da noção que o nosso ordenamento constitui um sistema mutável, que deve evoluir conforme a sociedade a fim de a esta se adaptar, poderíamos, a partir de uma leitura geral da Carta Magna, concluir que a afetividade se tornou um dos princípios implícitos que compõe o nosso sistema. Isso porque, conforme demonstraremos a diante, as relações familiares pós 1988 são imbuídas de deveres e direitos constitucionais e legais que estimulam o respeito, cuidado, proteção, amparo e principalmente a dignidade das pessoas.

¹¹⁹MADALENO Rolf. **Direito de Família**. 8 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2018. p. 97.

¹²⁰ PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf> Acesso em: 3 de jun. de 2019. p.4

Sobre a afetividade como um dos princípios implícitos do nosso ordenamento, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti¹²¹ ensina que:

Com efeito, a partir do momento em que a Constituição Federal reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não matrimonializada, alçou a afetividade amorosa à condição de princípio constitucional implícito, que pode ser extraído em função do art. 5.o, §2.o, da CF/1988, que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte).

Coadunando com o nosso entendimento, complementa, ainda, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti¹²² que “o afeto é um princípio constitucional implícito à dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares porque estas, para garantir o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto [...]”.

Conforme esposado nos capítulos anteriores, a partir de 1988 a Constituição Federal passou a reconhecer e proteger as mais variadas formas de arranjo familiar, sem qualquer tipo de distinção entre eles. Daí também notamos, mais uma vez, a afetividade como base dessas relações, de modo que os laços sanguíneos não são mais os únicos formadores de uma relação familiar¹²³.

Com a promulgação da Carta Constitucional em 1988, o afeto passou a preponderar nas relações familiares, mãe não é somente quem é gestante, mãe também é quem cria. Ensina Rolf Madaleno¹²⁴ que “é fácil compreender a importância do afeto na formação dos vínculos familiares, especialmente diante do texto constitucional assentado no seu artigo 1º, inciso III, com a cláusula geral de tutela da personalidade, onde a dignidade humana é valor fundamental da República.”

A ministra Nancy Andrighi, integrante da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no acórdão do Recurso Especial nº 1159242/SP, julgado em 2012 expressou “amar é faculdade, cuidar é dever”. Em seu voto, a ministra ensina ainda que:

¹²¹VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Ed. Forense; São Paulo, Ed. MÉTODO, 2012. P. 203

¹²² VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Ed. Forense; São Paulo, Ed. MÉTODO, 2012. P. 438

¹²³ PEREIRA, Tarlei Lemos. **Deserção por Falta de Vínculo Afetivo e de Boa-Fé Familiar**. Revista Síntese Direito de Família, v. 15, n. 86, out./nov. 2014. p. 46. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDF_86_miolo%5B1%5D.pdf> Acesso em: 05 de jun. 2019.

¹²⁴ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8 Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2018. p. 46.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refogue os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.¹²⁵

Em oposição a esse dever jurídico de cuidado, a sociedade contemporânea cada vez mais tem sido permeada pelo abandono nas relações familiares.

Conforme leciona Silvio Venosa¹²⁶, podemos ter diferentes formas de abandono, dentre eles o abandono de cunho patrimonial, que é o caso do abandono econômico, bem como o abandono extrapatrimonial, que pode ser afetivo ou moral. Para o nosso estudo, não faz maior diferença o abandono ter ou não caráter patrimonial, pois aqui consideramos que qualquer forma de abandono seria um fato suficiente e capaz de ensejar na exclusão de um herdeiro necessário.

Em outras palavras, o abandono não se limita somente à falta de auxílio econômico, mas em verdade, ele se reverbera em abandono material/patrimonial de um lado, e imaterial/extrapatrimonial de outro. O abandono material ocorre quando não é oferecido ao idoso itens necessários básicos para sua subsistência, tais como água, alimentação, roupa etc. Já o abandono imaterial engloba o abandono afetivo, a falta de amor, carinho, cuidado, atenção, entre outras carências extrapatrimoniais.¹²⁷

Jones Figueiredo Alves¹²⁸, entende o abandono como “a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos”.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DJ 24 de abr. 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/103477/Anexo_B.pdf?sequence=3>. Acesso em: 17 de set. 2018.

¹²⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 326.

¹²⁷ AMORIM, Aleissa Lima de; OLIVEIRA, Victoria Georgia Cheuiche de; SOMMER, Francielle Pires Duarte. Abandono afetivo inverso. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ**, Dourado, v. 5, 2017. Disponível em: <<http://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2258/1847>>. Acesso em: 05 nov. 2018 p.260 - 263

¹²⁸ ALVES, Jones Figueiredo. **Abandono Afetivo Inverso Pode Gerar Indenização**. IBDFAM., jul, 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 17 de mai. 2019.

O Estatuto do Idoso¹²⁹ se preocupou em tentar vedar e combater o abandono imaterial das pessoas idosas. É o que podemos interpretar a partir do artigo 4º: “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.” Ainda nesse sentido, preceitua o artigo 98: “Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado.”

Importante trazermos a conhecimento que existe um Projeto de Lei, atualmente em trâmite, de autoria do deputado Carlos Bezerra (Projeto de Lei nº 4.292/08¹³⁰) que pretende alterar a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e a Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, para acrescentar o dever de indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Fato é que o abandono como fenômeno social que é, inclusive cada vez mais debatido na realidade da sociedade brasileira, não pode passar despercebido e desamparado pelo sistema jurídico. Sobre o tema, trazemos à baila o projeto de pesquisa da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, que fez um estudo sobre A Humanidade Descartável: uma análise da questão do abandono do idoso em instituições de longa permanência. Foi publicado artigo sobre o estudo, de onde extraímos que:

A lógica do desvalor da pessoa humana estabelecido pelo capital, a coisificação, o individualismo, o egoísmo, a concorrência mercadológica, o desemprego e o empobrecimento da população, impulsionam o fenômeno do abandono das pessoas idosas, como se fossem mercadorias já ultrapassadas, que já colaboraram o suficiente para o capital. Passando assim a ser considerada como mercadorias, a chama humanidade descartável.¹³¹

O abandono tem sido um tema cada vez mais frequente na doutrina e jurisprudência. Atualmente, existem inúmeros julgados que reconhecem o abandono afetivo como fato

¹²⁹ BRASIL. Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em 25 de set. 2018.

¹³⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº. 4294 de 2008 (do deputado Carlos Bezerra) PL 4295/2008. Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 26 de mai. 2019.

¹³¹ SALES, Daluz B. Galvão; MONTEFUSCO, Carla. A Humanidade Descartável: uma análise da questão do abandono do idoso em instituições de longa permanência. In: CONGRESSO NACIONAL DE ENVELHECIMENTO HUMANO. 12, 2016, Natal. **Anais**. Natal: Centro de Convenções de Natal-RN, 2016. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/revistas/cneh/trabalhos/TRABALHO_EV054_MD2_SA10_ID2110_08102016213711.pdf> Acesso em 5 de jun. 2019.

ensejador de responsabilidade civil, por exemplo. Entretanto, cumpre relembrar que as causas deserdativas são taxativamente elencadas no artigo 1962 e 1963 do Código Civil e o abandono não está entre elas. O que nos gera uma reflexão acerca do abandono constituir em uma hipótese de exclusão de um herdeiro necessário.

4.2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O legislador pátrio ainda não se ocupou de tratar acerca do abandono como hipótese de exclusão do herdeiro da sucessão. Tudo que existe juridicamente sobre o tema é construção da doutrina e da jurisprudência. Inclusive já temos alguns julgados, tanto dos tribunais de justiça estaduais quanto dos tribunais superiores que entendem que o abandono afetivo gera dever de responsabilização civil daqueles que abandonam. Podemos observar um movimento jurisprudencial que já reputa o abandono como uma atitude não somente denegada no mundo fático, mas também no mundo jurídico.

Tal entendimento abre mais espaço para discutirmos o abandono como hipótese de deserdação. Nesse espeque, cumpre trazer à tona que tivemos julgados pontuais que já autorizaram o direito de exclusão de um herdeiro necessário que se encontrou em situações de abandono perante os seus ascendentes.

Em 2015, o Superior Tribunal de Justiça julgou o, já mencionado, Recurso Especial nº. 1.159.242, que tratava de um caso envolvendo pai e filha, no qual o pai foi acusado de abandonar a descendente, tendo sido condenado pelo tribunal de origem, e condenado também no julgamento do mencionado recurso, que entendeu cabível o dever de indenizar decorrente do abandono afetivo. A relatora, ministra Nancy Andrighi, em seu voto, entendeu que a lide consiste em “determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.”

O julgado se deu nos seguintes termos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. 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. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação.

3. 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.

4. 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.

5. 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. 6. 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.

7. Recurso especial parcialmente provido.¹³²

Em 2001, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar um Recurso de Apelação interposto nos autos de uma Ação Ordinária de Deserdação, autorizou a deserdação de uma filha e de duas netas devido, entre outras causas, ao abandono de sua ascendente na velhice, respectivamente, mãe e avó das deserdadas. Vejamos:

Ementa: Ação Ordinária de Deserdação. Tendo a falecida exarado em testamento a firme disposição de deserdar a filha e as netas, por ofensa moral, injúria e desamparo na velhice e, havendo comprovação destes fatos, há que ser mantida a última vontade da testadora. Apelação desprovida.¹³³

No caso acima relatado, em sede de primeiro grau, foi proposta Ação de Deserdação contra Shirley F. de V., Maria de L. V. M. e Elisanda F. V., filha e netas, respectivamente, e todas herdeiras de Olinda P. F. Os autores, na peça inicial, alegaram abandono e omissão do dever de assistência e amparo para com a mãe e avó. A falecida deixou testamento particular onde manifestou a sua vontade de deserdar a filha e as netas aventando causas de ofensa moral, de injúria e desamparo na velhice.

A decisão de piso confirmou a deserdação das descendentes da herança deixada pela ascendente, sob o fundamento que, nitidamente, houve abandono desta por aquelas e que tal

¹³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DJ 24 de abr. 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/103477/Anexo_B.pdf?sequence=3>. Acesso em: 17 de set. 2018.

¹³³RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº. 70002568863. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 31 de mai. 2001. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/19018141/pg-779-diario-de-justica-do-estado-de-santa-catarina-djsc-de-01-10-2007?ref=previous_button>. Acesso em: 13 de mai. 2019.

fato restou comprovado pelo próprio depoimento pessoal da requerida Shirley, filha da falecida. As Requeridas, então, interpuseram Recurso de Apelação, alegando, dentre outros fundamentos, que a genitora não se sentia desamparada e em momento algum passou dificuldades ou ficou sem assistência pois recebia pensão do seu marido. O Recurso foi conhecido e improvido, e a sentença de piso foi mantida em todos os seus termos.

Outro julgado importante no bojo do presente tema foi um Recurso de Apelação Cível julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que autorizou a deserdação de três filhos do autor da herança, ora testador, que se afastaram da casa do genitor, por motivações de ordem patrimonial, e nem mesmo quando o pai foi atingido pelo câncer, prestaram qualquer tipo de auxílio, seja de cunho econômico ou de cunho extra patrimonial:

EMENTA: CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE CAUSAS DE DESERDAÇÃO - CAUSAS APONTADAS NO TESTAMENTO E COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL - PEDIDO IMPROCEDENTE - SENTENÇA REFORMADA. EXCLUSÃO DOS HERDEIROS DOS DESERDADOS DO TESTAMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO.

1- Tendo o falecido exarado em testamento a firme disposição de deserdar os filhos, apontando as causas da deserdação, e havendo comprovação desses fatos, deve ser mantida a disposição de última vontade do testador.

2- É incabível a discussão afeta à exclusão dos filhos dos deserdados do testamento, porque ausente legitimação dos autores para tal pleito, nos termos do art. 6º do CPC.¹³⁴

Ocorre, contudo, que vivemos numa incerteza quanto a hipótese deserdativa do abandono, considerável parte dos tribunais pátrios, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, do Estado de Sergipe, do Distrito Federal, direcionam seu entendimento no sentido de que as causas legais que autorizam a pena de exclusão de um herdeiro necessário são *numerus clausus*, declarando nulas disposições testamentárias que inovam este rol, trazendo novas situações além daquelas previstas.

Temos um precedente do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, por exemplo, que, em acórdão prolatado nos autos da Apelação Cível nº 0006444-22.2012.8.12.0001, negou provimento ao recurso para manter a sentença que julgou que a cláusula de deserdação prevista no testamento é nula, posto que o abandono não possui previsão em lei como causa deserdativa e essas são taxativas. Se tratava de Ação de Deserdação na qual o testamenteiro objetivava o reconhecimento da hipótese do art. 1.962, IV do Código Civil, considerando que

¹³⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0707.01.033170-0/001. Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Maurício Barros. Julgado em 05 de set. 2006. Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5900794/107070103317000011-mg-1070701033170-0-001-1/inteiro-teor-12038195>>. Acesso em: 13 de mai. 2019.

o herdeiro após tomar conhecimento da doença do autor da herança não prestou nenhum tipo de auxílio, a exemplo de zelo, afeto ou preocupação. Vejamos trecho do Acórdão¹³⁵:

Ademais, não se pode pretender alargar as hipóteses de cabimento com base em interpretação analógica ou, ainda, com base em princípios, indevidamente invocados para aplicar uma drástica sanção ao herdeiro.

[...]

Considerando-se, pois, que o requerente não logrou demonstrar ter havido efetivamente o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade pelo requerido, impõe-se manter irretocável a sentença que anulou a cláusula de deserdação prevista no testamento.

O julgado acima comentado segue a tese da taxatividade das hipóteses deserdativas, nessa linha ensina Silvio Venosa¹³⁶:

Fora das situações típicas descritas na lei, não pode haver deserdação. Por mais que as relações do morto com o herdeiro necessário tenham envolvido sérios problemas de ordem moral, ética, social ou religiosa, a questão não poderá afastar o sucessor. O espinhoso problema de definir as causas de deserdação é de ordem legislativa e, por se tratar de pena, não podem ser alargadas nem pelo testador nem pelo julgador.

Temos algumas decisões no âmbito do Poder Judiciário nacional que reforçam o caráter não exemplificativo do rol deserdativo previsto no Código Civil em vigor. Abaixo algumas decisões nesse sentido.

Em julgamento do recurso de Apelação Cível nº0004625-93.2016.8.25.0083¹³⁷, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe à unanimidade concordou que os casos que se admite a exclusão da herança de descendente e ascendente possuem rol taxativo. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE DESERDAÇÃO ROL TAXATIVO DOS CASOS EM QUE SE ADMITE A EXCLUSÃO DA HERANÇA DE DESCENDENTES E ASCENDENTES ARTS. 1962 E 1814, DO CÓDIGO CIVIL - DESAMPARO DO ASCENDENTE EM GRAVE ENFERMIDADE E POR ABANDONO EFETIVO INTELIGÊNCIA DO ART. 1962, IV, DO CÓDIGO CIVIL PROVA DA VERACIDADE DA CAUSA DA DESERDAÇÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 1965, DE ALUDIDO DIPLOMA LEGAL - IMPROVIMENTO DO APELO - SENTENÇA MANTIDA - UNÂNIME.

CONCLUSÃO:

¹³⁵ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 0006444-22.2012.8.12.0001. Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Marco André Nogueira Han-son. Julgado em 27 de set. 2016. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/394996772/apelacao-apl-64442220128120001-ms-0006444-2220128120001/inteiro-teor-394996788?ref=serp>> Acesso em: 15 de mai. 2019.

¹³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil interpretado**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010. p. 1763.

¹³⁷ SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. Apelação Cível nº. 201700722694 (0004625-93.2016.8.25.0083). Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Roberto Eugenio da Fonseca Porto. Julgado em: 23 de abr. 2018. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=4893&tmp.diario.cd_caderno=2&tmp.diario.cd_secao=1006&tmp.diario.dt_inicio=24/04/2018&tmp.diario.dt_fim=24/04/2018&tmp.diario.id_a_dvogado=&tmp.diario.pal_chave=deserda%E7%E3o>. Acesso em: 15 de mai. 2019.

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS, ACORDAM OS INTEGRANTES DO GRUPO IV DA 1ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE, POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO, PARA LHE NEGAR PROVIMENTO, EM CONFORMIDADE COM O RELATÓRIO E VOTO CONSTANTES DOS AUTOS, QUE FICAM FAZENDO PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE JULGADO.

A decisão acima se refere a Apelação Cível interposta contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da 19ª Vara Cível da comarca de Aracaju, nos autos da Ação Declaratória de Deserdação movida por Vera L. O. S. R. em face de Hugo L. O. R. Na inicial, a Autora alegou que o genitor do requerido, em testamento, excluiu-o de sua sucessão, aduzindo, ainda, que o réu teria desamparado seu ascendente. O juízo *a quo* julgou procedente a ação, acolhendo a deserdação em desfavor do requerido.

Ao julgar o mencionado Recurso de Apelação interposto pelo descendente do *de cuius*, a 1ª Câmara Cível, seguindo o voto de relatoria do desembargador Roberto Eugenio da Fonseca Porto, entendeu que a o instituto da deserdação trata-se da privação, através de testamento, da legítima dos herdeiros obrigatórios, e por consistir em exceção ao princípio que garante o direito dos herdeiros necessários, os casos em que se admite a exclusão dos descendentes e ascendentes da herança, são taxativamente estabelecidos pela lei.

Seguindo o mesmo entendimento, decidiu a 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal no julgamento da apelação cível nº. 20140110421704¹³⁸, sob a Relatoria do Desembargador Mario Zam Belmiro, que como as hipóteses de deserdação restringem direitos, são estas taxativas:

DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DESERDAÇÃO. LEGITIMIDADE. INTERESSE. ROL TAXATIVO. OFENSA IRROGADA EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS. APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ.

1. Os herdeiros instituídos em testamento são legitimados a propor ação para comprovar o motivo de deserdação alegado pelo testador.
2. As hipóteses de deserdação são taxativas uma vez que restringem direitos.
3. As ofensas irrogadas em juízo não são aptas à deserdação, uma vez que não configuram injúria grave.
4. Segundo o disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas causas em que não houver condenação, entre outras, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. Verificada irregular e excessiva a verba arbitrada, a fixação, com minoração do valor, é medida que se impõe.
5. Agravo retido e apelação desprovidos. Recurso adesivo parcialmente provido.

¹³⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 20140110421704 (0009835-52.2014.8.07.0001). Segunda Turma Cível. Relator: Des. Mario Zam Belmiro. Julgado em: 24 de jun. 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205016593/apelacao-civil-apc-20140110421704?ref=serp>> Acesso em 13 de mai. 2019.

Em sede de primeiro grau, foi movida Ação de Deserdação por Ecaterine L. C., Ulisses L. C., Alexandre L. C e Eirini L. em desfavor de Helena de L. C. O juízo *a quo* julgou improcedente o pedido de deserdação, por considerar que o ato de deserdação realizado em testamento, pelo pai das partes, foi inválido pois a causa deserdativa não era contemplada pela legislação, já que tratava-se de injúria irrogada em juízo, inerente à defesa processual, ou seja, não se confundindo com a hipótese legal da injúria grave.

No julgamento do Recurso de Apelação interposto pelos autores, a 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal seguiu o voto do relator Mario Zam Belmiro, que entendeu que os autores precisavam demonstrar a ocorrência de alguma das hipóteses previstas no artigo 1.962 do Código Civil, diante de ser imperativa a interpretação restritiva aos dispositivos contidos no aludido artigo que, em *numerus clausus*, restringem direitos. Assim, a turma negou provimento ao recurso.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº. 1.0433.15.022418-9/00128¹³⁹ abriu precedente permitindo a deserdação do filho adotivo que desamparou sua genitora, idosa e com saúde debilitada. Vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESERDAÇÃO - PENALIDADE - HERDEIRO NECESSÁRIO - SUCESSÃO - EXCLUSÃO - DESAMPARO - VERACIDADE DEMONSTRADA.

- A deserdação consiste em penalidade cominada pelo autor da herança, por meio de declaração testamentária, que objetiva excluir o herdeiro necessário da sucessão, inviabilizando o recebimento da legítima, em decorrência da prática de atos incompatíveis ao recebimento do respectivo legado e expressamente previstos na lei.

- Denota-se a eficácia da declaração testamentária de deserdação quando comprovada, em ação própria, ajuizada pela legatária, a veracidade da causa alegada pelo testador, a qual alude ao desamparo do herdeiro, filho adotivo, que deixou de dispensar os necessários cuidados afetivos, morais e materiais para com sua genitora idosa e com saúde debilitada.

A C Ó R D Ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Trata-se de Apelação interposta pelo requerido em face da sentença de piso que, nos autos da Ação Declaratória de Deserdação, julgou procedente o pleito inicial declarando a exclusão do herdeiro necessário requerido. No caso concreto, o requerido é filho único, sem vínculo biológico do falecido, e foi acusado, pela autora, de ter promovido maus tratos e agressões aos

¹³⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 1.0433.15.022418-9/00128. Quinta Câmara Cível. Relator: Carlos Levenhagen. Julgado em: 10 de mai. 2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/578074083/apelacao-civel-ac-10433150224189001-mg>>. Acesso em: 05 de jun. 2019.

seus genitores, além de não lhes ter prestado a assistência necessária. No testamento, a falecida, genitora do apelante, manifestou sua vontade de deserdar o filho por ter desamparado seus genitores, que encontravam-se em grave enfermidade, não lhes fornecendo a devida assistência material, nem tampouco afetiva e moral.

O apelante interpôs o devido Recurso, fundamentando que não promoveu maus tratos ou agressões e que prestou a assistência necessária aos seus ascendentes. A turma negou provimento ao recurso, seguindo o voto de relatoria do desembargador Carlos Levenhagen, que entendeu que no caso concreto, restou evidenciado a eficácia da causa deserdativa do apelante, cuja veracidade foi devidamente comprovada.

Ao analisarmos os julgados ora trazidos, podemos perceber que no tocante ao desamparo, abandono e situações em que há violação do dever de assistência familiar, a jurisprudência pátria oscila, carecendo de uma certeza jurídica acerca do tema. O que defendemos aqui é que o abandono representa grave violação ao dever constitucional de cuidado, assistência e amparo, especialmente no tocante ao abandono dos genitores pelos filhos, já que aqueles são merecedores de cuidado, carinho e proteção como forma de retribuição. Assim, careceria de sentido lógico e jurídico permitir que esses filhos tenham direito de gozar do patrimônio deixado pelos seus ascendentes.

Além do exposto, diante da perspectiva, adotada por alguns tribunais, de serem as hipóteses excludentes de um herdeiro necessário taxativas, e considerando que o abandono não se encontra dentre elas, nos torna forçoso a necessidade de inclui-la através de lei, para que um ato tão imoral e desonroso passe impune pelo nosso direito.

4.3 CONSEQUÊNCIAS LEGAIS

Muito embora não tenhamos previsão na lei acerca das consequências que o abandono pode gerar no âmbito das relações familiares e sucessórias, pela análise dos julgados acima trazidos, já podemos concluir que o abandono não tem passado impune no entendimento dos tribunais pátrios. Diversos tribunais têm caminhado no sentido de reconhecimento do abandono como uma possibilidade jurídica de responsabilização civil. Sob o prisma da deserdação, os julgados que autorizam a exclusão pelo *actor hereditatis* nos casos em que este é abandonado pelos seus ascendentes ainda são escassos, porém, como mencionado, temos decisões pontuais nesse sentido.

Nesta senda, o Código Civil prevê no seu artigo 186 que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Seguindo a lógica, prevê, ainda, no seu artigo 927 que “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Temos assim que o arcabouço legal nos fornece a base necessária para ensejar o dever de reparação no caso de abandono, considerando este como uma ação voluntária que viola o direito de outrem, direito este de proteção e cuidado previsto na Constituição Federal.

Quando falamos de exclusão do herdeiro necessário, não há no Código Civil lacunas que autorizem uma aplicação analógica das causas deserdativas às causas de abandono, o que por consequente acaba exigindo uma atuação criativa do judiciário. Tal atuação do judiciário poderia facilmente se amparar nos princípios trazidos pela Carta Constitucional que, sem dúvidas, são incompatíveis com as atitudes de descaso, abandono e desamparo entre os integrantes da família.

Assim, vivemos uma dada instabilidade no tocante à matéria, atualmente restando tão somente a atuação do judiciário, que ainda é bastante variável. Mas, diante da imoralidade e anti eticidade que decorrem das situações de abandono, seja moral, seja financeiro, defendemos que estas precisam ser reconhecidas pelo legislador, visto que o direito precisa acompanhar a realidade social que regulamenta.

4.4 DA NECESSIDADE DE INCLUSÃO COMO HIPÓTESE LEGAL

Como abordado ao longo do trabalho, as causas de deserdação estão taxativamente previstas no Código Civil, de modo que, em tese, as Ações de Deserdação que possuem outra causa além daquelas previstas na lei, não poderiam ser procedentes.

A problemática do presente trabalho gira em torno das situações de abandono e das hipóteses de deserdação. Isso porque todas as causas deserdativas possuem, na sua essência, um cunho moral, muito sustentado pelo dever de proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, princípio orientador de todo o ordenamento pátrio, assim do dever constitucional de amparo, cuidado e assistência aos pais e filhos.

Nesse sentido, como exposto nos tópicos anteriores, não há que se olvidar que o abandono de um ascendente por um descendente é uma atitude extremamente reprovável social e

moralmente falando, é ato que viola todos os princípios e ideais constitucionais de proteção, cuidado e amparo. Desse modo, nos questionamos, por que não caberia excluir um herdeiro que abandona o seu ascendente, especialmente quando este é idoso, que é titular de uma proteção especial?

Conforme a sociedade vai evoluindo ao longo do tempo, espera-se que o direito, como fonte reguladora da vida em sociedade, acompanhe tal evolução. Porém, por vezes, a adaptação do ordenamento jurídico não segue na mesma velocidade que as transformações e fenômenos sociais. São nesses casos, então, que começa a surgir a necessidade de atualizar o direito que está vigente.

O raciocínio é lógico, da mesma forma que um ascendente que desampara seus pais, é passível de responsabilização civil, por cometer ato ilícito, nesse ato ele também estaria agindo de forma indigna, fato este tão reprovável quanto as hipóteses do art. 1.814 e art. 1.962 do Código Civil, que tratam respectivamente das causas de indignidade e de deserdação.

O ato de abandonar pode gerar sérias consequências na esfera psíquica do sujeito, é a concretização de uma verdadeira ingratidão com o indivíduo, e sob esta perspectiva não teria sentido permitir que o sujeito ingrato tivesse direito de usufruir dos bens de alguém que ele não estabeleceu um laço afetivo de maneira saudável, digna e respeitosa. A família se sustenta na união, compadecimento e cuidado, como entendido em acórdão, já inserido no presente trabalho, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, amar não é um dever, mas cuidar é.¹⁴⁰

Seguindo essa linha, ensina Silvio Venosa¹⁴¹:

No entanto, o sucessor, chamado pela ordem de vocação hereditária, pode praticar atos indignos dessa condição de afeto e solidariedade humana. É moral e lógico que quem pratica atos de desdouro contra quem lhe vai transmitir uma herança toma-se indigno de recebê-la.

Entendemos que a taxatividade das causas deserdativas funcionam como pedra angular para garantir a segurança jurídica, sob pena de permitir que o judiciário atue com ativismo, criando normas sobre o tema. Considerar o rol exemplificativo para abarcar situações como o abandono seria até plausível, baseando-se nos princípios basilares do ordenamento pátrio, inclusive seria uma opção alternativa para que o regime jurídico pudesse se adequar com à realidade atual da sociedade, Contudo, entendemos que não seria a melhor opção, sob pena de

¹⁴⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, DJ 24 de abr. 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/103477/Anexo_B.pdf?sequence=3>. Acesso em: 17 de set. 2018..

¹⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 55.

gerar insegurança jurídica. É por esta razão que defendemos, no presente trabalho, a necessidade da inclusão do abandono como hipótese legal de exclusão dos herdeiros necessários.

A primazia pela segurança jurídica torna-se ainda mais indispensável pelo fato de ser o direito à herança um direito fundamental, logo, privar alguém desse direito significa privar alguém de um direito constitucionalmente garantido, justamente por isso precisamos de uma máxima segurança jurídica para tratar das hipóteses exclusivas desse direito. Por essa razão, diante do cenário atual do Brasil, onde no bojo das relações familiares se tornam cada vez mais frequentes e reais as situações de abandono dos genitores pelos seus descendentes, é de suma necessidade que o poder legislativo se ocupe de adequar o direito à realidade social, incluindo o abandono como causa deserdativa.

Abandonar um ascendente, especialmente quando este é idoso, viola diretamente os princípios e deveres constitucionais homenageados pela Constituição Federal. Além disso, entendemos que é um fato tão reprovável quanto àqueles elencados pela lei como causa de deserdação. Deste modo, compreendemos que seria contrário aos ditames legais e constitucionais, continuar permitindo que os filhos que abandonam os pais, ainda mais quando estes já são idosos, continuem usufruindo dos bens deixados pelos seus genitores.

Diante do exposto, entendemos que a realidade social atual tem demandado uma alteração no direito, de forma a não deixar impune filhos que abandonam seus pais idosos, posto que, conforme exposto, é completamente violador do direito vigente. Assim, nossa crítica revela-se na necessidade de o legislador resolver essa lacuna, incluindo no rol das causas deserdativas, o abandono do idoso pelos filhos.

5. CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo do presente trabalho, entendemos que a Constituição Federal promulgada em 1988 trouxe inovações de extrema importância no campo do direito das famílias e no direito sucessório. A imagem conservadora da família patriarcal, tradicionalista - muito embora ainda exista - começou a ser substituída pelo afeto e amorosidade. Hoje nosso ordenamento reconhece como família o casal homoafetivo, a mãe solteira, enfim, as mais diversas formas de arranjo familiar, preponderando o laço afetivo sobre o laço sanguíneo.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Carta Magna, merece destaque especial nessas inovações, bem como os princípios da solidariedade familiar e o implícito princípio da afetividade, assim por nós considerado. Eles trazem valores éticos morais que passam a servir de base para interpretação e aplicação de todo o direito pátrio. Antes de sujeito de direito, o indivíduo é ser humano, merecedor de respeito e dignidade pelo Estado e pela própria comunidade.

Arelado aos valores constitucionais trazidos com os princípios, também temos a previsão de garantias e deveres constitucionais familiares, merecedores de tratamento por um capítulo específico na Lei Maior: Capítulo VII, Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso. Sobre o assunto e de acordo com o nosso tema, merecem destaque os artigos 229 e 230, dos quais podemos extrair o dever de assistência, criação e educação dos pais com os filhos e o dever de amparo dos filhos aos pais na velhice, carência ou enfermidade, além do dever geral de amparo às pessoas idosas por toda a comunidade, que deve garantir sua dignidade e bem-estar.

A partir das noções acima colocadas, conforme já trabalhado, temos a herança como um dos direitos fundamentais estabelecidos no rol do artigo 5º da Constituição Federal. E no Código Civil temos a possibilidade de exclusão dos herdeiros necessários da herança através da indignidade ou da deserção. Demonstramos que atualmente, o entendimento preponderante na doutrina e jurisprudência brasileira é que as hipóteses exclusivas da sucessão são *numerus clausus*.

Sabemos que a deserção é ato jurídico volitivo do autor da herança, praticado através de testamento, que retira do herdeiro necessário o direito à herança. As hipóteses, como dizemos, são taxativas e a partir disso que esbarramos com o problema central aqui trabalhado: a

necessidade de inclusão do abandono como hipótese legal de deserdação, nas situações que os filhos abandonam os seus ascendentes.

Em que pese o Código Civil vigente ser datado de 2002, em tratando-se de direito sucessório, nos parece que não tivemos uma evolução no campo jurídico conforme a realidade social. O que queremos dizer com isso é que desde o Código Civil de 1916 até o Código atualmente em vigor não tivemos mudanças nas hipóteses deserdativas. Ocorre que a sociedade mudou e a cada dia vai mudando, e o abandono tornou-se parte da realidade social, conforme apontam as pesquisas nesse campo.

Sobre o abandono, desde já podemos afirmar que é um ato nitidamente violador aos princípios e deveres constitucionais aqui tratados. Portanto, de logo, temos um ato completamente contrário ao direito vigente. No tocante às relações familiares, abandonar é ir de encontro ao dever de amparo e assistência dos pais para com os filhos e dos filhos para com os pais, estabelecido no texto constitucional.

O que nos parece é que o mencionado dever não foi considerado pelo legislador ao criar as hipóteses de exclusão do herdeiro necessário. Contudo, o presente tema, ao nosso ver, precisa de tratamento legal o quanto antes. Não concordamos que um ato tão repudiado moralmente possa passar impune na esfera jurídica, até mesmo porque possui relevante semelhança com a hipótese estampada no inciso IV do rol das causas deserdativas previstas no artigo 1.963 da Lei Civil, que trata do desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

No presente trabalho, restringimos a problemática para o abandono dos ascendentes pelos filhos, especialmente quando aqueles são idosos, pois acreditamos na injustiça que há em um sujeito, toda vida, ser criado e amparado em saúde, educação, afeto, para então, abandonar os seus pais quando estes precisam daqueles. Não entendemos justo que esses ascendentes tenham direito ao patrimônio deixado pelo seus genitores quando comportam-se com total desafeto, indiferença e desamor.

Nos ocupamos em ressaltar que o merecimento da exclusão de um herdeiro necessário que abandona seus pais não se restringe somente ao abandono afetivo, sentimental, mas também ao abandono material, econômico.

Como trouxemos nos tópicos anteriormente debatidos, os Tribunais pátrios acabam por se comportar com um certo subjetivismo na matéria, já que não tratada pela nossa legislação. Assim, vemos julgados que entendem que o abandono não poderia autorizar a deserdação,

posto que não se enquadra nas hipóteses legalmente previstas para tanto, enquanto temos julgados - esses são pontuais- que já autorizaram a deserção nessa situação.

Pelo exposto, o abandono dos ascendentes idosos pelos filhos, constitui ato flagrantemente inconstitucional e conseqüentemente ilegal, além de ser moralmente reprovável, não fazendo sentido continuar permitindo que essas pessoas tenham direito de herdar daqueles com quem faltaram cuidado, afeto, piedade e compaixão. Se na esfera social o referido ato é tão indigno, na esfera jurídica não deveria ser diferente, afinal é o direito instrumento regulador da realidade social.

Deste modo, temos uma lacuna sobre o tema, que merece o mais breve possível ser preenchida, até mesmo para salvaguardar a segurança jurídica. A alteração do artigo 1.963 do Código Civil se faz necessária, para que não mais possa passar impune a situação aqui debatida. O objetivo da mencionada alteração consiste, além de punir o filho que abandona os seus pais, em dar o devido tratamento legal ao tema, para que não tenhamos decisões subjetivas dos Tribunais pátrios, gerando incertezas jurídicas e ocasionando divergências na jurisprudência.

Assim, diante de todo o exposto ao longo do presente trabalho, concluímos e defendemos a alteração da Lei Civil, devido a necessidade de inclusão legal do abandono dos idosos pelos seus descendentes como causa de deserção.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo. **Abandono Afetivo Inverso Pode Gerar Indenização**. IBDFAM., jul., 2013. Disponível em:

<[http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+
+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o](http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em: 17 de mai. 2019.

AMORIM, Aleissa Lima de; OLIVEIRA, Victoria Georgia Cheuiche de; SOMMER, Francielle Pires Duarte. Abandono afetivo inverso. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ**, Dourado, v. 5, 2017, p.260-263. Disponível em:

<<http://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2258/1847>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

AOKI, L. P. S.; TARDELI, R. **Aspectos Jurídicos da Concepção de Família na Sociedade Brasileira**. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/download/37707/40435/>> Acesso em: 02 de jun. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 de set. 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 de jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de set. 2018.

BRASIL. **Lei 10.741**, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em 25 de set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.742**, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>. Acesso em: 01 de nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.842**, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8842.htm>. Acesso em 01 de nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 05 de jun. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 118, de 2010 (do Senado Federal) PL 867/2011. Altera os Capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, a fim de dar novo tratamento aos institutos da exclusão da herança, relativamente à indignidade sucessória e à deserdação. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/96697>>. Acesso em: 20 de mai. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 4294 de 2008 (do deputado Carlos Bezerra) PL 4295/2008. Acrescenta parágrafo ao artigo 1. 632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código

Civil e ao art. 3º da lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 26 de mai. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº135. Período de 20 a 24 de mai. de 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0135.rtf>. Acesso em: 01 de junho de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242. Recorrente: Antônio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DJ 24 de abr. 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/103477/Anexo_B.pdf?sequence=3>. Acesso em: 17 de set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.185.122. Recorrente: Carlos Ernanny de Mello e Silva. Recorrido: Drault Ernanny de Mello e Silva Filho. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília, DJe 02 mar. 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18447069/recurso-especial-resp-1185122-rj-2010-0047028-8?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 05 de nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Informativo nº 864. Brasília, Publicado em: 22 de mai. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo864.htm>>. Acesso em: 23 de mai. 2019.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das sucessões**. 2 ed. rev. e atual. Coimbra: Ed. Almedina, 2008.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 2017.

CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 8 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

CIÊNCIA. In: Dicio, Dicionário Online de Português, definições e significados de mais de 400 mil palavras. Todas as palavras de A a Z. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/suceder/>>. Acesso em: 11 de jun. 2019.

CIÊNCIA. **Minidicionário da Língua Portuguesa: Silveira Bueno**. 2 ed. São Paulo: Ed. FTD, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro. Vol. 6: Direito das Sucessões**. 33 ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 20140110421704 (0009835-52.2014.8.07.0001). Segunda Turma Cível. Relator: Des.

Mario Zam Belmiro. Julgado em: 24 de jun. 2015. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205016593/apelacao-civel-apc-20140110421704?ref=serp>> Acesso em 13 de mai. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol. 7: direito das sucessões**. 10 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol. 7: direito das sucessões**. 11 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007, p.367.

MADALENO Rolf. **Direito de Família**. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 0006444-22.2012.8.12.0001. Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson. Julgado em 27 de set. 2016. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/394996772/apelacao-apl-64442220128120001-ms-0006444-2220128120001/inteiro-teor-394996788?ref=serp>> Acesso em: 15 de mai. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 111. **apud** ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81.

MENEZES, Elda Maria Gonçalves. **Os princípios da solidariedade familiar e dignidade da pessoa humana aplicáveis no âmbito do direito a alimentos**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29161&seo=1>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Geras. Apelação Cível nº. 1.0433.15.022418-9/00128. Quinta Câmara Cível. Relator: Carlos Levenhagen. Julgado em 10 de mai. 2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/578074083/apelacao-civel-ac-10433150224189001-mg>>. Acesso em: 05 de jun. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 1.0596.07.039739-0/001. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Bittencourt Marcondes. Julgado em: 01 de fev. 2011. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2552087/jurisprudencia-tj-mg-apelacao-civel-deserdacao-testamento-prova-insuficiencia-recurso-conhecido-e-nao-provido>>. Acesso em: 05 de nov. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0707.01.033170-0/001. Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Maurício Barros. Julgado em 05 de set. 2006. Disponível em: < <https://tj>

mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5900794/107070103317000011-mg-1070701033170-0-001-1/inteiro-teor-12038195>. Acesso em: 13 de mai. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões. Vol. VI.** 20 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

PEREIRA, Tarlei Lemos. **Deserção por Falta de Vínculo Afetivo e de Boa-fé Familiar.** Revista Síntese Direito de Família, v. 15, n. 86, out./nov. 2014. p. 46. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDF_86_miolo%5B1%5D.pdf> Acesso em: 05 de jun. 2019.

PESSANHA, Jackelline Fraga. **A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade%2019_12_2011.pdf> Acesso em: 3 de jun. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº. 00375252120178190000. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Marcia Ferreira Alvarenga. Julgado em: 23 de ago. 2017. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516865225/agravo-de-instrumento-ai-375252120178190000-rio-de-janeiro-resende-2-vara-civel>>. Acesso em: 05 de nov. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº. 8.810. Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Fonseca Passos. Julgado em: 7 de jun. 1979. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1278>. Acesso em: 05 de nov. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº. 70002568863. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 31 de mai. 2001. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/19018141/pg-779-diario-de-justica-do-estado-de-santa-catarina-djsc-de-01-10-2007?ref=previous_button>. Acesso em: 13 de mai. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 70071078927. Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Julgado em: 09 de nov. 2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/404622661/apelacao-civel-ac-70071078927-rs>>. Acesso em: 05 de nov. 2018.

SALES, Daluz B. Galvão; MONTEFUSCO, Carla. A Humanidade Descartável: uma análise da questão do abandono do idoso em instituições de longa permanência. In: CONGRESSO NACIONAL DE ENVELHECIMENTO HUMANO. 12, 2016, Natal. **Anais.** Natal: Centro de Convenções de Natal-RN, 2016. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/revistas/cneh/trabalhos/TRABALHO_EV054_MD2_SA10_ID2110_08102016213711.pdf> Acesso em 5 de jun. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº. 0308092-24.2015.8.24.0033. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Sebastião César Evangelista. Julgado em: 30 de nov. 2017. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/404622661/apelacao-civel-ac-0308092-24-2015-8-24-0033>>. Acesso em: 05 de nov. 2018.

sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533870602/apelacao-civel-ac-3080922420158240033-itajai-0308092-2420158240033?ref=serp>. Acesso em: 05 de nov. 2018.

SANTOS, Saruzze Pereira. **Consequências psicológicas e jurídicas do abandono afetivo**. Conteúdo Jurídico, 2017. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590068&seo=1>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

SERGIPE. Tribunal de Justiça de Sergipe. Apelação Cível nº. 201700722694 (0004625-93.2016.8.25.0083). Primeira Câmara Cível. Relator: Des. Roberto Eugenio da Fonseca Porto. Julgado em: 23 de abr. 2018. Disponível em:

<http://www.diario.tjse.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=4893&tmp.diario.cd_caderno=2&tmp.diario.cd_secao=1006&tmp.diario.dt_inicio=24/04/2018&tmp.diario.dt_fim=24/04/2018&tmp.diario.id_advogado=&tmp.diario.pal_chave=deserda%E7%E3o>. Acesso em: 15 de mai. 2019.

SILVA, Lillian Ponchio e; MEDEIROS, Alexandre Alliprandino; PENNA, João Bosco; OZAKI, Veridiana Tonzar Ristori; PENNA, Carolina Paulino. **Responsabilidade Civil dos Filhos com Relação aos Pais Idosos: Abandono Material e Afetivo**. Lex Magister.

Disponível em:

<http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx> Acesso em: 4 de nov. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Família e Sucessões: STF encerra o julgamento sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. E agora?** Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI259678,31047-STF+encerra+o+julgamento+sobre+a+inconstitucionalidade+do+art+1790+do>>. Acesso em: 22 de mai. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense; São Paulo: Ed. Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 13. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

VILAGARDA, Vicente; CAVICCHIOLI, Giorgia. O abandono dos idosos no Brasil. **Revista IstoÉ**, 05 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://istoe.com.br/o-abandono-dos-idosos-no-brasil/>> Acesso em: 20 de mai. 2019.