



**ANTONIO MENEGHETTI FACULDADE
BACHARELADO EM DIREITO**

KASSIA DA SILVA COSTA

**O ABANDONO AFETIVO/MATERIAL COMO CAUSA DA DESERDAÇÃO DO
DESCENDENTE POR SEU ASCENDENTE**

Restinga Sêca - RS

2019

KASSIA DA SILVA COSTA

**O ABANDONO AFETIVO/MATERIAL COMO CAUSA DA DESERDAÇÃO
DO DESCENDENTE POR SEU ASCENDENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
Curso de Graduação em Direito, Antonio
Meneghetti Faculdade.

Orientador: Prof. Ms. Luís Carlos Gehrke

Restinga Sêca – RS

2019

O ABANDONO AFETIVO/MATERIAL COMO CAUSA DA DESERDAÇÃO DO DESCENDENTE POR SEU ASCENDENTE¹

Kassia da Silva Costa²

Luís Carlos Gehrke³

SUMÁRIO: Introdução. 1 O envelhescente e a responsabilidade da família calcada pelos princípios da solidariedade e da afetividade. 2 A deserdação como causa para o afastamento do herdeiro necessário da sucessão. 3 O ônus da prova para afastar o herdeiro necessário da sucessão por deserdação. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Levando em consideração a notável evolução da família nos últimos tempos, principalmente no que se refere quantidade de membros no seio familiar, o que acarreta a preocupação do cuidado com os envelhescentes, a presente pesquisa busca analisar a possibilidade da deserdação do descendente que praticou abandono afetivo/material perante seu ascendente. Para isso, foi empregado o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico. Em um primeiro momento a pesquisa versa sobre a responsabilidade familiar calcada nos princípios da solidariedade e afetividade em relação aos envelhescentes, após isso, a abordagem trata da deserdação como causa de afastamento do herdeiro necessário da sucessão e, por fim, a necessidade de produção da prova para efetivar a deserdação. Após a pesquisa concluiu-se, com base na doutrina, na legislação e nos julgados, que o abandono afetivo/material ganha cada vez mais repercussão como possível causa de deserdação do descendente por seu ascendente, ainda que o rol de situações elencadas na legislação seja taxativo. Porém, para que seja efetivada a deserdação do descendente é necessária prova do ato praticado, cujo ônus *probandi* é daquele que se beneficiará da exclusão do deserddado.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo/material. Deserdação. Ônus da prova. Sucessão.

ABSTRACT: Taking into account the remarkable evolution of the family in recent times, especially regarding the number of family members, which causes concern with the care of the aging, this research seeks to analyze the possibility of disinheriting the descendant who practices affective / material abandonment of their parent. For this, the deductive approach method and the monographic procedure method were employed. At first, the research addresses family responsibility based on the principles of solidarity and affection towards the aging, after that, the approach deals with disinheritance as a cause of removal of the necessary heir from succession and, finally, the need to produce the family proof to effect the disinheritance. After the research it was concluded, based on the doctrine, the legislation and the jurisprudence, that the affective / material abandonment is getting more and more repercussions as a possible cause of the descendant disinheritance by his / her ancestor, even though the list of situations listed in the legislation is categorical. However, in order to effect the disinheritance of the descendant, proof of the act practiced is required, the onus probandi of which will benefit from the exclusion of the disinherited person.

KEY-WORD: Affective/material abandonment. Burden of proof. Disinheriting. Sucession.

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina Trabalho Final de Graduação II do Curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade – AMF.

² Acadêmica do curso de bacharelado em direito da Antonio Meneghetti Faculdade – AMF. E-mail: kassia.95@gmail.com

³ Docente do curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade – AMF. E-mail: lcgehrke@bol.com.br

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso busca fazer um estudo doutrinário e jurisprudencial sobre a responsabilidade do descendente em relação ao seu ascendente e a (im)possibilidade de decretação da deserdação daquele quando há abandono afetivo/material praticado em face deste.

A importância deste trabalho torna-se clara, uma vez que a sociedade atual e o modelo de família estão sofrendo constantes transformações, fruto de uma mudança que remonta meados do século passado, quando as famílias eram numerosas e afeitas ao meio rural, o que possibilitava uma velhice com certa segurança, pois vários eram os filhos e netos que poderiam prestar o amparo afetivo e material até o fim da vida.

Neste passo, vários fatores sociais contribuem para a mudança do núcleo familiar, haja vista que atualmente os casais tem menos filhos, os quais preocupam-se cada vez mais com interesses particulares, tornando-se mais individualistas e como consequência dessa mudança de mundo, despreocupam-se com o amparo aos seus ascendentes.

Dessa forma, levando em consideração os fatores mencionados acima, questiona-se: existe a possibilidade de afastar o descendente - herdeiros necessários -, por deserdação quando há abandono afetivo/material perante o ascendente?

Assim, o intuito dessa pesquisa é analisar, a partir do ordenamento jurídico, as formas de proteção do idoso/envelhescente e a responsabilidade de seu descendente com essa proteção e a possível punição de deserdação que a doutrina e legislação preveem para quem os abandona. Para tanto, o método utilizado para a abordagem do tema será o dedutivo, pois a pesquisa partirá da compreensão de um conjunto de leis que tem por objetivo proteger o idoso em casos de abandono, bem como a doutrina produzida e o método de procedimento utilizado será o monográfico, pois serão analisadas a legislação e a doutrina que cercam o direito dos idosos.

A partir desta questão, o objetivo da análise dessa temática é sensibilizar a sociedade sobre a valoração do idoso e alertá-los sobre os deveres de cuidados que o descendente deve nutrir para com seu ascendente, isto porque pode ser excluído da sucessão em razão do abandono praticado, em total desobediência ao princípio

da solidariedade/afetividade que norteia as famílias no contexto atual, quiçá propiciando assim uma reflexão do assunto relativo ao desamparo material/afetivo que os idosos sofrem atualmente, sem é claro ter a pretensão de esgotamento do assunto, mas tão somente o despertar do assunto, estimulando o debate crítico além da academia. Relativamente à linha de pesquisa do Curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade, o trabalho enquadra-se na linha de pesquisa “Política, Direito, Ontologia e Sociedade”.

1 O ENVELHESCENTE E A RESPONSABILIDADE DA FAMÍLIA CALCADA NOS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE E DA AFETIVIDADE

A família é o primeiro contato do ser humano com o mundo e, não por acaso, é a base da sociedade. Prevê a Constituição da República Federativa do Brasil/1988, em seu artigo 226⁴, espaço no qual se aplicam os ensinamentos de valores, educação e formação do ser, como bem assevera Dias (2013, p. 29):

A família é cantada e decantada como a base da sociedade, e por essa razão, recebe especial atenção do Estado (CF 226). A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece (XVI 3): A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases [grifo do autor].

Nesse passo, cabe aqui registrar que historicamente a concepção de família no direito brasileiro guardou íntima relação com conceitos estanques, tendo o matrimônio como forma de reconhecimento pelo Estado, tendo na figura paterna o seu destaque, reservando a mulher um papel coadjuvante, como simples matriarca, responsável pela prole e pela organização do lar. Entretanto, a CRFB/1988 trouxe uma ampliação desse conceito, pois o Estado passou a reconhecer outras formas entidades familiares fora do casamento, como por exemplo, aquelas formadas por qualquer um dos pais e seus descendentes, assim como também reconheceu a união estável (PEREIRA, 2012, p. 03).

Sob os olhos de Gonçalves (2012, p. 23):

⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.

Inexoravelmente, tem-se que o direito de família constitui o ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável, pelo parentesco ou qualquer outra entidade familiar, tendo como esteio o afeto, incorporando ainda os institutos complementares da tutela e curatela, passando hoje a ser considerado direito das famílias.

Inobstante a isso, seja em que perspectiva se observe, a família surge como um núcleo sagrado e instituição necessária, a qual merece toda a proteção do Estado, pois ela é uma realidade sociológica que constitui a base do Estado, no qual está repousada toda a organização social. Por conta disso, a CRFB/1988 e o Código Civil Brasileiro/2002 trazem a proteção necessária, calcada em conceitos sociológicos e no Direito (GONÇALVES, 2012, p. 23).

Contudo, até chegar a este patamar, a família sofreu grandes mudanças, em especial a partir da segunda metade do século XX, tanto nos seus valores, quanto na sua composição, haja vista que os dados dos censos demográficos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE⁵ indicam que a população brasileira em 2010 seria predominante urbana - 84%, estimando que em 2020 atingirá o patamar de 90%⁶ em centros urbanos. Isso evidencia o despovoamento do campo, cenário no qual a família brasileira estava inserida quando da criação do Código Civil brasileiro de 1916, cuja proporção era justamente oposta.

Entretanto, não apenas relativo a este aspecto houve alteração no contexto familiar, pois o Censo Demográfico fez a comparação entre o ano de 2000 e a década de 1980, constatando que a média nacional de membros por família reduziu-se para 3,4 pessoas além de uma redução de taxa de natalidade por mulher para menos de 2,1 filhos por mães; e, na outra ponta, os mais velhos estão vivendo mais, exigindo mais atenção das famílias (LÔBO, 2014, p. 18).

Nesse sentido, após a promulgação da CRFB/1988 e o reconhecimento das novas entidades familiares, em especial a união estável e as famílias

⁵ IBGE - <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=1766&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas&view=noticia>

⁶ IBGE - <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=1766&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas&view=noticia>

monoparentais, deixou-se de lado o conceito e a tradição canônica de família e foram instituídos novos modelos, que até então não eram plausíveis, ampliando o conceito de famílias, incluindo novas formas de laços conjugais. A partir disso, começou a se apresentar diversas possibilidades de conjugalidade, que, além daquelas já citadas - união estável e monoparentais -, as famílias parentais ou anaparentais, as famílias pluriparentais e as famílias eudemonistas (LEITE, 2013, p. 32).

Segundo Lôbo (2014, p. 16) a família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º, I, da CRFB/1988), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos. Baseado no ponto de vista de Dias (2013, p. 64) a doutrina tem reconhecido diversos princípios fundamentais para a organização e proteção da família, sendo relevante para a discussão três princípios: o da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade familiar e o da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos.

O primeiro deles - princípio da dignidade humana -, é na verdade um macroprincípio, do qual se irradiam os demais princípios como a liberdade, igualdade, solidariedade entre outros. O constituinte definiu a dignidade da pessoa humana como um valor nuclear de ordem constitucional e o afirmou no primeiro artigo da Carta Maior, conferindo especial proteção independente de qual é a origem familiar, pois garante a igual dignidade para todas as entidades familiares (DIAS, 2013, p. 65). Baseado nesse princípio pode-se perceber que a dignidade humana é um princípio basilar e garante a todos a proteção social e condições mínimas para uma vida digna, independente de qual classe social, etnia ou faixa etária seja o indivíduo.

De outra parte, o princípio da solidariedade familiar tem origem nos vínculos afetivos, visto que em seu núcleo estão concentrados o próprio significado de solidariedade, compondo-se dos conceitos de fraternidade e reciprocidade. Esse princípio está baseado e resguardado constitucionalmente, pois no preâmbulo constitucional está assegurada uma sociedade fraterna, esteio da entidade familiar. Percebe-se que, ao tratar de crianças e adolescentes, em primeiro lugar a família é quem deve garantir os direitos inerentes aos cidadãos em formação, depois à sociedade e por último o Estado, pois o princípio da solidariedade impõe aos pais o dever e assistência aos filhos. Nessa mesma esteira, porém na outra ponta, estão os idosos, que também dispõem do mesmo dever de amparo solidário, inclusive no que

tange a obrigação de prestar-lhes alimentos, sendo os membros da família credores e devedores de alimentos em reciprocidade e a mútua assistência de alimentos compensatórios (DIAS, 2013, p. 69).

Por fim, o princípio da solidariedade surge igualmente no preâmbulo da CRFB/1988, estampado no artigo 3º, I, afirmando ser parte dos objetivos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988). Dessa forma, vê-se que a CRFB/1988 assegura às crianças, aos adolescentes e aos jovens princípios que asseguram-lhes o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, ao respeito, à dignidade, à liberdade e a convivência familiar comunitária, ainda estando a salvos de qualquer tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Concomitantemente, o mesmo texto assegura a especial proteção ao idoso, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de sua participação em sociedade, garantindo-lhes o direito à vida e defendendo à sua dignidade e bem-estar, propiciando-lhe o acesso a políticas públicas para o resguardo de tais garantias. Nessa toada, o Estatuto do Idoso normatizou e referendou uma série de direitos e prerrogativas aos idosos - pessoas com mais de 60 anos de idade -, e hoje, contemporaneamente garante ainda mais direitos àqueles que superaram a casa dos 80 anos, os quais tecnicamente se enquadram como superidosos.

Atualmente, para Filho (2017, p. 477), a velhice além de tratar-se de um fenômeno biológico e psicológico, que se inicia a partir dos 40 anos no ser, porém se instaura jurídica e geneticamente aos 60 anos de idade, possui uma dimensão existencial, econômica, política, moral, social e jurídica, a qual altera a sua conexão com o tempo, com o mundo e com a história.

Ao se tratar de direito dos idosos, é possível nortear-se à luz do conhecimento de Leite *et al.* (2017, p. 25):

A existência da pessoa idosa como sujeito de direitos surge do reconhecimento de que há um grupo de pessoas que se identificam por uma condição humana específica, qual seja, o estado de velhice, que demandam proteção dirigida, em razão das fragilidades que os acometem, limitando-os a capacidade de exercício das ações diárias, considerada a debilitação física e mental que se agrava com o passar do tempo.

Entretanto, engana-se quem imagina que as prerrogativas inerentes ao envelhescente são restritas a leis do século presente, pois já em 1994, a lei 8.842

dispôs sobre a Política Nacional do Idoso, conceituando em seu artigo 2º que “considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade” (BRASIL, 1994), reflexo do que já estampava a CRFB/1988, em seus artigos 229⁷ e 230⁸. Contudo, essa determinação não se refere apenas a preceitos materiais, mas sim às necessidades afetivas e psíquicas dos idosos. (DIAS, 2013, p. 481).

Nesse aspecto, não por acaso, a Política Nacional do Idoso, em seu artigo 3º, traz em seu texto os princípios pela qual é regida, estando entre eles o entendimento de que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar aos idosos o direito à cidadania, garantindo sua participação na comunidade e defendendo a sua dignidade, o bem-estar e seu direito à vida⁹.

Contudo, sem dúvida nenhuma, o elenco de direitos fundamentais em benefícios aos idosos apresentou um grande avanço com o advento da CRFB/1988, a qual inaugurou uma série de direitos fundamentais, no qual os idosos foram contemplados com o artigo 3º, IV, que estabelece como objetivos da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, no que independe a sua cor, raça, sexo, idade e quaisquer formas de discriminação (LEITE; TAVARES, 2017, p. 42). Tal garantia foi reflexo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 25, I¹⁰, expressa que todos os seres humanos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e bem estar de si mesmo, inclusive o direito à segurança na velhice.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ Art. 3º A política nacional do idoso reger-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;

II - o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos;

III - o idoso não deve sofrer discriminação de qualquer natureza;

IV - o idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através desta política;

V - as diferenças econômicas, sociais, regionais e, particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil deverão ser observadas pelos poderes públicos e pela sociedade em geral, na aplicação desta lei.

¹⁰ Art. 25. [...] I- Todos os seres humanos têm direito a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e bem-estar de si mesmo e da sua família, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora do seu controle.

Segundo Silva e Leite (2018, p. 23):

O idoso como a criança, precisa de amparo legal, mesmo estando fixada em lei a obrigação da família de cuidar dos idosos, existe um dever em relação ao respeito e laço familiar, necessitando de um mínimo de satisfação de suas necessidades básicas, como também em relação às necessidades afetivas. Sendo eles abandonados muitas vezes em asilos, sofrendo abandono material e imaterial.

Dessa forma, percebe-se como diversas mudanças sociais e jurídicas têm se preocupado com a proteção à pessoa idosa e é nesse sentido que surgem as preocupações de direito de personalidade, com o intuito de possibilitar proteção aos bens jurídicos essenciais. Um exemplo de mudança social da proteção à pessoa que vem sofrendo alterações é a violação da dignidade da pessoa humana em ambiente familiar, pois ainda que a CRFB/1988 tenha incluído mudanças significativas no que tange às famílias, impondo normas isonômicas e anti-discriminatórias, ainda há uma ruptura no dever do cuidado com os pais idosos. (BORIN; ARMELIN, 2014, p. 200).

A propósito, o abandono afetivo ocorre quando a família se torna omissa em relação ao amparo afetivo e material, eis que mesmo que a prestação pecuniária não seja fator de esquecimento do dever de prestar afeto, ela se faz necessária, pois os idosos sofrem com o medo de passar fome, frio e viver em condições indignas e acabar passando por situações de miséria (SILVA; LEITE, 2018, p. 24).

Nesse diapasão, muito se discute hoje sobre o abandono afetivo no âmbito do direito de família que, para Lôbo (2014, p. 65), é o princípio que alicerça o direito de família nas relações socioafetivas, estando entrelaçado com os princípios da dignidade humana e da solidariedade, haja vista que faz brotar a igualdade entre irmãos, biológicos ou não, respeitando os direitos fundamentais, além de trazer consigo um forte sentimento de solidariedade familiar entre o núcleo.

Por conta disso, percebe-se que a família atual tem como base os laços de afetividade, tornando-se um princípio fundamental para a convivência familiar, andando pari-passo com os princípios da solidariedade familiar, da dignidade humana e da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos, abandonando o padrão tradicional, tendo como esteio a força do afeto que, segundo Lôbo (2014, p. 67) é o único que mantém as pessoas unidas nas relações familiares.

Portanto, afeto não pode ser confundido com amor, mas um sentimento que vai mais além, uma ligação entre as pessoas, que solidifica a relação de carinho e

cuidado entre os seres humanos. Contudo, por vezes a ausência deste sentimento implica no abandono afetivo que, segundo Borin e Armelin (2014, p. 200) é:

Praticado contra o idoso é capaz de lesar, simultaneamente, vários bens jurídicos protegidos, a saber: direito que enseja respeito a dignidade, a vida, integridade física, mental e moral, além de impedir sua manutenção no convívio familiar. Diante dessa realidade, direciona-se o abandono afetivo a uma conectividade com a violação da dignidade da pessoa humana do idoso protegidos pela Constituição Federal, estabelecendo o abandono afetivo como consequência de sofrimento psíquico e social ao idoso.

Nesse mesma linha de entendimento, Silva e Leite (2018, p. 25) afirmam que o abandono afetivo, assim entende-se na ausência de convivência, de cuidado, no desrespeito por direitos adquiridos e na falta de apoio, o que definem como abandono afetivo inverso, o qual denota a falta de cuidado permanente com os genitores idosos, constituindo violência da forma mais grave contra o idoso, pois há desprezo, desrespeito e indiferença.

É fato que os recursos materiais são de suma importância para a sobrevivência do idoso, mas o afeto - ou a falta dele -, também causam grandes impactos, pois quem vive em um ambiente fraterno tem um amparo e auxílio maior, trazendo forças para enfrentar as dificuldades que a vida traz (VIEGAS; BARROS, 2016, p. 185).

Sobre o abandono material, Viegas e Barros (2016, p. 182) afirmam:

O abandono material, considerado um crime de desamor, caracteriza-se pela omissão injustificada na assistência familiar, ocorrendo quando o responsável pelo sustento de uma determinada pessoa deixa de contribuir com a subsistência material de outra, não lhe proporcionando recursos necessários ou faltando com o pagamento de alimentos fixados judicialmente.

À vista disso, nota-se, que por mais que a legislação cível traga a essencial proteção no que tange aos direitos fundamentais dos idosos como a segurança, bem-estar, saúde, alimentação, vestuário, entre outros, não é o bastante para que esses direitos estejam realmente garantidos. Isso mostra que a doutrina possui uma grande tarefa em complementar e assegurar a efetiva proteção e, não obstante a isso, busca-se como suplemento outras legislações.

Não por acaso, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 244¹¹, dispõe sobre a responsabilidade penal em relação ao abandono material perante os idosos, o que é corroborado pelo Estatuto do Idoso, que contempla e tipifica algumas condutas praticadas contra essa parte da população que igualmente está em vulnerabilidade, em especial nos artigos 97¹², 98¹³ e 99¹⁴. Observa-se que é dever dos filhos prestar todo amparo aos genitores idosos, quer seja afetivo ou material, caracterizando como omissão o crime cometido.

Por tudo isso, o eventual auxílio material prestado ao genitor jamais irá estancar a necessidade do afeto, devendo o amparo ao idoso ir além, prestando-lhe uma ampla e total assistência muito mais ligada ao afeto do que propriamente o material. Dessa forma, oportuno o debate da questão trazida na presente pesquisa, mormente quando perante as Casas Legislativas do Brasil – o Senado e a Câmara dos Deputados- o tema ganha espaço com a possibilidade de deserdação dos herdeiros que praticam o abandono afetivo em desfavor dos ascendentes, como será abordado no próximo capítulo.

2 A DESERDAÇÃO COMO CAUSA PARA O AFASTAMENTO DO HERDEIRO NECESSÁRIO DA SUCESSÃO

A herança, conforme conceito clássico significa um bem, direito ou obrigação transmitidos por disposição testamentária ou por via de sucessão. O CCB/2002 dispõe, em seu artigo 1.784¹⁵ e seguintes, o rito a ser seguido após declarada aberta

¹¹ 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.

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País

¹² Art. 97. Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

¹³ Art. 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:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

¹⁴ Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa. (BRASIL, 2003)

¹⁵ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

a sucessão, no qual a herança se transmite imediatamente aos herdeiros legítimos e necessários.

Além dos herdeiros legítimos e necessários dotados de legitimidade, mas que não podem suceder por estar em uma posição que não alcança herança, há pessoas que não são legitimadas e as que são legitimadas a suceder, porém são excluídas da sucessão e, por fim, existem os herdeiros necessários que são deserdados pelo *de cuius* (LÔBO, 2014, p. 170).

Dessa forma, tem-se a deserdação como medida cível, utilizada pelo autor da herança para afastar os herdeiros necessários da sucessão por meio do ato de última disposição, caso tenham praticado ato injustificável. Já no sentido técnico, sob a ótica do conhecimento de Carvalho (2015, p. 758) deserdar indica a privação da quota legítima do herdeiro necessário, por meio de testamento, após analisados os pressupostos processuais.

Para Lôbo (2014, p. 182), a deserdação é ato voluntário do testador, desde que se enquadre em uma das causas previstas em lei. Segundo Santos (2012, p. 112) a deserdação é o único meio que o testador possui de afastar os herdeiros necessários da sucessão. O artigo 1.961, do Código Civil, refere que “Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão” (BRASIL, 2002).

Então, pode-se perceber que outras classes de herdeiros não podem ser excluídos da sucessão, somente os herdeiros necessários que, conforme expressa o artigo 1.845¹⁶ do CCB/2002. Registre-se que a doutrina tem como entendimento de que a(o) companheira(o) também deve fazer parte do rol de herdeiros necessários, segundo o estudo de Dias (2015, p. 329):

Art. 1.785. A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.

Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

Art. 1.787. Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

¹⁶ Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

A partir da Constituição Federal, que equiparou a união estável ao casamento (CF 226 § 3º), sempre que a lei fala em “cônjuge” é necessário ler “cônjuge ou companheiro”. Assim, é indispensável reconhecer que os partícipes da união estável também são herdeiros necessários, e como tal sujeitam-se a deserdação.

A doutrina e a orientação do Supremo Tribunal Federal estão no mesmo passo ao caracterizar o companheiro como herdeiro necessário, veja-se por ocasião do julgamento do Tema 498 que firmou a tese de que “é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CCB/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CCB/2002”. Nesse passo, inquestionável a inclusão da(o) companheira(o) como herdeiro necessário.

Carvalho (2015, p. 759), caracteriza a deserdação:

A deserdação é, quanto à sua natureza jurídica, uma pena civil severíssima, a ser inferida, inicialmente pelo hereditante através do testamento, e confirmada por sentença judicial, tendo como efeito, como já mencionado, privar-se o herdeiro necessário de sua quota legítima (também denominada de quota legítima), sendo afastado, assim, o importante princípio da intangibilidade da legítima, a alcançar com exclusividade tais herdeiros, que, no desenho do art. 1.845 do Código Civil atual, são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Feito esse necessário registro, insta referir que os efeitos da exclusão do herdeiro são de cunho pessoal, não transferindo a punição aos filhos do deserdado, conforme expresso no artigo 1.816¹⁷ do CCB/2002. Outrossim, a exclusão testamentária dos descendentes por ascendentes via deserdação, possui um rol de situações que estão elencadas no artigo 1.962¹⁸ do CCB/2002, que se reporta ainda a outras hipóteses do artigo 1.814¹⁹ do mesmo dispositivo legal.

¹⁷ Art. 1.816. São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.

Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

¹⁸ Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

¹⁹ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

Nas palavras de Venosa (2013, p. 312), pode-se caracterizar a ofensa física da seguinte maneira:

A ofensa física é qualquer forma de agressão contra o corpo da vítima. A lei não distingue, não falando da gravidade da ofensa. Destarte, mesmo a ofensa leve é causa de deserdação. O ato é desrespeitoso. Tanto mais grave será quando a ofensa se reveste de um ato de escárnio, quando o ânimo de ofender moralmente é prevalecente, o que mais se aproxima da ofensa contra a honra, da denominada "injúria real". Arremessar o líquido de um copo contra a vítima, por exemplo.

O desamparo do ascendente pode ser descrito pelas palavras de Lôbo (2014, p. 185):

São duas as hipóteses: alienação mental ou grave enfermidade do ascendente, em razão das quais o descendente sucessível se distanciou sem prestar-lhe os cuidados possíveis. O ascendente desamparado referido na lei é o próprio de cujus, pois alude o Código Civil, art. 1.962, a "do ascendente" e não a "de ascendentes", o que alcançaria todos (o pai ou a mãe sobrevivente, os avós etc.).

Sob a ótica de Rizzardo (2015, p. 519), complementa-se ainda o desamparo do ascendente:

Nas situações mais difíceis dos pais é que devem acorrer os filhos. E uma delas é na enfermidade ou alienação mental, quando a pessoa fica impotente de fazer frente, sozinha, à vida. Da mesma forma que recebeu o filho amparo e todos os cuidados quando menor e incapaz, por uma justa razão de reciprocidade de tratamento exige-se a colaboração nas contingências referidas acima dos pais. Ficando eles não propriamente na mendicância, ou em estado de doença grave, mas em extrema velhice, ficam as pessoas inteiramente abandonadas, sendo necessário o socorro de entidades assistenciais para ampará-los. A interpretação, nestas situações, deve ser extensiva, pois repugna à consciência humana o abandono.

Ao habilitar o deserddado em alguma das cláusulas dos artigos mencionados acima, deve o testador, conforme determinação do artigo 1.964²⁰ do CCB/2002, descrever a situação a qual levou a tomada de decisão de exclusão da sucessão (SANTOS, 2012, p. 116). Para Speridião e Aguiar (2013, p. 49):

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

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

²⁰ Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

Para que se determine a deserdação, é imprescindível que o motivo que deu causa a exclusão do herdeiro necessário esteja expresso no testamento, tendo em vista que tal instituto consiste em uma pena civil para aquele que adotou um comportamento incompatível com a qualidade de herdeiro.

Percebe-se, então, que o único meio legal de deserdação é o testamento, independentemente do tipo testamentário. Porém, o ato de última disposição deve ser válido, como bem assevera Venosa (2013, p. 320): “como só ocorre deserdação por testamento, o testamento nulo ou revogado, não gerando qualquer efeito para fins sucessórios, também não gerará a deserdação. Trata-se então de pressupostos lógicos a validade e eficácia do testamento”.

Entretanto, ainda que a deserdação nos casos de desamparo do autor da herança esteja prevista no inciso IV do artigo 1.962 do CC/2002, este é um instituto bastante criticado, pois o texto prevê a deserdação somente se o autor da herança estiver acometido por grave enfermidade ou alienação mental. A doutrina majoritária defende a taxatividade desse rol, no entanto existe outra corrente que acredita que essa taxatividade deve ser quebrada, considerando como premissa a garantia da dignidade da pessoa humana face ao direito sucessório (SILVA, 2018, p. 34).

Ainda que os institutos da deserdação e a indignidade tenham a mesma finalidade - a exclusão da sucessão daqueles que praticaram atos reprováveis em desfavor ao autor da herança -, ambas não podem ser confundidas, visto que a deserdação tem início por ato de vontade do autor da herança, o qual é demonstrado pelo ato de declaração testamentária com cláusula deserdatória, a qual alcança diretamente o herdeiro necessário. Já a indignidade abrange todos os sucessores do hereditando e suas cláusulas estão previstas no artigo 1.814 do CCB/2002. O requisito presente em ambos institutos é que a sentença deve ser confirmada através de decisão judicial (CARVALHO, 2015, p. 762).

Rizzardo (2015, p. 515), diferencia indignidade e deserdação:

Enquanto a indignidade afasta da sucessão todos os sucessores, legítimos ou testamentários, necessários ou não, a deserdação serve apenas para privar da herança os herdeiros necessários. Finalmente, enquanto por sua natureza a deserdação só se pode basear em fatos ocorridos antes da morte do *de cujos*, pois este os deve articular em seu testamento, a indignidade pode se fundar em atos posteriores, ou simultâneos, à morte do hereditando, como hipótese de causá-la o homicídio que este é vítima e o herdeiro autor.

Contudo, ainda que seja omissa a previsão legal para a deserdação como causa de exclusão do herdeiro, ao se tratar de abandono afetivo e material, já existem movimentações para positivar essa hipótese, como se percebe no Projeto de Lei nº 3.145/2015, de autoria do deputado Vicentinho Júnior (PSB/TO), tendo como justificativa o grande número de idosos no Brasil, população que vem crescendo gradativamente, ao mesmo tempo em que também aumentam o número de denúncias de maus tratos e humilhações, aliado ao abandono material e afetivo a que estão expostos, sem o mínimo de assistência básica, no qual os descendentes deixam de cumprir com o dever de zelo e proteção.

Nesse sentido, o principal objetivo do deputado com a propositura do Projeto de Lei é garantir a sanção civil ao herdeiro, visto que já há sanção penal para o abandono de idosos em hospitais, casa de saúde e entidades de longa permanência. Assim, a proposta tem como finalidade alterar o CCB/2002 a fim de que se permita a deserdação do descendente ao cometer o abandono afetivo e moral em relação ao seu ascendente, independente se for idoso ou não.

Por conta disso, caso venha a ser aprovado o Projeto de Lei, será incluso aos artigos 1.962 e 1.963, do CCB/2002 (Lei nº 10.406/2002), o inciso V, que irá regulamentar a deserdação nas hipóteses de abandono:

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

[...]

V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres;

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

[...]

V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres;

De todo modo, o Projeto de Lei, ao incluir o inciso V aos artigos mencionados, busca reforçar e ampliar a proteção dos ascendentes perante o abandono afetivo e material oriundo de seus descendentes e, ainda, de forma igualitária, garantir – na mesma esfera - a possibilidade de deserdação do ascendente pelo descendente caso sofram abandono.

Como bem asseverado, portanto, o legislador possui o ânimo de ampliar o rol de situações previstas no CCB/2002 que podem caracterizar a deserdação. O

Projeto de Lei, que tramita desde o ano de 2015, já possui a sua redação final aprovada e aguarda a apreciação do Senado Federal.

Porém, somente aplicar alguma das situações já elencadas não basta, é necessário após a abertura da sucessão que seja provado que o possível deserddado tenha realmente descumprido com as situações que autorizam a deserdação, cuja prova incumbe ao autor da ação, como bem será abordado no capítulo seguinte.

3 O ÔNUS DA PROVA PARA AFASTAR O HERDEIRO NECESSÁRIO DA SUCESSÃO POR DESERDAÇÃO

Como já referido, é somente através do testamento que se atesta a deserdação, podendo este ser público, cerrado ou particular. Todavia, não basta apenas o testamento para que a deserdação esteja totalmente admitida, visto que após aberta a sucessão, o herdeiro a quem aproveitar a deserdação daquele que pelo testador foi excluído da sucessão, deverá ingressar com ação ordinária a fim de provar a causa e obter por sentença, a exclusão do outro, pois lhe compete o ônus. (RIZZARDO, 2015, p. 522) A propósito, essa questão está positivada no diploma material civil brasileiro em seu artigo 1.965²¹.

Dias (2015, p. 335), discorre sobre a ação de deserdação:

Dispõem de legitimidade ativa para a demanda os demais herdeiros que irão se beneficiar com a exclusão do deserddado. A ação pode ser proposta pelo inventariante, bem como pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente. Também o onerado (CC 1.934²² parágrafo único), o testamentário e o Ministério Público podem propô-la, pois têm o dever de zelar pelo cumprimento do testamento, onde se encontra a manifestação de vontade do testador de deserddar um herdeiro.

Contudo, toda e qualquer ação de deserdação implica necessariamente à prova. A título de respeito de aplicação da norma, apresenta-se o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a seguinte ementa, a respeito da falta de prova:

²¹ Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.

²² Art. 1.934. No silêncio do testamento, o cumprimento dos legados incumbe aos herdeiros e, não os havendo, aos legatários, na proporção do que herdaram.

APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. AÇÃO DE DESERDAÇÃO. 1. Nos termos do artigo 1.965 do CCB, a eficácia da disposição testamentária de deserdação exige a comprovação da veracidade da causa arguida pelo testador. 2. Caso concreto em que o autor não se desincumbiu do ônus de demonstrar a veracidade das imputações apostas no testamento e atribuídas à demandada, tornando ineficaz, por falta de operosidade, a referida disposição testamentária. RECURSO PROVIDO (Apelação Cível, Nº 70081282667, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em: 29-05-2019) (BRASIL, 2019, p.01).

A exigência de prova é tradição do Direito, sendo questão de primária condição para consagrar a deserdação. Para demonstrar a prova, o autor da demanda deverá ingressar com a ação no prazo de 4 (quatro) anos, a contar da abertura da sucessão, e, caso a ação não seja postulada, corre-se o risco de decadência do direito. Para ingressar com a ação, deverão recorrer ao mesmo juízo o qual tramita o inventário, ou ainda naquele que foi o último domicílio do testador. Nesse caso, se o inventário estiver em andamento, ficará suspenso enquanto tramitar a ação ordinária de deserdação (Rizzardo, 2015, p. 522).

No que concerne a ação para legitimar a deserdação, o artigo 1.965, parágrafo único do CCB/2002 é claro em relação ao prazo: “O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento” (BRASIL, 2002).

No julgado referido anteriormente, a Relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, transcreveu parte do ato de última disposição, no qual restou por deserdar a herdeira necessária, como se depreende:

Deserdação – Que além do legado integral da parte disponível deixada a favor de NELSON HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES, por meio do presente Testamento, conforme lhe autoriza o art. 1.964 do Código Civil, deserda a sua neta FERNANDA LUISA FARIAS DIAS, em razão da conduta dessa neta em relação à testadora ao longo dos últimos anos, através da prática de atos atentatórios à integridade mental e moral da testadora, bem como contra sua honra e dignidade, e pelo abandono e desamparo por parte da referida neta. Que por estes atos a testadora decidiu DESERDAR a descendente acima nominada, pois deseja a testadora que a ora deserdata não venha a se beneficiar dos bens eventualmente deixados, e com a presente deserdação, todo o seu patrimônio passa a ser disponível, por inexistirem herdeiros necessários, beneficiando ainda mais o herdeiro acima indicado (BRASIL, 2019, p.04).

Como se depreende, a testadora refere textualmente que sua neta teria praticado “*atos atentatórios à integridade mental e moral da testadora, bem como contra sua honra e dignidade*” e ainda, teria praticado, “*abandono e desamparo*”.

Entretanto, a demandada - herdeira excluída -, apresentou provas com o intuito de desobjetivar a sentença, como bem destacou a Relatora do voto:

Diz nunca ter ofendido sua avó, a falecida ANTÔNIA, explicando que o autor da Ação de Deserdação não permitia o contato da avó com e neta, daí o distanciamento das duas.

[...]

Em razão do distanciamento, a apelante não teve conhecimento das interações da falecida, muito em razão das atitudes de Nelson, vindo a saber do seu falecimento somente dois anos após a data do óbito, haja vista o desinteresse de Nelson em permitir a aproximação entre Antônia e Fernanda.

[...]

Portanto, a cláusula de deserdação não tem sustentação fática ou jurídica para ser mantida, não restando comprovada qualquer situação que permita excluir o herdeiro de seu direito sucessório (BRASIL, 2019, p.03).

No mesmo passo, está a ementa a seguir, que contempla julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESERDAÇÃO. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador. Inteligência do artigo 1.965 do CC. Ausente prova de que o filho tenha realizado injúria grave contra o genitor, nem que houve abandono na ocasião de doença grave a amparar a pretensão de reconhecimento da deserdação. Apelação desprovida (Apelação Cível, Nº 70065508665, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em: 02-12-2015) (BRASIL, 2015, p.01).

Conforme observa-se a seguir por ocasião da leitura do voto do relator, não basta apresentar provas de que houve somente a desavença, é necessário que traga-se aos autos provas concretas dos quesitos elencados no artigo 1.962:

A prova oral é clara no sentido de que havia desavenças entre Arlindo e o filho, ora apelado, e que este não visitava os pais, mas não há qualquer indicativo de que houve injúrias grave praticadas pelo apelado. Também não há prova de abandono dos pais em situação de doença. A genitora do apelado foi hospitalizada e era cuidada por Arlindo e Salete, e não há prova de que o genitor sofria de doença grave, ao contrário, a testemunha Vanessa A.C. afirmou que Arlindo ficou lúcido até a morte. Assim, o apelante não logrou comprovar a existência de causa capaz de justificar o reconhecimento da deserdação (BRASIL, 2015, p. 06).

Como exemplo positivo, a jurisprudência infracitada trata-se de caso no qual a deserdação restou caracterizada pela falta de cuidados afetivos e materiais do descendente para com a ascendente:

APELAÇÃO — DESERDAÇÃO – Genitora que trabalhava autonomamente até adoecer de câncer e enfrentar metástase, a partir do que necessitou da ajuda material de ambos os filhos, adultos e capazes – Filho varão que tinha ciência da gravidade da doença e dispunha de elevados rendimentos profissionais, mas se recusou a prestar auxílio – Ajuizamento de ação de alimentos pela genitora, em que fixados alimentos provisórios em primeiro grau e ampliados em sede de recurso – Elaboração de testamento público, com cláusula de deserdação – Posterior óbito, que implicou a extinção da ação de alimentos, sem julgamento do mérito – Conjunto probatório convincente quanto à comprovação da causa deserdativa – Sentença que declara a deserdação e ultrapassa o pedido ao declarar que a irmã passou a ser herdeira única – Nulidade parcial da sentença, em razão da violação do princípio da congruência – Sentença mantida quanto à deserdação - DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso. (Apelação Cível, Nº 1019208-41.2017.8.26.0071, 8ª Câm. Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel.: Alexandre Coelho, Julgado 31-07-2019) (BRASIL, 2019, p. 03).

Trata-se de apelação interposta pelo herdeiro afastado da sucessão que, não contente com a decisão que julgou procedente a ação de deserdação, restou por excluí-lo da sucessão de sua genitora, deixando somente sua irmã – autora da ação de deserdação - como herdeira universal. Entretanto, a 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão do Juízo a quo, aduzindo que a demanda está fundada na causa do artigo 1.962, IV, do CCB/2002 “*desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade*”. Os trechos a seguir, extraídos do relatório relatam as provas que foram apresentadas para que o abandono afetivo e material tenha sido caracterizado:

A falecida mãe das partes possuía salão de beleza, do qual tirava seu sustento. Na fase mais aguda do câncer de que foi acometida, obviamente teve de se abster de trabalhar. Nesse momento, pediu auxílio material dos filhos e só foi atendida pela autora que lhe auxiliou presencialmente. Quanto ao requerido, a genitora precisou provocar o Judiciário para obter alimentos. Este preferiu (ação de n. 1003904-36.2016.8.26.0071-2ª VFS-Bauru) o caminho da contestação com ataques pessoais contra a índole da própria mãe à celebração de um acordo. (BRASIL, 2019, p.06).

No trecho acima, está demonstrado que desde o momento em que a genitora recorreu aos filhos buscando o auxílio material, cuja pretensão é legítima conforme o artigo 229 da CRFB/1988 “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”, o mesmo foi negado por seu filho, demonstrando desinteresse em sua situação, como bem destacado no voto pelo Relator:

Ademais, os depoimentos das testemunhas nesta ação corroboraram as alegações da autora no sentido de que a mãe das partes precisou reduzir o

ritmo de trabalho, até o ponto de parar, para se dedicar ao tratamento e, sem recursos, restou-lhe pedir aos filhos para que lhe amparassem no momento mais difícil de sua vida. De mais a mais, até restou consignado pelas testemunhas que o requerido sequer compareceu ao velório de sua mãe. Assim, pelas provas juntadas nessa ação e da contestação da ação de alimentos movida pela falecida contra o requerido, sendo que ele era o filho que mais detinha condições materiais para tanto, entendendo a deserdação é de rigor. (BRASIL, 2019, p.07).

E mais adiante, continua o Desembargador no cotejo da prova:

Relevante, também, observar que a apelada, na condição de imã do apelante, tentou intermediar uma solução amigável para a controvérsia alimentar e em razão disto trocou mensagens eletrônicas com ele, nas quais ele se referia à genitora dele como sendo apenas a genitora dela, isto é, o próprio apelante já sinalizava no mesmo sentido da deserdação posteriormente concretizada em testamento. Nesse sentido, em mensagem juntada a fls. 91, de 18/05/2016, o apelante inicia seu discurso informando que “o Rh da empresa que eu trabalho recebeu hoje a notificação sobre a pensão que a sua mãe está pedindo.” (grifou-se). A ausência do apelante no velório da genitora evidencia também seu desprezo por ela. Em suma, a respeitável sentença evidencia que a genitora estava gravemente enferma e em precárias condições financeiras, do que tinha plena ciência o apelante, o qual, mesmo contando com expressivos ganhos salariais, virou-lhe as costas, em lamentável conduta de desamor e desumanidade, em inequívoco desamparo material, bastante para a deserdação adequadamente reconhecida em primeiro grau. (BRASIL, 2019, p. 08).

Como se denota, houve uma notória e cabal demonstração das provas materiais necessárias para que a ação de deserdação fosse acolhida pelos juízos de primeiro e segundo graus, as quais evidenciam que o descendente desamparou sua genitora enquanto a mesma estava acometida por grave enfermidade.

Entretanto, caso a ação não seja proposta ou não seja acolhida pelo Juízo, é impossível falar-se em deserdação, a qual também não ocorrerá caso haja desinteresse dos legitimados em ingressar com a demanda. Dessa forma, soa de modo positivo ao herdeiro excluído pelo testamento, mantendo a qualidade de herdeiro necessário, onde volta a integrar a ordem de vocação hereditária, recebendo o que é devido (DIAS, 2015, p. 337).

Assim, torna-se claro que aberta a sucessão testamentária, cabe ao beneficiário da deserdação, o testador ou Ministério Público, ajuizar ação de deserdação para comprovar as causas ensejadoras da deserdação, no prazo estipulado na lei, devendo ser proposta no mesmo Juízo o qual tramita o inventário, sob pena de não ser levada a efeito a vontade do testador em seu ato de última disposição de vontade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família, é a primeira e principal referência do ser humano, no qual o Estado tem como missão preservar sua estrutura e é nessa esfera de importância para a sociedade, que surge o reconhecimento de outras entidades familiares além das formadas pelo casamento - que não mais obriga a diversidade de gênero -, mas ampliando e muito as entidades familiares, todas elas igualmente protegidas pelo Estado, calcadas pela afetividade, solidariedade e dignidade humana, garantindo assim a proteção social mínima e, sobretudo, uma vida digna, independente do núcleo o qual o ser esteja inserido, tendo como esteio a solidariedade familiar atrelada ao princípio da afetividade, assegurando assim uma sociedade fraterna.

Na esfera mais comentada na presente pesquisa - a tutela dos direitos dos idosos -, uma série de normas são aplicadas para sua proteção e para que assegure os direitos básicos à esta faixa etária da sociedade, várias são os dispositivos legais existentes, como por exemplo o Estatuto Nacional do Idoso, a Política Nacional do Idoso e a CRFB/1988, determinando que os idosos necessitam de amparo legal. Contudo, inobstante a existência de diversas normas que garantem a proteção aos idosos, são diversos os casos de abandono, principalmente afetivo, o qual caracteriza-se pela falta de cuidado, carinho e atenção, levando à dúvida de que se esses descendentes que abandonam afetivo e materialmente seu ascendente merecem participar da sucessão.

Nesse passo, surge o instituto da deserdação, o qual possibilita que o genitor que esteja sofrendo abandono afetivo ou material ou tenha sido lesado com alguma das situações elencadas nos artigos 1.814 e 1.962 do CCB/2002, o qual deve ser realizado em testamento público, privado ou cerrado, que deverá ser confirmado por decisão judicial em até quatro anos após aberta a sucessão.

Contudo, ainda que a doutrina defenda que o rol de situações que caracterizam a deserdação seja taxativo, e que o abandono afetivo e material não esteja expresso nesse rol, a discussão já existe no âmbito das Casas Legislativas brasileira – no Senado - especificamente através do Projeto de Lei nº 3.145/2015, o qual busca acrescentar e garantir a punição cível de deserdação ao descendente que abandonar seu ascendente em hospitais, casas de saúde, entidade de longa

permanência ou estabelecimentos similares – caracterizando plenamente o abandono afetivo e material.

Dessa forma, a partir da realização da presente pesquisa, é possível concluir que mesmo que exista dispositivos que autorizem a deserdação, a legislação ainda é omissa em relação ao abandono afetivo/material, pois ao ingressar com a ação de deserdação é necessário que seja provado que o possível deserddado tenha praticado o abandono afetivo ou material, cuja acessibilidade à prova é mais viável. Nesse último caso a prova do sofrimento, da dor e da angústia que sentiu ao ser abandonado afetivamente no momento de sua velhice e/ou no momento em que mais necessitou torna-se mais delicada, mas não impossível, sendo um debate que deve ganhar mais espaço no âmbito do Direito a partir de debates como este.

REFERÊNCIAS

- BORIN, Roseli; ARMELIN, Priscila Kutne. Abandono afetivo do idoso e a responsabilização civil por dano moral. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, PR, n. 20, p. 199-221, ago. 2014. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/448>. Acesso em: 19 maio 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 maio 2019.
- BRASIL. **Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2019.
- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 07 maio 2019.
- BRASIL. **Lei nº 10.741 de 01 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Estatuto do idoso. Brasília, DF, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 07 maio 2019.
- BRASIL. **Lei nº. 8.842, de 04 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Política Nacional do idoso. Brasília, DF, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm. Acesso em: 08 maio 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.145/2015, de 29 de setembro de 2015.** Dispõem o funcionamento de bancos de dados e serviços de proteção ao crédito e congêneres e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento nº 70080604010.** Agravo de instrumento. Inventário. Sucessão do companheiro. Inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC. Aplicação do disposto nos arts. 1.829, iii, e 1.838, ambos do CC. O E. STF, no julgamento do recurso extraordinário nº 878.694, em repercussão geral, declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC e fixou a seguinte tese: “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. Agravo de instrumento provido. Recorrente: Ana Claudia Marinho da Silva. Recorridos: Sophia Bianchi De Mello Cunha, Ninive Bianchi De Mello Cunha, Lorenzo Bianchi De Mello Cunha, Carla Patricia Bianchi De Melo Bauer De Souza. Relator: Jorge Luís Dall'agnol, 29 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70065508665.** 4. Apelação cível. Ação de deserção. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserção, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador. Inteligência do artigo 1.965 do cc. Ausente prova de que o filho tenha realizado injúria Grave Contra O Genitor, Nem Que Houve Abandono Na Ocasião De Doença Grave A Amparar A Pretensão De Reconhecimento Da Deserção. Apelação Desprovida. Recorrente: Vilson Itamar Souza Dias, Espolio de Arlindo Miller. Recorrido: Claudio Mario Muller. Relator: Jorge Luís Dall'agnol, 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação cível, nº 70081282667.** Apelação. Direito civil. Sucessão. Ação de deserção. 1.nos termos do artigo 1.965 do ccb, a eficácia da disposição testamentária de deserção exige a comprovação da veracidade da causa arguida pelo testador. 2.caso concreto em que o autor não se desincumbiu do ônus de demonstrar a veracidade das imputações apostas no testamento e atribuídas à demandada, tornando ineficaz, por falta de operosidade, a referida disposição testamentária. Recurso provido. Recorrente: F.L.F.D.. Recorrido: N.H.O.G. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, 29 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação cível, nº 1019208-41.2017.8.26.0071.** Apelação. Deserção. Genitora que trabalhava autonomamente até adoecer de câncer e enfrentar metástase, a partir do que necessitou da ajuda material de ambos os filhos, adultos e capazes. Filho varão que tinha ciência da gravidade da doença e dispunha de elevados rendimentos profissionais, mas se recusou a prestar auxílio. Ajuizamento de ação de alimentos pela genitora, em que fixados alimentos provisórios em primeiro grau e ampliados

em sede de recurso. Elaboração de testamento público, com cláusula de deserdação. Posterior óbito, que implicou a extinção da ação de alimentos, sem julgamento do mérito. Conjunto probatório convincente quanto à comprovação da causa deserdativa. Sentença que declara a deserdação e ultrapassa o pedido ao declarar que a irmã passou a ser herdeira única. Nulidade parcial da sentença, em razão da violação do princípio da congruência. Sentença mantida quanto à deserdação. Deram parcial provimento ao recurso. Apelante: Gustavo Botelho Takeda. Relator: Alexandre Coelho, 31 de julho de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadocompleta.do>. Acesso em 26 out. 2019.

CARVALHO, Luiz Paulo de. **Direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CENSO 2010: população do Brasil é de 190.732.694 pessoas. **IBGE**, 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=1766&t=censo-2010-populacao-brasil-190-732-694-pessoas&view=noticia>. Acesso em: 05 set. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**, v. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**, v. 5. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LEITE, George Salomão. *et al.* **Manual dos direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERITO, Priscila Viana. Possibilidade de exclusão sucessória: indignidade e deserdação. 2017. Brazil, South America. **Trabalho de Conclusão de Curso de Direito – Universidade do Sul de Santa Catarina**, Santa Catarina, SC, 2017. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.E0B434C1&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 19 maio. 2019.

PRETTO, Cristiano. Deserdação: legítima e autonomia do testador. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 31, nov 2013, ISSN 0104-6594. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.30B17F92&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 19 maio. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 9 ed. São Paulo: Editora Forense, 2015.

SANTOS, Ceres Linck dos. Indignidade, deserdação e seus efeitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 30, nov. 2012, ISSN 0104-6594. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71049/40315>. Acesso em: 19 maio 2019.

SILVA, Camila Valéria; LEITE, Glauber Salomão. Abandono afetivo inverso: responsabilidade civil dos filhos. **Interfaces Científicas – Direito**, Aracaju, v. 6, n. 2, p. 19-34, fev. 2018. ISSN 2316-3321. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/4948/2661>. Acesso em: 01 maio 2019.

SILVA, Milena Matos da. Exclusão da sucessão: importância da inclusão do abandono afetivo inverso entre as hipóteses de exclusão da sucessão. **Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação – Universidade Federal de Pernambuco**, Recife, PE, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/27818>. Acesso em: 14 jun. 2019.

SPERIDIÃO, Lucimara Barreto; DE AGUIAR, Cláudia Fernanda. Sucessão testamentária: o abandono afetivo como causa de deserdação. **Revista JurisFIB**. Bauru, v. IV, ano IV, dez. 2013, ISSN 2236-4498. Disponível em: <http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395776639.pdf>. Acesso em: 19 maio 2019.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. v. 7. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. Abandono Afetivo Inverso: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, fev. 2017. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610>. Acesso em: 19 maio 2019.