

RESUMO

O presente ensaio direciona-se ao estudo da possibilidade de se deserdar herdeiros necessários por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar, a despeito de tais hipóteses não estarem expressamente previstas nos róis dos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil Brasileiro.

Palavras-chave: Família. Afetividade. Ausência. Deserdação. Sucessão Testamentária.

ABSTRACT

This essay aims to study the possibility of disinheritance forced heirs due to a lack of emotional relationship and good faith in the family, in spite of the fact that these assumptions are not expressly provided for in Articles 1,962 and 1,963 of the Brazilian Civil Code.

Keywords: Family. Affectivity. Absence. Disinheritance. Testate succession.

* Especialista em Direito de Família e das Sucessões, Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, membro fundador da Academia de Pesquisas e Estudos Jurídicos – APEJUR, advogado em São Paulo.

1. Introdução

A ideia de redigir o presente ensaio nasceu a partir de uma consulta que nos foi endereçada por uma de nossas clientes, a qual se dizia interessada em preservar o quinhão hereditário de seu filho menor impúbere, bem como o seu próprio.

Segundo a narrativa que nos foi apresentada, a consulente vive há mais de dez anos em união estável com o seu companheiro quinquagenário, tendo nascido desse relacionamento um filho que presentemente tem sete anos de idade. Além disso, registra-se a existência de dois outros filhos, maiores de idade, exclusivos do companheiro, advindos de anterior casamento.¹

Ocorre que, às vésperas de completar quarenta e cinco anos de idade, o companheiro foi surpreendido com o recebimento de um oficial de justiça em sua residência, que o citou para responder aos termos de uma ação investigatória de paternidade movida por uma jovem de então vinte e oito anos de idade, supostamente sua filha primogênita.

Realizado o exame de DNA, o companheiro foi, de fato, apontado como sendo o pai da autora da ação de investigação, com percentual de acerto de praticamente cem por cento. Até onde é dado saber, os pais da jovem teriam tido um antigo relacionamento afetivo, acompanhado evidentemente de congresso carnal, durante o período em que frequentaram juntos o mesmo colégio em uma cidade do interior paulista.²

A surpresa da paternidade causou profunda indignação ao companheiro da consulente, pois jamais havia sido sequer informado acerca da gravidez da mãe da jovem, tampouco esta o procurou nesses anos todos com o fito de estreitar os laços de afetividade, de modo a constituírem uma família, ainda que monoparental.

A atitude inusitada e repentina da filha ao buscar solução pela via do Poder Judiciário

deixa transparecer, em verdade, que almeja “preparar o terreno” para, futuramente, pleitear parte ideal do acervo hereditário a ser deixado em virtude do decesso de seu pai, em concorrência sucessória com os outros três filhos – seus meio-irmãos –, além da companheira-consulente. Tal suspeita ganha força na medida em que o pai – réu na ação de investigação de paternidade³ – é conhecido empresário na cidade em que tem residência e domicílio, sendo proprietário de diversos terrenos e politicamente influente no meio social em que vive.

Obviamente, não se está aqui a questionar, a princípio, a qualidade de filha da autora da investigação de paternidade, mormente tendo sido a ação julgada procedente à luz do enorme grau de certeza que o exame de DNA hodiernamente proporciona⁴. Aliás, todos conhecem o dito popular que preconiza: “Filho é filho e ponto final!”. Contudo, pensamos que, atualmente, possa não ser bem assim. De fato, filho é filho, mas daí a colocar um “ponto final” vai longa distância.

Esse nosso modo de refletir encontra fundamento no fato de a afetividade ter sido elevada à importante categoria de princípio do Direito das Famílias. Por conseguinte, onde não houver afetividade não haverá uma família verdadeiramente formada para cumprir o seu primordial papel de possibilitar aos seus integrantes o desenvolvimento das suas melhores potencialidades humanas. É que no atual período pós-positivista vem prevalecendo na doutrina e nos pretórios o entendimento de que não bastam os laços de sangue para a constituição de uma família dita nuclear⁵, mas

3.A referida ação de investigação de paternidade não foi cumulada com pedido de alimentos. Tampouco a filha pretendeu passar a assinar o sobrenome do pai.

4.A medicina moderna reconhece que o exame de DNA tem um grau de confiabilidade de 99,999% e o risco de falha humana no laboratório é controlado com a realização de perícia em 3 etapas. (Disponível em <<http://laboratoriogene.info/Paternidade/Index.htm>>. Acesso em 10.11.2011)

5. “O estudo da família pós-moderna tem a família nuclear como alvo de aprimoramento, ao contrário da era da modernidade, na qual a família era descrita e valorizada sob seu enfoque extenso, como grupo gerador de recursos econômicos, daí seu aspecto patrimonial. Trazendo o aporte da psicologia aplicada ao campo da terapia familiar, pode-se acentuar que a

1.Trata-se, portanto, da denominada “filiação híbrida”, na feliz expressão de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

2.Pelo cálculo que é possível efetuar, o pai da jovem contava com 17 anos de idade quando ela nasceu (45 – 28 = 17).

sim a capacidade de se estabelecer um vínculo de afeto, carinho e amor, é que deve prevalecer em todos os sentidos.

Assim delineada a *quaestio iuris* que envolve a consulente, seu companheiro e os filhos dele exclusivos, bem como o filho único comum do casal, indaga-se se, ao menos teoricamente, a filha primogênita do companheiro poderia ser afastada (*rectius*: deserdata) da concorrência sucessória pelo fato de nunca ter tido qualquer tipo de aproximação do seu pai, mesmo isso lhe sendo possível, de modo a evidenciar um absoluto desinteresse afetivo relativamente à figura de seu genitor.

Acresça-se a informação de que, ao optar por ingressar no Judiciário, a autora da ação de investigação de paternidade deixa ainda mais evidenciada a falta de entrosamento com seu pai que, frise-se, muito tardiamente veio saber de sua existência. A propósito, nem mesmo durante grave cirurgia a que se submeteu mais recentemente, o pai pôde contar com a presença carinhosa e auxílio da filha, pois ambos apenas se cruzaram – sem se falarem – nos corredores da clínica médica onde foi colhido material para a realização do exame de DNA.

Por tudo isso, sabendo-se que o contrário do amor é a indiferença – e não o ódio como se poderia eventualmente supor⁶ –, passaremos a analisar a seguir a possibilidade de a referida filha (herdeira necessária⁷) ser deserdata por seu genitor, pela via testamentária, por falta de afetividade e de boa-fé familiar, hipóteses estas não contempladas expressamente nos

família contemporânea é essencialmente relacional, constituída, progressivamente, como um espaço privado, no qual os membros experimentam um interesse crescente de manter o convívio íntimo e de compartilhar esta intimidade, tornando-se cada vez mais sensíveis à qualidade de suas relações, que serão projetadas nos relacionamentos externos à família. As pautas relacionais humanas são oriundas da família.” (BARBOSA, Águeda Arruda. Conceito pós-moderno de família. In: *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. Coords.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 26)

6. “O ódio nada mais é senão o amor que adoeceu gravemente.” (Chico Xavier)

7. Código Civil, artigo 1.845 – “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”

artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil Brasileiro⁸, que são considerados taxativos, ou seja, *numerus clausus*. Dita deserdação, é óbvio, teria o condão de resguardar os nacos da herança que tocariam aos demais herdeiros do falecido – que com ele conviveram, prestaram auxílio mútuo e foram afetuosos –, sem nenhum decréscimo patrimonial.

A mudança de paradigma ocorrida no direito brasileiro com o advento do Código Civil de 2002, que estabeleceu a responsabilidade objetiva dos pais, afastando o sistema da responsabilidade subjetiva de outrora, demonstra a preocupação social em tornar efetiva a responsabilidade que decorre da função parental, ou seja, do poder familiar, verdadeiro *munus público*, e que, segundo sustenta Pontes de Miranda,⁹ corresponde ao conjunto de direitos concedidos aos pais, “a fim de que, graças a eles, possam melhor desempenhar a missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida”.

Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, o presente artigo tem por finalidade a análise da responsabilidade civil dos pais à luz do direito civil constitucional, na busca por soluções que se mostrem mais condignas aos problemas enfrentados pela sociedade hodierna.

2. Breve Escorço Histórico e Legislação Alienígena

No Direito Romano, primeiro surgiu a deserdação para, depois, passar a serem reconhecidos os casos de indignidade. O pai de família, segundo Eugene Petit¹⁰, estava sempre obrigado a instituir ou deserdar seus herdeiros, não podendo omiti-los. Se o testador não se referisse a um dos filhos o testamento era anulado. Mas, se se tratasse de omissão de filhas ou herdeiros mais distantes, valia o

8. Os artigos 1.962 e 1.963, ambos do Código Civil Brasileiro, tratam das causas que autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes e dos ascendentes pelos descendentes, respectivamente. (v. apêndice – item 12)

9 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*. v. 3. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 109-10.

10. Aut. cit. **Tratado elemental de derecho romano**. Buenos Aires: Albatroz, 1970. p. 682.

testamento, atribuindo-se parte da herança aos herdeiros omitidos.

A denominada *exheredatio* foi o primeiro ato solene de despojamento da herança do filho, imposto como castigo pelo pai. Posteriormente, essa forma de deserdação se converteu em uma declaração testamentária com o fito de excluir determinados herdeiros da sucessão.¹¹

Sílvio de Salvo Venosa¹² relata que “as formas e consequências da deserdação eram diversas se dirigidas a um filho, ou uma filha, ou a outros herdeiros. Pelas fontes parece que podemos concluir que as deserdações abusivas eram raras e, nesse caso, cabia ao pretor deixar intacta a ordem legítima da herança. Havia grande margem de decisão para o pretor decidir no caso concreto. Somente na época imperial é que se concede ação contra a deserdação injusta (*querela inofficiosi testamenti*), numa época em que Roma já vivia na corrupção e dissolução de costumes. Não se consegue fixar corretamente a origem dessa ação, parecendo ter sido trazida dos costumes gregos. Já por essa ‘querela’ não se colocava o herdeiro como beneficiário do testamento, mas anulava-se todo o testamento”.

No direito justinianeu (Novela 115), já estava criada uma herança legítima, sendo que a deserdação devia ser feita nominalmente, com base na lei, pautando-se na ideia de ingratidão. O exercício da querela ficava restrito aos descendentes e ascendentes, aos irmãos e irmãs, quando eram excluídos em benefício de pessoa torpe. Nessa época, então, a deserdação só era possível quando colocada no testamento e justificada por motivos expressos e plausíveis, cuja discussão ficava sempre aberta ao herdeiro legítimo. A expressão moderna da indignidade e deserdação já estava desde essa época desenhada¹³, mas sabe-se que, historicamente, a deserdação é uma instituição que vem de remotas eras, pois se encontra no Código de

Hammurabi, que data de 2000 anos antes de Cristo.¹⁴

Hodiernamente, embora a deserdação constitua instituto jurídico bastante polêmico, não admitido em diversas legislações, é, todavia, acolhido pela legislação civil de Portugal, Espanha, Suíça, Áustria, Alemanha, Argentina, Uruguai, Paraguai, Peru, Chile, Colômbia, Macau, além da brasileira¹⁵. Contudo, conforme adverte Zeno Veloso¹⁶, “em alguns países, não há que se falar em deserdação, pois a liberdade testamentária é irrestrita, absoluta, não havendo o modelo de nosso herdeiro necessário (Inglaterra, EUA, México), podendo o autor da herança dispor, sem nenhuma limitação, de todos os seus bens. Realmente, o Código Civil francês, o Código Civil belga, o Código Civil italiano, o Código Civil venezuelano deixaram de abrigar o instituto, que foi absorvido pela figura da indignidade”.

3. A Família Eudemonista e a Herança na Constituição Federal De 1988

Na visão moderna do Direito das Famílias (não do vetusto Direito de Família), a família é identificada pela comunhão de vida, de amor e de **afeto** no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca¹⁷ (g.n.). Portanto, mesmo que existentes os laços de sangue, não se terá uma verdadeira família, na expressão jurídica da palavra, caso os demais elementos mencionados não estejam presentes entre pessoas de um mesmo círculo. É a vitória do afeto sobre a formal indiferença!

Com efeito, no momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito

11. Cf. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de derecho romano**. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 615.

12. Aut. cit. **Direito Civil: direito das sucessões**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010. p. 318.

13. Ibidem, pp. 318 e 319.

14. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 5ª edição. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 422.

15. Ibidem, p. 423.

16. Aut. cit. **Comentários ao Código Civil: parte especial – direito das sucessões**. vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). Coord.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 307.

17. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº 24. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2004. p. 138.

mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas¹⁸. Daí ter surgido uma nova designação para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, isto é, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros¹⁹. Por outras palavras, o eudemonismo²⁰ enxerga a felicidade como um bem supremo, que não pode ser comparado a qualquer outro.

A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram²¹. A possibilidade de buscar formas de **realização pessoal** e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar²². (g.o.)

Por conseguinte, a busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade, ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida²³. Logo, pode-se afirmar que existe uma família onde

18. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 55.

19. WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 2ª edição. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 32.

20. Expressão que, na sua origem grega, liga-se ao adjetivo ‘feliz’ e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral, isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade. (HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. p. 592)

21. PIANOVISKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas e monogamia**. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana**. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 205.

22. MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas perspectivas da família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 20.

23. DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 55.

houver **afetividade** como elo de união e comprometimento entre os seus diversos integrantes. (g.n.)

Relativamente ao direito de herança, tem-se que ele foi constitucionalizado na Carta Magna de 1988, no artigo 5º, XXX²⁴, não podendo a lei civil deixar de reconhecer a sucessão hereditária de herdeiros necessários (filhos, especialmente), se os houver, nos bens deixados pelo de cujus²⁵.

De fato, o Código Civil de 2002 não deixou de contemplar os descendentes, os ascendentes e o cônjuge supérstite, na qualidade de herdeiros necessários de primeira, segunda e terceira vocação, respectivamente – vide as hipóteses de concorrência (artigo 1.829)²⁶ –, de modo a atender plenamente o comando constitucional. Porém, há que se ter em mente que mesmo tendo sido assegurado o direito de herança, por meio da lei civil, isso não quer dizer, necessariamente, que herdeiros não possam ser deserdados, mormente por falta de afetividade e de boa-fé familiar²⁷, ainda que estas hipóteses não estejam previstas nos róis exaustivos dos artigos 1.962 e 1.963 do Código Reale.

Esse nosso modo de pensar se justifica plenamente na medida em que “em pleno século XXI não seria mais admissível legislar-

24. Constituição Federal, artigo 5º, XXX – “é garantido o direito de herança”.

25. Cf. SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 126.

26. Código Civil, artigo 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; IV – aos colaterais.”

27. “O exame complessivo da trajetória da noção de sistema no direito e o do princípio da boa-fé demonstra que ambos se interrelacionam no que diz respeito à efetiva moldura e ao significado do sistema, uma vez que à boa-fé está conectada a questão das fontes de produção jurídica, a qual é matriz e elemento condicionante das particulares noções de sistema no direito.” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 516)

se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas consequências, formando uma espécie de sistema fechado. (...) Já não basta, para bem interpretar o direito e dar a ele efetividade, analisar os fatos e confluí-los com as normas oriundas do Estado para se chegar a uma solução plausível para os problemas”²⁸. Além disso, mister não deslembrar que o ordenamento jurídico é dotado de normas, que são um gênero que comporta duas grandes espécies (as regras e os princípios)²⁹, sendo que a **afetividade** é princípio geral do Direito das Famílias.

Lobriga-se, portanto, que mesmo tendo a Constituição Federal de 1988 assegurado o direito de herança, e mesmo tendo o Código Civil de 2002 determinado a ordem da vocação hereditária, seria possível, em tese, operar-se a deserdação de herdeiros necessários, por quebra de afeto, ao menos naqueles casos crônicos em que a própria vida se encarrega de separar definitivamente parentes tão próximos como, v.g., pais e filhos³⁰. Outrossim, é forçoso considerar que o sistema jurídico hodierno é aberto e móvel, conforme veremos com maior vagar na sequência (item 5).

28. Cf. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. pp. 194 e 201.

29. Para um mais aprofundado enfoque do assunto vide o item 6 (“O pós-positivismo. As normas jurídicas são um gênero que comporta duas grandes espécies: as regras e os princípios”).

30. Ilustrando, seria o caso, por exemplo, de um pai que em razão de contingência profissional, tivesse se mudado para país distante e nunca mais voltado ao Brasil, tornando esmaecidos ou inexistentes os laços de afeto em relação aos seus filhos, que não mais reconhecem a figura e autoridade paterna. Ou, então, o caso do pai que sai de casa para comprar cigarros e nunca mais volta... Mas os exemplos não param por aí. Existem também aquelas mães que imaginam que os homens têm função meramente reprodutiva: uma vez tendo dado luz a um bebê, viram-se para os seus maridos e simplesmente os dispensam, como se se tratasse do término de um “contrato de trabalho”, por prazo determinado. Contudo, não defendemos a possibilidade de deserdação por quebra de afetividade naqueles casos em que, deliberadamente e de má-fé, pais e filhos se afastam uns dos outros com o intuito único de se furtarem às suas obrigações alimentares (mesmo porque isso seria, em tese, crime de abandono material capitulado no artigo 244 do Código Penal).

4. A Deserdação no Código Civil Brasileiro de 2002

A deserdação vem tratada nos artigos 1.961 a 1.965 do Código Civil Brasileiro (vide íntegra do texto legal no apêndice – item 12), sendo considerada como o ato pelo qual o de cujus exclui da sucessão, mediante testamento com expressa declaração de causa (Código Civil, artigo 1.964), herdeiro necessário (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963), privando-o de sua legítima (Código Civil, artigo 1.846), por ter praticado qualquer ato taxativamente enumerado nos artigos 1.814, 1.962 e 1.963 do Código Civil³¹. Tal pena não irá além da pessoa do delinquente, logo não incidirá sobre os sucessores deste.³²

Além das causas que autorizam a exclusão de herdeiro por indignidade (Código Civil, artigo 1.814), a deserdação do descendente pelo ascendente dar-se-á se houver: a) ofensas físicas, leves ou graves, por indicar **falta de afeição** para com o ascendente; b) injúria grave que atinja seriamente a honra, a respeitabilidade e a dignidade do testador; c) relações ilícitas com a madrasta ou o padrasto, por serem incestuosas e adúlteras; d) desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, por indicar, da parte do herdeiro, **desafeição** pelo autor da herança, e falta de sentimento de solidariedade humana.³³ (g.n.)

Já o descendente terá autorização legal para deserdar ascendente se ocorrerem as causas justificadoras da exclusão por indignidade (Código Civil, artigo 1.814), ou as arroladas no artigo 1.963: ofensas físicas, injúria grave, relações ilícitas (conjunção carnal, lascívia, concupiscência) com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta, e abandono do descendente (filho ou neto) doente física ou mentalmente.³⁴

Para que se efetive a deserdação será preciso testamento válido com expressa

31. DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.361.

32. RT, 691:89. Em sentido contrário, vide a posição isolada de Washington de Barros Monteiro, in **Curso de Direito Civil**, vol. 6, pp. 243 e ss.

33. DINIZ, Maria Helena. **Código...** p. 1.362.

34. Ibidem, p. 1.363.

declaração do fato que a determina, ocorrido, obviamente, antes da morte do testador. Se nulo for o testamento, nula será a deserdação.³⁵

Por fim, a lei retira do arbítrio do testador a decisão quanto aos motivos da deserdação, devido à gravidade do fato³⁶. Logo, imprescindível será que o disponente especifique a causa legal (Código Civil, artigos 1.814, 1.962 e 1.963) que o levou a deserdar herdeiro necessário.³⁷

Nesse contexto, porém, faz-se necessário um esclarecimento: não discordamos que a lei determina taxativamente quais são as hipóteses de deserdação, o que, aliás, é entendimento uníssono da doutrina³⁸. Acontece que o ordenamento jurídico brasileiro não é, definitivamente, composto somente de regras, mas sim de regras e princípios³⁹, que são espécies do gênero normas jurídicas.

Portanto, a despeito de a lei (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963) prever as hipóteses de deserdação de descendente pelo ascendente e de ascendente por descendente, mister considerar que a afetividade é princípio do Direito das Famílias, conforme já tivemos oportunidade de afirmar, o que, a nosso ver,

autoriza a exheredatio nos casos em que restar configurada a sua quebra.

A propósito, note que uma das hipóteses legais, prevista no artigo 1.963, IV, do Código Civil, contempla justamente a desafeição ao fazer referência ao “desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade”. Mas a tanto o legislador nem precisaria ter chegado, pois o rompimento definitivo da afetividade, por si só, autoriza a deserdação⁴⁰, por mera aplicação sistemática dos princípios, sem que houvesse sequer necessidade de se proceder a qualquer inclusão ou alteração no texto da lei.

Ressalte-se, por derradeiro, que a quebra da afetividade autorizadora da deserdação deverá ser sempre definitiva, não podendo se sujeitar a estados de humor inconstantes, como o do pai que num dia diz amar o filho e no outro não, depois ama de novo e assim por diante. Óbvio que, além disso, há que se atentar constantemente à boa-fé familiar, pois assim não age o filho que se aproxima do pai, depois de décadas de falta de convivência, auxílio e afeto, movido exclusivamente pelo desejo de assegurar o seu naco da herança.

5. A Abertura e Mobilidade do Sistema Jurídico Hodierno

Por qualquer prisma que se analise a questão da possibilidade de deserdação dos herdeiros necessários por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar, é preciso não descurar que, atualmente, o nosso sistema jurídico é aberto e móvel.

A expressão “sistema jurídico aberto”, nas palavras de Rogério Ferraz Donnini⁴¹,

40. “Entendemos que não se deve restringir a noção de desamparo apenas ao aspecto material, pois a lei não o qualifica. Na realidade, o abandono moral e afetivo pode ser pior e mais nefasto que o material. Além de constituir ato ilícito que gera a possibilidade, em nossa opinião, de indenização, o abandono moral e afetivo pode gerar ainda a deserdação. Trata-se do valor jurídico do afeto.” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. vol. 6. São Paulo: Método, 2007. p. 82)

41. Aut. cit. **A complementação de lacunas no Código Civil**: continua a vigor o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil? In: **Temas atuais de Direito**. Academia Paulista de Direito. Coords.: DONNINI, Rogério Ferraz; CARRAZZA, Roque Antonio. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 279.

35. *Ibidem*, p. 1.363.

36. Quis o legislador evitar que o testador pudesse dar vazão a sentimentos de ódio e vingança em face do deserdado.

37. DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 1.363.

38. Vide, por todos, exemplificativamente: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Deserdação**. In: **Direito das Sucessões**. Coautor: CAHALI, Francisco José. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 298.

39. “Os princípios constitucionais são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o **princípio da afetividade**). (...) Para efeito didático, os princípios jurídicos aplicáveis ao direito de família e a todas as entidades familiares podem ser assim agrupados: a) Princípios fundamentais: I – dignidade da pessoa humana; II – solidariedade familiar; b) Princípios gerais: III – igualdade; IV – liberdade; V – **afetividade**; VI – convivência familiar; VII – melhor interesse da criança.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A nova principiologia do direito de família e suas repercussões**. In: **Direito de Família e das Sucessões**: temas atuais. Coords.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3 – g.n.)

significa que é reconhecida a sua não plenitude ao se permitir a intromissão de elementos estranhos, além de não se recusar a incertezas de questões exteriores, enquanto a expressão “sistema jurídico móvel”, como o próprio nome diz, significa que possui mobilidade, o que permite um progresso, um verdadeiro aperfeiçoamento pela aplicação e interpretação das cláusulas gerais. Esse sistema está, em verdade, recheado de cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados, conceitos legais determinados pela função, além dos **princípios gerais do direito**, em constante interação (g.n.). É o que sucede com o Código Civil atual.

Por outras palavras, é necessário compreender que, a partir da Constituição Federal de 1988, houve uma ruptura com o sistema rígido⁴² e fechado⁴³ (que outrora regia o Código Civil de 1916)⁴⁴, o qual era “impermeável às modificações econômicas e sociais, não tendo mais lugar na sociedade hodierna”⁴⁵.

A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável

recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma.⁴⁶

Com razão, o magistrado paulista Jorge Tosta⁴⁷ anota que “é sensível a diferença entre os Códigos Civis de 1916 e de 2002 no que toca ao papel do juiz. A tendência dogmática, que marcou o início do século XX, realçava o império da lei como um dos postulados do Estado de Direito e reservava ao juiz o papel de simples intérprete da vontade do legislador. Essa tendência foi substituída no Código Civil de 2002 pela abertura e flexibilização de diversas normas jurídicas que remetem diretamente ao juiz a solução do caso concreto, seja por meio da concreção judicial de ‘conceitos vagos ou indeterminados’, seja por intermédio da incidência de normas cuja aplicação se faz por juízos de oportunidade”.

Com efeito, o sistema de antanho não mais se justifica, o que levou Renan Lotufo⁴⁸ a afirmar que “o direito cria o seu mundo sobre o mundo dos fenômenos sociais”. Tem razão o eminente desembargador, pois as normas do direito oitocentista não têm lugar na sociedade do Século XXI.

O método tradicional de interpretação jurídica – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – continua válido para a solução de boa quantidade de problemas, mas não é suficiente para o equacionamento de inúmeras situações envolvidas na interpretação constitucional. No Direito contemporâneo, mudou o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete. Para acudir às novas demandas, decorrentes da maior complexidade da vida moderna, foram identificadas, desenvolvidas ou aprofundadas categorias específicas, voltadas sobretudo para a interpretação constitucional, que incluem: os conceitos jurídicos indeterminados, a **normatividade dos princípios**, a colisão de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação (g.n.). Nesse ambiente, nem

42. “O que motivou a adoção de um sistema fechado de direito positivista foi o receio da insegurança jurídica e pelo temor de interferência da nobreza e do clero nas decisões judiciais.” (TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 101)

43. “Os Códigos representam, assim, a manifestação máxima de um sistema do tipo fechado. Supõem, em especial na área do direito privado, uma sociedade unitária e formalmente igualitária para a regulação de cujos interesses seria suficiente a perspectiva de unidade, totalidade, plenitude que, filosófica e metodologicamente, adoram.” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. In: **Revista dos Tribunais**. nº 680. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./1992. pp. 47-58)

44. “Nesse sistema (rígido e fechado), a solução para um determinado caso deveria ser encontrada no próprio ordenamento jurídico, o que o tornava distante, muitas vezes, das constantes transformações sociais e econômicas, em flagrante descompasso com a realidade.” (DONNINI, Rogério Ferraz. Op. cit. p. 279)

45. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. **Código Civil Comentado**. p. 193.

46. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128.

47. Aut. cit. **Manual de interpretação do Código Civil**: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 3.

48. Aut. cit. **Curso avançado de Direito Civil**. vol. 1. 2ª edição. Coord.: CAMBLER, Everaldo Augusto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21.

sempre será possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis.⁴⁹

Precisamente em decorrência da normatividade dos princípios⁵⁰ acima referida, pode-se asseverar que, havendo quebra de afetividade entre membros de um mesmo círculo familiar, autorizado está o testador a deserdar seus herdeiros necessários, pois, como dito, a afetividade é princípio do Direito das Famílias. Note-se que nem mesmo seria necessário se valer dos princípios de forma subsidiária, caso a deserdação não fosse prevista na lei⁵¹, pois, sendo o sistema jurídico aberto e móvel, regras e princípios convivem lado a lado, formando um todo unitário e harmônico de elementos conjugados entre si.

6. O Pós-Positivismo. As Normas Jurídicas São um Gênero que Comporta duas Grandes Espécies: as Regras e os Princípios

Um dos aspectos mais interessantes da discussão em torno do direito, nesses anos, é o fato de terem sido questionadas as fontes tradicionais das normas jurídicas, inclusive nos países continentais. Esse questionamento é acompanhado da importância cada vez maior dada às chamadas fontes extralegislativas (ou, até mesmo, extra-estatais). Um dos dogmas do positivismo jurídico em sentido estrito foi que a fonte principal de direito no Estado moderno fosse a lei, isto é, a norma presumidamente geral e abstrata posta por um órgão específica e exclusivamente competente, de acordo com a constituição. Um dos aspectos pelos quais se

manifesta a crise do positivismo jurídico é a crescente consciência da emergência de outras fontes do direito, que minam o monopólio da produção jurídica detido pela lei – em uma sociedade em rápida transformação e intensamente conflituosa, como é a sociedade capitalista na atual fase de desenvolvimento. (...) De resto, não há nada de novo sob o sol: meio século atrás, falaríamos da revolta dos fatos contra as leis, da emergência de um “direito social” contra o direito do Estado.⁵²

Com efeito, após longo processo evolutivo, consolidou-se na teoria do Direito a ideia de que as normas jurídicas são um gênero que comporta, em meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios. (...) O reconhecimento da distinção qualitativa entre essas duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá, irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito⁵³. É que se se pode fazer coisas com a regra, com os princípios se pode fazer muito mais.⁵⁴ (t.n.)

Por isso se diz que os princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível⁵⁵. Aliás, entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição.

Logo, não há empecilho algum para que se opere a deserdação de herdeiros

49. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 400.

50. “Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36)

51. Seria equívoco imaginar que os princípios gerais de direito só pudessem ser aplicados no caso de absoluta ausência de lei que regulasse uma determinada situação fática, pois tanto as regras quanto os princípios são espécies do gênero normas jurídicas, sem que haja necessariamente uma hierarquia ou ordem de aplicação entre eles.

52. Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. pp. 41 e 42.

53. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. pp. 204-205.

54. ALPA, Guido. **Trattato di Diritto Privato: I Principi Generali**. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 2006. p. 18.

55. BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*. p. 209.

necessários, por quebra de afetividade, mesmo não sendo hipótese prevista no Código Civil, pois, como demonstrado, os princípios têm inegavelmente conteúdo normativo. Ademais, o Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. O intérprete deve, enfim, buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei!

Entretanto, pensamos que caberá ao juiz, diante do caso concreto, avaliar se a aplicação do princípio da afetividade a autorizar a deserdação se dará na busca do justo, do equânime, bem como se realmente teria havido um grave rompimento do vínculo afetivo por período de tempo suficiente para tornar o testador e o herdeiro deserddo pessoas praticamente estranhas uma à outra.

7. O Princípio da Afetividade Aplicado ao Campo Sucessório

Trata-se a família de um núcleo social primário, tendo havido consideráveis mudanças nas relações familiares, passando a dominar novos conceitos em detrimento de valores antigos. Nesta visão, tem mais relevância o sentimento afetivo⁵⁶, não mais sendo suficientes meros laços de sangue para se concluir pela existência de uma entidade familiar.⁵⁷

A Constituição elenca um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado⁵⁸. Mesmo que a

Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional⁵⁹. Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as **uniões estáveis**, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.⁶⁰ (g.o.)

Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo⁶¹, discorrendo sobre o princípio da afetividade, escreve:

A afetividade como princípio jurídico fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da

Código Civil. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 54.

59. "(...) não é necessário que os princípios estejam enunciados explicitamente em texto escrito. Aliás, os princípios gerais de direito são sempre não positivados, eis que, uma vez positivados, tornam-se eles cláusulas gerais." (PEREIRA, Tarlei Lemos. **Direito sucessório dos conviventes na união estável**: uma abordagem crítica ao artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, 2011. p. 105)

60. CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**: repensando o direito de família. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 508.

61. Aut. cit. **A nova principiologia do direito de família e suas repercussões**. p. 12.

56. Cf. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. X (Prólogo) e 9.

57. A propósito, lembre-se que foi justamente em virtude de laços estreitos de afeto que a guarda do pequeno Chico foi concedida a Eugenia, parceira homoafetiva da cantora Cássia Eller, e não ao avô materno. (Disponível em <www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em 14.11.2011)

58. SOUZA BIRCHAL, Alice de. **A relação processual dos avós no direito de família**: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**: afeto, ética, família e o novo

igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família 'expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade' (este no sentido de afetividade). A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida.

Com efeito, o princípio jurídico da afetividade e o sentimento de solidariedade recíproca não podem ser perturbados pela preponderância de interesses patrimoniais. É o respeito à pessoa humana, nas relações familiares, que deve prevalecer⁶². Por isso, reportando-nos ao caso narrado na introdução deste ensaio, entendemos que não agiu de boa-fé a filha que ajuizou ação investigatória de paternidade com o claro intuito de, uma vez tendo sido reconhecida a filiação judicialmente, assegurar o seu quinhão hereditário. Obviamente, a boa-fé constante do Código Civil de 2002 não é apenas e tão somente a boa-fé contratual e dos negócios jurídicos, mas também a boa-fé familiar, eis que um pai não poderá agir de má-fé em relação aos seus filhos, nem vice-versa. Ferir-se-ia fundamentalmente a eticidade⁶³, que é um dos três princípios norteadores do Código

Reale, ao lado da socialidade e da operabilidade.⁶⁴

Outrossim, a conduta da mencionada filha configuraria até mesmo um abuso de direito⁶⁵, a encontrar óbice no disposto no artigo 187 do Código Civil.⁶⁶

Sendo assim, acreditamos que o juiz, na hipótese sub examine, não deveria prestigiar interesses meramente econômicos da herdeira em detrimento dos laços afetivos que jamais existiram entre ela e o seu genitor. Mutatis mutandis, seria o mesmo que conceder remuneração a alguém que não tivesse trabalhado, pois a filha (autora da ação de investigação de paternidade) estaria concorrendo à herança juntamente com os demais coerdeiros que, ao longo de toda uma vida, mostraram-se afetuosa e solidários em relação ao falecido.⁶⁷

62 . Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil Comentado**: famílias. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

63. "A eticidade do CC se opõe ao formalismo jurídico do CC/1916. (...) o Código passado foi elaborado com base em técnica hoje superada, porque não se mostrava eficiente para tornar a experiência jurídica permeada por todos os valores éticos necessários à realização do bem comum. Ou seja: o Código de 1916 era voltado para determinações de caráter estritamente jurídico e o Código de 2002 tem forte inspiração ética, e abre espaço para valores como: probidade, **boa-fé**, correção. (...) Não se pode negar, por outro lado, que essa mudança de critério valorativo, a par de ter sido fruto da evolução científica do próprio direito privado, é também chancelada por nossa Constituição Federal." (NERY-NERY. **Código Civil Comentado**. p. 202, item 42 – g.n.)

64. "... foram princípios orientadores do Código Civil de 2002 a socialidade, a eticidade e a operabilidade, que por questão de mnemônica, apelidamos simplesmente de 'SEO'." (PEREIRA, Tarlei Lemos. **Lacunas, Meios de Integração e Antinomias**: uma abordagem à luz do sistema jurídico aberto e móvel. In: **Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo**: doutrina e jurisprudência. Coords.: DONNINI, Rogério; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. vol. 7. ano 2. São Paulo: Fiuza, 2010. pp. 217-278)

65 . "Embora em sua forma atual seja recente a concepção de abuso de direito, o espírito, que inspira a teoria, já se encontrava na velha Roma. No estudo de seu histórico, feito no 2º Capítulo de seu excelente livro sobre a matéria (Do abuso do direito no exercício da demanda, São Paulo, 1932), JORGE AMERICANO mostra que a primeira impressão que se tem ao examinar textos antigos – de que os romanos desconheciam a ideia de abuso de direito, pois nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur – é destruída por uma observação mais atenta. De fato, só a noção de abuso de direito pode conduzir à condenação de seu absolutismo, o que se encontra na palavra de CÍCERO (De Officiis, 1,10), summum jus, summa injuria, ou na fórmula malitiis non est indulgendum, a qual condena não só os atos praticados à margem do direito, como também aqueles praticados abusivamente." (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 315. nota de rodapé nº 314)

66. Código Civil, artigo 187 – "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela **boa-fé** ou pelos bons costumes." (g.n.)

67. A nosso ver, a situação cogitada seria causa de profunda injustiça, eis que, sob o prisma sucessório, teriam direito à herança por morte do genitor, tanto os filhos amorosos, quanto aquela filha que jamais se fez

Aliás, foi por isso que, logo no início deste ensaio, tivemos oportunidade de frisar que a conhecida frase “Filho é filho e ponto final” não mais tem lugar, pois reescrevendo-a à luz da eficácia irradiante oriunda da Constituição Federal “Filho é filho desde que haja um mínimo de afetividade em relação a seus genitores”⁶⁸. Não sendo assim, melhor que cada um siga o seu caminho e, principalmente, não busque herança um do outro, como se estivesse a arriscar a sorte grande. Afinal, se toda uma vida não foi suficiente para unir, por laços afetivos, o ascendente ao descendente, não será o decesso de um deles que o fará.

8. A Forma da Deserdação: Testamento

Já vimos que a falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar autorizam, em tese, a deserdação do herdeiro necessário pelo autor da herança, por força da aplicação dos princípios, notadamente dos princípios da afetividade e da eticidade.

Resta-nos tratar agora da forma dessa deserdação que, certamente, se dará por via testamentária, a teor do disposto no artigo 1.964 do Código Civil ⁶⁹, verbis: “Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.” (g.n.)

Conforme explica Márcia Maria Menin⁷⁰, são requisitos indispensáveis para a

presente, mercê de seu próprio desiderato. Outrossim, frise-se que o pai jamais a rejeitou, mesmo porque sequer sabia da sua existência; mas, a filha veio a saber da existência do pai, tanto que contratou advogado para ajuizar a ação investigatória de paternidade.

68. “(...) o direito das famílias instalou uma **nova ordem jurídica** para a família, atribuindo **valor jurídico ao afeto**. (...) Talvez nada mais seja necessário dizer para evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. p. 72 – g.o.)

69. “Só o testamento (art. 1.964) tem o poder de gerar a deserdação, mas a expressa declaração da causa é indispensável para produzir o efeito desejado pelo testador.” (OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. **Direito Civil Aplicado**. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 283)

70. Aut. cit. **Direito das Sucessões**. vol. 8. Orient.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes.

configuração da pena de deserdação: a) a validade do testamento; b) a existência de herdeiros necessários; c) a existência de cláusula de deserdação ⁷¹; e d) a prova da existência da causa arguida pelo testador (por meio de ação ordinária, conforme será visto no item 9).

Portanto, para que o testador prive herdeiro necessário de sua metade indisponível, necessitará, no que ora releva salientar, fazer constar por ocasião da facção do testamento, cláusula de deserdação com expressa declaração de causa (i.e., rompimento definitivo do vínculo afetivo e/ou falta de boa-fé familiar).

Nada impede, antes recomenda, que menção expressa também seja feita no testamento acerca do desrespeito ao princípio da afetividade, descrevendo-se as circunstâncias em que se deu o último contato entre o autor da herança e o herdeiro deserdado, bem como de quando datam as últimas notícias suas. Todo e qualquer aspecto que demonstre a má-fé do deserdado, igualmente deverá ser pormenorizado na cédula testamentária⁷², pois, conforme dito, a eticidade é princípio norteador do Código Civil de 2002, compreendendo a boa-fé familiar, o que é curial.

Coords.: CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 223.

71. **DESERDAÇÃO**. Pretensão de reconhecimento judicial. Impossibilidade. Questão possível de ser apreciada após aberta a sucessão. Exigência, portanto, de disposição de última vontade. Inclusão de cláusula em testamento como pressuposto indispensável. Impossibilidade jurídica do pedido judicial manifesta. Sentença confirmada. (TJSP – Ap. Cível nº 544.816-4/6-00 – 7ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. ELCIO TRUJILLO – j. 17.06.2009)

72. “Para que seja possível promover a deserdação, é indispensável que o testador detalhe no testamento os fatos que caracterizariam a causa de deserdação que está a arguir. Isso se deve ao fato de que concerne aos demais herdeiros o ônus da prova do alegado pelo testador. Sem narrativa dos fatos, não há tema que esteja apto juridicamente a ser provado. Observe-se que não basta mencionar, genericamente, a qualificação do fato que se supõe seja capaz a encetar deserdação: o fato não se confunde com a qualificação que recebe no mundo do direito que, por geral e abstrata, pode se referir a um sem-número de fatos.” (FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 142 e 143)

Contudo, a deserdação não se opera de pleno direito, não bastando a inserção de cláusula exclusória em testamento para que se retire herdeiro necessário da sucessão⁷³. É o que analisaremos a seguir.

9. Ação Ordinária de Deserdação: Aspectos Processuais

A deserdação exige previsão em testamento, com expressa declaração de causa⁷⁴. Portanto, incumbe ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, provar a veracidade da causa⁷⁵, consoante o disposto no artigo 1.965 do Código Civil, verbis: “Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.”

O parágrafo único do referido artigo ainda prevê: “O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de **quatro anos**, a contar da data da abertura do testamento.”⁷⁶ (g.n.)

73. MENIN, Márcia Maria. Op. cit. p. 220.

74. **PROVA DOS ATOS – CONFIRMAÇÃO DA DESERDAÇÃO.** 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. (TJMG – Ap. Cível nº 1.0707.01.033.170-0/001 – 6ª Câmara Cível – Rel. Des. EDÍLSON FERNANDES – j. 05.09.2006)

75. **INVENTÁRIO – TESTAMENTO.** O deserdado somente será excluído da sucessão se reconhecida por sentença como verdadeira a causa declarada pelo testador (art. 1.965 do CC). A improcedência do pedido formulado na ação ajuizada pelo deserdado visando à anulação de testamento não é suficiente para tanto. Decisão mantida. Agravo de instrumento não provido. (TJSP – A.I. nº 669.611-4/2-00 – 9ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. PIVA RODRIGUES – j. 15.12.2009)

76. “O parágrafo único deste artigo diz que o direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da abertura do testamento. É um equívoco! O testamento público é sempre aberto; o particular, igualmente, é aberto. Testamento fechado, e que deve ser aberto pelo juiz, falecido o testador, é o cerrado (art. 1.875). Mas a deserdação pode constar em todas as formas testamentárias, inclusive as especiais. O prazo de decadência, é claro, deve ser contado da data da abertura da sucessão, como está, aliás, no art. 178, § 9º, IV, do Código Civil de 1916.” (VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. 6ª edição. Coord.: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.143)

Trata-se evidentemente de prazo decadencial, dentro do qual deverá ser ajuizada a competente ação ordinária de deserdação⁷⁷ no juízo do inventário, mas não nos mesmos autos. Apresentado o testamento, efetuado o registro, o juiz determina o arquivamento e seu cumprimento (Código de Processo Civil, artigo 1.126). A ação de deserdação deve ser instruída com a certidão do testamento. A ausência do testamento autoriza a extinção do processo (Código de Processo Civil, artigo 267, VI). A ação tem **eficácia declaratória** e produz **efeito retroativo** a partir da abertura da sucessão.⁷⁸ (g.o.)

Dispõem de legitimidade ativa para a demanda os demais herdeiros e quem irá se beneficiar com a exclusão do deserdado. Não se pode excluir a possibilidade de a ação ser proposta pelo inventariante, bem como pelo cônjuge ou companheiro sobreviventes. Também o onerado (Código Civil, artigo 1.934, parágrafo único), o testamentário e o Ministério Público podem propô-la, pois ambos têm o dever de zelar pelo cumprimento do testamento, onde se encontra a manifestação de vontade do testador de deserdar um herdeiro.⁷⁹

Note-se que as causas de deserdação previstas nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, aplicam-se apenas aos herdeiros necessários, eis que, tendo eles direito à legítima, é preciso que haja motivo suficientemente grave para que sejam excluídos da herança. Isso não significa,

77. DESERDAÇÃO – ARTIGO 1.962 DO CC – MOTIVOS AUTORIZADORES – NÃO CONFIGURAÇÃO. A deserdação só pode realizar-se através de testamento, mas não basta a exclusão expressa prevista na disposição de última vontade, é necessário que o herdeiro instituído no lugar do deserdado, ou o beneficiário da deserdação, promova ação judicial e prove a existência das causas autorizadas da deserdação, nos termos do artigo 1.965 do Código Civil. Sem a comprovação dos motivos alegados pelo testador para deserdação, esta é ineficaz, não ficando prejudicada a legítima do deserdado. (TJMG – Ap. Cível nº 1.0713.04.037.977-6/001 – 1ª Câmara Cível – Relª. Desª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE – j. 21.03.2006)

78. DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 313.

79. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. vol. 55. 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 304.

porém, que os demais herdeiros não possam ser deserdados. Para que estes herdeiros (companheiros e colaterais) sejam excluídos do direito à herança, não é preciso invocar nenhuma causa; basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar (Código Civil, artigo 1.850).⁸⁰

Outrossim, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim⁸¹ ressaltam que “essas causas constituem *numerus clausus*, por isso que não admitem interpretação extensiva, para abrangência de outros atos de ingratidão ou de ofensa à pessoa do autor da herança. Assim, com relação ao abandono do descendente ou do ascendente, não basta que haja **esfriamento de relações** ou mesmo atos de hostilidade entre esses parentes”. (g.n.)

Sucedê que, a nosso ver, caso esse “esfriamento de relações” seja de tal magnitude que revele, indubitavelmente, absoluta falta de vínculo afetivo entre ascendentes e descendentes, por período considerável de tempo, abertas estariam as portas da deserdação por quebra de afetividade⁸², não por aplicação literal da lei (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963), mas sim por aplicação dos princípios, adotando-se a interpretação conforme a Constituição. Veja, finalmente, que sequer haveria qualquer necessidade de alteração da lei, com o fito de implementar a deserdação por falta de afetividade, pois a própria interpretação sistemática do ordenamento jurídico autoriza tal procedimento, desde que declarada a causa pelo testador na cédula testamentária, conforme previsto no artigo 1.964 do Código Civil.

10. Conclusões

Ao final deste ensaio apresentamos uma breve síntese de nossas conclusões, porém não

80. Cf. OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e Partilhas**: direito das sucessões – Teoria e Prática. 21ª edição. São Paulo: LEUD, 2008. p. 53.

81. *Ibidem*, p. 54.

82. No mesmo sentido: GUERRA, Bruna Pessoa. **A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental**. In: **Jus Navigandi**. Teresina. ano 16. nº 2.961. 2011. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/19722>>. Acesso em 15.11.2011.

sem antes esclarecer que jamais foi nossa intenção questionar se os róis dos artigos 1.962 e 1.963, ambos do Código Civil Brasileiro, são ou não taxativos. Parece-nos fora de dúvida que as hipóteses compreendidas nos referidos artigos de lei são positivamente *numerus clausus*, consoante entendimento unânime da doutrina. Logo, se algum mérito houver no presente estudo é justamente o de tentar demonstrar que ao lado das regras existem também os princípios, espécies do gênero normas jurídicas, sem que o intérprete tenha que se valer de um ou de outro de maneira subsidiária e sem que haja necessariamente uma hierarquia entre eles. Abaixo, então, seguem as nossas derradeiras considerações de forma articulada, sem a preocupação de repetir, na mesma ordem, as principais ideias expostas ao longo do texto:

É uma ilusão pensar que o Direito possa estar totalmente contido nas leis (*rectius*: regras). Esta, definitivamente, é uma falsa percepção, que não condiz com uma análise sistemática do ordenamento jurídico;

O juiz, ao julgar o caso concreto, deve sempre buscar a solução mais justa, equânime, mesmo quando a encontre fora das regras. Isso não implica, necessariamente, num desprestígio às leis, pois o próprio sistema o autoriza a assim proceder;

A afetividade é princípio geral do Direito das Famílias, com clara repercussão no campo sucessório. Tendo havido uma grave e duradoura quebra de afeto entre herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), isso autoriza o autor da herança, em tese, a deserdá-los, por testamento, uma vez indicada a causa. E nem poderia ser diferente, pois a ausência de afetividade descaracteriza a entidade familiar e, conseqüentemente, as recíprocas obrigações civis, não bastando apenas a existência de laços de sangue;

Pode-se afirmar que existe uma família onde houver afetividade como elo de união e realização pessoal entre os seus diversos integrantes;

Há que se ter em mente que mesmo tendo sido assegurado o direito de herança, por meio da Constituição Federal e da lei civil, isso não quer dizer, necessariamente, que herdeiros não possam ser deserdados, por falta

de afetividade e de boa-fé familiar, mesmo que estas hipóteses não estejam expressamente previstas nos róis taxativos dos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil;

Para que se efetive a deserdação será preciso testamento válido com expressa declaração do fato que a determina. Logo, imprescindível será que o disponente especifique a causa legal ou principiológica que o levou a deserdar herdeiro necessário;

A nosso ver, o rompimento definitivo da afetividade, por si só, autoriza a deserdação, por mera aplicação sistemática dos princípios, sem que haja sequer necessidade de se proceder a qualquer inclusão ou alteração do texto da lei;

O sistema jurídico atual é aberto e móvel, repleto de cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados, conceitos legais determinados pela função, além dos princípios gerais do direito, em constante interação. Para acudir às novas demandas, decorrentes da maior complexidade da vida moderna, foram identificadas, desenvolvidas ou aprofundadas categorias específicas, voltadas sobretudo para a interpretação constitucional, que incluem, dentre outros, a normatividade dos princípios;

Entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição. Logo, não há empecilho algum para que se opere a deserdação de herdeiros necessários, por quebra de afetividade, mesmo não sendo hipótese prevista no Código Civil, pois os princípios têm conteúdo normativo. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei;

A boa-fé constante do Código Civil de 2002 não é apenas a boa-fé contratual e dos negócios jurídicos, mas também a boa-fé familiar, eis que um pai não poderá agir de má-fé em relação aos seus filhos, nem vice-versa. Ferir-se-ia, fundamentalmente, a

eticidade, que é um dos três princípios norteadores do Código Reale, ao lado da socialidade e da operabilidade;

No caso concreto, exposto na introdução deste ensaio, temos por absolutamente reprovável o fato de a filha (autora da ação de investigação de paternidade) ter se aproximado de seu pai, após décadas de voluntário afastamento, tão só para assegurar o seu naco da herança, sem qualquer envolvimento e compromisso afetivos. Para se dizer o mínimo, isso configuraria um abuso de direito;

É preciso abandonar a ideia de que “filho é filho e ponto final”, pois à luz da eficácia irradiante dos direitos fundamentais oriunda da Constituição Federal, “filho é filho desde que haja um mínimo de afetividade em relação a seus genitores”. Do contrário, será um estranho – não um filho – e estranhos não devem obrigatoriamente herdar;

A deserdação é uma pena civil, sendo os seus requisitos indispensáveis: a) a validade do testamento; b) a existência de herdeiros necessários; c) a existência de cláusula de deserdação; e d) a prova da existência da causa arguida pelo testador, por meio de ação ordinária;

Finalmente, entendemos que, uma vez existindo absoluta falta de vínculo afetivo entre herdeiros necessários, por período considerável de tempo, autorizada estaria a deserdação por quebra de afetividade, não por aplicação literal da lei (Código Civil, artigos 1.962 e 1.963), mas sim por aplicação dos princípios, adotando-se a interpretação conforme a Constituição. Nesse sentido, não haveria necessidade de alteração da lei, com o objetivo de implementar a deserdação por falta de afetividade, pois a própria interpretação sistemática do ordenamento jurídico autoriza tal procedimento, uma vez declarada a causa pelo testador na cédula testamentária (Código Civil, artigo 1.964).

REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido. **Trattato di Diritto Privato: I Principi Generali**. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 2006.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de derecho romano**. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- BARBOSA, Águeda Arruda. **Conceito pós-moderno de família**. In: **Direito de Família e das Sucessões: temas atuais**. Coords.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007.
- CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família**. In: **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família: repensando o direito de família**. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DONNINI, Rogério Ferraz. **A complementação de lacunas no Código Civil: continua a vigor o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil?** In: **Temas atuais de Direito**. Academia Paulista de Direito. Coords.: DONNINI, Rogério Ferraz; CARRAZZA, Roque Antonio. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 5ª edição. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUERRA, Bruna Pessoa. **A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental**. In: **Jus Navigandi**. Teresina. ano 16. nº 2.961. 2011. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/19722>. Acesso em 15.11.2011.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Deserdação**. In: **Direito das Sucessões**. Coautor: CAHALI, Francisco José. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. In: **Revista Brasileira de Direito de Família**. nº 24. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2004.
- _____. **Código Civil Comentado: famílias**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **A nova principiologia do direito de família e suas repercussões**. In: **Direito de Família e das Sucessões: temas atuais**. Coords.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LOTUFO, Renan. **Curso avançado de Direito Civil**. vol. 1. 2ª edição. Coord.: CAMBLER, Everaldo Augusto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MADALENO, Rolf Hanssen. **Novas perspectivas da família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. In: **Revista dos Tribunais**. nº 680. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MENIN, Márcia Maria. **Direito das Sucessões**. vol. 8. Orient.: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Coords.: CASSETTARI, Christiano; MENIN, Márcia Maria. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. vol. 55. 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil Comentado**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e Partilhas: direito das sucessões – Teoria e Prática**. 21ª edição. São Paulo: LEUD, 2008.
- OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. **Direito Civil Aplicado**. vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PEREIRA, Tarlei Lemos. **Lacunas, Meios de Integração e Antinomias: uma abordagem à luz do sistema jurídico aberto e móvel**. In: **Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo: doutrina e jurisprudência**. Coords.: DONNINI, Rogério; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. vol. 7. ano 2. São Paulo: Fiuza, 2010.
- _____. **Direito sucessório dos conviventes na união estável: uma abordagem crítica ao artigo 1.790 do Código Civil Brasileiro**. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre na Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, 2011.
- PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Buenos Aires: Albatroz, 1970.
- PIANOVISKI, Carlos Eduardo. **Famílias simultâneas e monogamia**. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e dignidade humana**. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1981.
- SALVO VENOSA, Sílvio de. **Direito Civil: direito das sucessões**. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOUZA BIRCHAL, Alice de. **A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos**. In: **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família: afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Coord.: CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. vol. 6. São Paulo: Método, 2007.
- TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TOSTA, Jorge. **Manual de interpretação do Código Civil: as normas de tipo aberto e os poderes do juiz**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil: parte especial – direito das sucessões**. vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). Coord.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Código Civil Comentado**. 6ª edição. Coord.: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. São Paulo: Saraiva, 2008.
- WELTER, Belmiro Pedro. **Estatuto da união estável**. 2ª edição. Porto Alegre: Síntese, 2003.