

A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR COMO FATOR DE EXCLUSÃO SUCESSÓRIA

THE DISMISSAL OF FAMILY POWER SUCCESSION EXCLUSION FACTOR

KARINE MACHADO BULSING

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA.

RESUMO

O presente artigo direciona-se a verificar em que medida a destituição do Poder Familiar pode ser um fator determinante para a exclusão sucessória. Inicia-se observando que devido ao progresso das relações familiares, a legislação passou a enfatizar e proteger a família e não somente o seu patrimônio. O trabalho encontra-se pautado no método dialético e no método de procedimento monográfico, fazendo-o através do estudo doutrinário, jurisprudencial e legislativo. A pesquisa demonstra que a legislação deve ser complementada, pois a tipificação da exclusão da herança é expressamente restritiva, não atendendo as situações que, atualmente, envolvem a ausência de afetividade na família, principalmente na relação autor da herança e herdeiro. Finalmente, constata-se que, no âmbito do direito sucessório, a indignidade sucessória e a deserção são plenamente aplicáveis perante a destituição do Poder Familiar em razão da ausência de relação familiar entre os membros e a consequente falta de afeição.

Palavras-chave: Afetividade; deserção; herança; indignidade; Poder Familiar.

ABSTRACT

This paper directs to verify to what extent the dismissal of family power can be a decisive factor for the purposes of unworthiness to inherit and disinheritance. Begins by noting that due to the progress of family relationships, the legislation passed to emphasize and protect the family, not just your heritage. The work is based on dialectical method and method of monographic procedure, making it through the doctrinal study, case law and legislation. The research demonstrates that the legislation should be supplemented, as the typification of exclusion from inheritance is expressly not in the restrictive situations that currently involve the lack of affection in the family, especially in the author of the inheritance and heir. Finally, it is noted that, under the law of succession, inheritance and disinheritance unworthiness are fully applicable to the dismissal of family power due to the absence of family relationship among the members and the resulting lack of affection.

Keywords: Affectivity; disinheritance; Family Power; indignity; inheritance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A ENTIDADE FAMILIAR NO TEMPO E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE; 1.1 O Descumprimento do Dever de Família ante a ausência de Afetividade e a Destituição do Poder Familiar; 2 A EXCLUSÃO DO HERDEIRO DA SUCESSÃO: OS REFLEXOS DOS INSTITUTOS DA INDIGNIDADE SUCESSÓRIA E DA DESERÇÃO; 2.2 A repercussão jurídica da Destituição do Poder Familiar e a necessária atualização do direito brasileiro quanto às causas de privação da herança; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa originou-se da observação de questões envolvendo o Direito Sucessório, voltando-se, particularmente, à exclusão sucessória. O escopo do trabalho é investigar a possibilidade de incidência da exclusão da herança por indignidade sucessória e deserdação, institutos estabelecidos no ordenamento jurídico nacional, em razão da destituição do Poder Familiar.

Diante das profundas transformações históricas e estruturais que sofreu a entidade familiar, bem como analisando a legislação brasileira atual, faz-se necessário contrapor os reflexos do dever de família e os motivos de exclusão da herança. Assim sendo, a abordagem da questão decorre da insatisfação diante do benefício que desfrutaram os pais destituídos do poder familiar em relação à herança deixada pelos filhos, apesar de não mais possuir relação familiar entre eles.

Ademais, os conceitos de indignidade sucessória e deserdação, não obstante possuírem natureza semelhante e a mesma finalidade, possuem estrutura, fundamento e regime próprios, razão pela qual não podem ser confundidos. Isso porque, apesar de ter sido editado, em 2002, um novo Código Civil Brasileiro, o qual atualizou e reformou toda a estrutura legislativa do Código Civil de 1916, é possível identificar que a matéria relativa à exclusão da herança encontra-se ultrapassada, tendo em vista que o Código atual praticamente não alterou as disposições previstas no Código ab-rogado.

Dessa forma, o estudo, que se propõe, torna-se relevante, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro é restritivo ao prever a destituição do poder familiar através de decisão judicial, assim como, também é taxativo quanto às possibilidades de exclusão da herança por indignidade sucessória e deserdação.

No que tange aos métodos utilizados no desenvolvimento da pesquisa, salienta-se que a mesma encontra-se pautada essencialmente no método dialético, visto que o objeto da pesquisa será abordado a partir de suas contradições, ou seja, analisando as contribuições e influências da legislação constante no nosso ordenamento jurídico, assim como os Projetos de Lei nº 6960/2002, nº 118/2010 e nº 699/2011 que aludem novo contexto ao assunto em discussão.

Adota-se, no trabalho, o método de procedimento monográfico, fazendo-o através do estudo doutrinário, jurisprudencial e legislativo. Esse método também se completa pelo estudo

dos aspectos gerais e características tanto da destituição do Poder Familiar quanto das causas da exclusão da herança. Além disso, utiliza-se o método histórico e o método comparativo. O primeiro foi empregado a fim de constatar as influências e as contribuições estabelecidas com o passar dos anos, relativas às legislações e às teorias concernentes aos institutos da indignidade e deserção, assim como a abrangência do Poder Familiar. Enquanto que o método comparativo, por sua vez, foi utilizado para estabelecer as diferenças entre os institutos, de forma a traçar possibilidades da aplicação das excludentes sucessórias em razão da Destituição do Poder Familiar.

Dessa forma, o tema aborda uma questão de ordem público-jurídica, posto que se trata de uma necessidade de aperfeiçoar a aplicação do Direito Sucessório impedindo que ao pais destituídos do Poder Familiar recebam herança. O estudo acerca dos institutos de exclusão da herança visa a contribuir para a alteração da legislação, a fim de reconhecer a Destituição do Poder Familiar como motivo de incidência da exclusão da herança. Por fim, propõe-se contribuir ao estudo do meio acadêmico, em especial por se tratar de discussão atual no Poder Judiciário, envolvendo uma questão que abrange uma realidade sociológica sendo de extrema importância para a sociedade brasileira.

Nesse contexto, inicia-se o estudo analisando entidade familiar no tempo e a abrangência do Princípio da Afetividade. Em seguida, nas diretrizes da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como na legislação cível é refletido o dever de família diante da ausência de afetividade, bem como as razões que desencadeiam a destituição do Poder Familiar. Na sequência, são expostos os motivos específicos que determinam a exclusão da herança por indignidade sucessória e deserção, tendo como parâmetro a doutrina, bem como a jurisprudência dos Tribunais. Ao final, faz-se uma breve ponderação quanto às divergências e às perspectivas do tema através das contribuições da doutrina e de projetos lei em tramitação.

1 A ENTIDADE FAMILIAR NO TEMPO E O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A entidade familiar foi criada pelo Direito Romano, pelo qual a família formava-se através do casamento, tendo a esposa e os filhos dever de subserviência em relação ao patriarca, que detinha poder de autoridade sobre as pessoas da família. Os poderes outorgados ao *pater familias* justificava-se na medida em que este, além de promover a proteção da

família, também era “sacerdote, o herdeiro do lar, continuador dos antepassados, o tronco os descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração”.¹

Desde a sociedade romana, assim como na da Idade Média, o vínculo familiar era constituído através dos laços sanguíneos estabelecidos entre seus componentes. Em razão da forte influência sofrida pela colonização portuguesa, o antigo direito luso-brasileiro possuía essa cultura patriarcal, o qual considerava o pátrio poder como um poder do *pater familias* que durava toda a existência, restringindo-se aos filhos legítimos e legitimados.² O direito da época possuía, como característica, o exercício do pátrio poder somente pelo pai, o qual não cessava com a maioria se o filho permanecesse sob a dependência daquele, e ainda não abrangia os filhos naturais e os espúrios.³

O Código Civil de 1916 ainda apresentava esse caráter autoritário quando, no artigo 233, asseverava que o marido era o chefe da família. Assim, o pátrio poder seguindo legislações anteriores era exclusivo do marido, uma vez que era o chefe da sociedade conjugal, a mulher somente assumia o exercício do Poder Familiar na falta ou no impedimento do pai, conforme a segunda parte do artigo 233.⁴

Por muitos anos, a legislação brasileira amparou essa cultura patriarcal, vedando a desconstituição da família, além de não reconhecer a existência de família formada por meio distinto do matrimônio, nem os filhos havidos fora do casamento não podiam ser reconhecidos como legítimos.

Diante da evolução histórica, percebe-se que o Direito de antigamente não teria aplicação na atualidade, tendo em vista que, na contemporaneidade, a prioridade está na proteção do ser humano, além do mais, a legislação vigente tem como base os direitos humanos e o princípio da dignidade humana.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi promovida uma intensa alteração nas regras concernentes à família, o que gerou uma nova concepção acerca do Direito de

¹ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 12ª ed. São Paulo: Hemus Editora Ltda., 1998, p. 70. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca.

² COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.23.

³ SILVA, Marcos Alves da. *Do Pátrio Poder à Autoridade Parental Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 31.

⁴BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Senado Federal. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 maio 2012. Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Família, porque a considera como a base da sociedade, a fazer jus à especial proteção do Estado.⁵

Silvana Maria Carbonera destaca que, com a Carta Magna, “a família ganhou dimensões significativas e um elemento que anteriormente estava à sombra: o sentimento”.⁶ A afetividade é o sentimento que une os membros da família, porque está baseado na proteção, dedicação em relação às pessoas mais frágeis da entidade familiar.

Conforme destaca Paulo Lôbo, o princípio da afetividade é o que fundamenta o Direito de Família, proporcionando a estabilidade das relações socioafetivas e a comunhão de vida, com prioridade sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.⁷

Assim, o dever de família está constitucionalmente previsto, estando diretamente relacionado com o princípio da afetividade. Este princípio jurídico, atualmente, é o norteador das relações jurídicas familiares⁸, estando interligado com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da convivência familiar, da igualdade entre os filhos, sendo o responsável por manter as pessoas vinculadas nas relações familiares.

Observa-se que o Estatuto da Criança e Adolescente também segue essa linha de proteção⁹, assim como a Constituição Federal que, no artigo 229, dispõe: “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”.¹⁰

⁵ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 maio 2012.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

⁶ CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda dos filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 286.

⁷ LOBÔ, Paulo. *Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.47.

⁸ GUERRA, Bruna Pessoa. **A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19722/a-deserdacao-ante-a-ausencia-de-afetividade-na-relacao-parental#ixzz2Cd5JpohQ>>. Acesso em: 26 maio 2012.

⁹ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei nº 8069**: Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1996. 1. ed. Santa Maria: Editora Pallotti, 2001.

Art. 4. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 maio 2012.

Ainda, atenta ao progresso das relações familiares, a Lei Fundamental reposiciona o centro da tutela constitucional para este instituto, anteriormente associada ao casamento, assim como observa Gustavo Tependino:

[...] o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que para a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.¹¹

A Carta Magna também estabeleceu o direito fundamental da igualdade entre o homem e a mulher, na forma do artigo 5º, inciso I¹². A seguir, no artigo 226, § 5º, referiu que “direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos pelo homem e pela mulher”.¹³ Considerou a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes como entidade familiar, pois, até então, a única forma legítima de constituição de família era pelo casamento.¹⁴ Além disso, consagrou o princípio da igualdade na família, desentrelaçou a filiação do casamento, garantindo a igualdade entre os filhos havidos ou não da relação do matrimônio, assegurando direitos e qualificações, proibindo toda discriminação referente à filiação.¹⁵

Em virtude dessas profundas mudanças, a Constituição Federal de 1988, atingiu incisivamente as relações entre pais e filhos, bem como toda a legislação relativa ao tema que

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001. p. 351.

¹² BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 maio 2012. Art. 5º, inc. I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

¹³ BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 maio 2012.

¹⁴ BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 maio 2012. Art. 226, § 5º: A família base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

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

¹⁵ BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 maio 2012.

Art. 227, § 6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

até o momento era baseada na autoridade do marido como chefe da sociedade conjugal, apesar da atenuação ocasionada pelo Estatuto da Mulher Casada¹⁶ (Lei nº 4.121/1962).

Assim, a família é uma entidade que está muito além de ser definida como um instituto formado somente através da consanguinidade existente entre pais e filhos. A partir das novas concepções de família, o ordenamento jurídico passou a reconhecer outras formas de família, entre elas, a união estável, a família monoparental e a união homoafetiva. Consequentemente, a afetividade passou a ter importância no Direito de Família.

1.1 O descumprimento do dever de família diante da ausência de afetividade e a destituição do Poder Familiar

O Poder Familiar é um direito-dever imposto por lei, no qual os pais possuem o dever de proteção que resulta da paternidade natural e da filiação legal. É um direito-dever irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, sendo que a sua renúncia é nula.¹⁷

O Poder Familiar implica o exercício do direito e do dever dos pais de ter os filhos em sua companhia e guarda¹⁸, incide somente sobre os filhos, ou seja, os netos apenas poderão estar sob a tutela dos avós. Os filhos estão sob o domínio do Poder Familiar enquanto forem menores de idade, pois a maioridade é uma das causas de extinção do mesmo. Assim, após a maioridade, se o filho for ou vier a tornar-se incapaz para a prática dos atos civis válidos (por doença mental, por exemplo), não retornará ao abrigo do Poder Familiar, mas sob a curatela, após o devido processo de interdição, segundo disciplinado do artigo 1.767 ao artigo 1.778 do Código Civil.

Diante do exposto, incumbe aos pais promover o direito-dever de criar, sustentar e educar os filhos, conforme preleciona Denise Damo Comel “o dever de criar se refere à

¹⁶ O Estatuto da Mulher casada (Lei nº 4.121/1962) mantinha o marido na chefia da sociedade conjugal, mas inseriu algumas modificações, como por exemplo, “assegurou o pátrio poder aos pais, sendo exercido pelo marido com a colaboração da mulher.” In: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 379.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 381.

¹⁸ BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 22 maio 2012. Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - (...)

II - tê-los em sua companhia e guarda.

obrigação de garantir o bem-estar físico do filho, o que inclui o sustento alimentar, o cuidado com a saúde e o que mais necessário for à sobrevivência”.¹⁹

Eunice Teresinha Fávero, adverte que os pais devem cuidar adequadamente dos filhos, sob pena de violação dos direitos da criança, estando sujeito a penalidades por parte do Estado, através do Poder Judiciário.²⁰ Por sua vez, Maria de Fátima Carrada Firmo, também vêm alertando para tal visão, quando recomenda que os pais, o estado e a sociedade devem cumprir com suas respectivas responsabilidades, a fim de promover o exercício dos direitos intrínsecos à proteção integral, sob pena de incidência de penalidades correspondentes a cada desobediência.²¹

É evidente que o dever de assistir aos filhos e estes aos pais, não depende de existência de amor na relação entre eles, o que também não significa que exista afetividade entre os membros da família o fato de cumprir com as obrigações determinadas pela legislação. Como bem lembra Maria Berenice Dias “amplo é o espectro do afeto, mola propulsora do mundo e que fatalmente acaba por gerar conseqüências que necessitam se integrar ao sistema normativo legal”.²²

Contudo, os laços de afetividade devem ser valorizados, pois eles influenciam no equilíbrio emocional, no bem estar e na formação do caráter da criança. A ausência de afetividade ocasiona enormes prejuízos, porque não há a preocupação em proporcionar à família o melhor desenvolvimento e qualidade de vida. Assim, o descumprimento do dever de família caracterizado pela carência de afetividade está diretamente relacionada com a destituição do Poder Familiar. Neste sentido é transcrita ementa para demonstrar como a jurisprudência vem se pronunciando a respeito do assunto, *in litteris*:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. NEGLIGÊNCIA. A criança objeto da ação está com quatro anos e desde os três meses encontra-se abrigada. A mãe não apresenta condições psicológicas ou mesmo de higiene em sua casa para cuidar do filho. Os laços de afetividade entre mãe e filho encontram-se completamente rompidos. Nesse passo, constatada a ausência de afeto e a negligência da mãe em relação ao filho, é de rigor a destituição do poder familiar. NEGARAM PROVIMENTO.

¹⁹ COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99.

²⁰ FÁVERO, Eunice Teresinha. *Rompimento dos vínculos do pátrio poder: condicionantes socioeconômicos e familiares*. São Paulo: Veras Editora, 2001. p 53.

²¹ FIRMO, Maria de Fátima Carrada. *A criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 114.

²² DIAS, Maria Berenice. *A estatização do afeto*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_estatiza%E7%E3o_do_afeto.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2012.

(TJRS, APL 7003509715; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos; Julg. 13/05/2010)²³

O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul trata de uma Apelação Cível que foi interposta I.B.O.F. contra a decisão da sentença que a destituiu do poder familiar. Diante dos fatos narrados, o Relator entendeu que apesar das diversas tentativas de se criar vínculos entre mãe e filho, todas sem êxito, bem como as provas que demonstram a ausência de condições da apelante para cumprir os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, não há como prover o apelo.

Deste modo, em caso de descumprimento dos deveres de família estabelecidos tanto pela Constituição Federal, como pela legislação infraconstitucional²⁴, impõe-se a destituição do Poder Familiar. Essa medida aplicada em atenção ao princípio do superior interesse da criança, através de decisão judicial, nos casos de castigo imoderado do filho; abandono do filho; prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e reiteração de faltas aos deveres intrínsecos ao Poder Familiar. Além disso, dar-se nos casos em que houver abuso de autoridade, não cumprimento aos deveres incumbidos aos pais ou ruína dos bens dos filhos, com fulcro no artigo 1.638 do Código Civil.

A jurisprudência há muito tempo tem admitido a perda do poder familiar nos casos em que não há observação ao princípio do melhor interesse da criança. Assim, apenas para contextualizar, colaciona-se recente decisão de nosso Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORES QUE NÃO APRESENTAM CONDIÇÕES MÍNIMAS DE PROVER O SAUDÁVEL DESENVOLVIMENTO DA PROLE. NEGLIGÊNCIA E ABANDONO MATERIAL E AFETIVO. INAPTIDÃO DOS GENITORES PARA PROVER A SUBSISTÊNCIA DAS CRIANÇAS EM TENRA IDADE. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL E DOS ARTS. 22 E SEQUINTE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Tratando-se a destituição do poder familiar de sanção grave e excepcional imposta aos genitores que não cumprirem com os deveres insculpidos no art. 1.634 do Código Civil e nos arts. 227 e 229 da Constituição Federal, sua decretação depende de prova irrefutável da falta, omissão ou abuso em relação aos

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou procedente a ação de destituição do Poder Familiar**. Apelação Cível nº 70035097153. Ministério Público e I.B.O.F. Relator: Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos. 13 de maio de 2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 30 nov. 2012.

²⁴ A legislação infraconstitucional também se preocupou em refrear o abandono de filho, no Código Penal está tipificado como crime o abandono de incapaz (art. 133), o abandono de recém-nascido (art. 134), o abandono material (art. 244), o abandono intelectual (art. 245) e o abandono moral (art. 247).

filhos. Comprovado que os pais biológicos não apresentam condições de cumprir os deveres decorrentes do poder familiar, porquanto sem atividade remuneratória, vivendo em precárias condições de moradia, higiene e alimentação, submetendo os filhos a constante sofrimento pela negligência, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, como afirmação dos princípios da dignidade da pessoa humana e do superior interesse da criança. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, APL 70041418302, Sétima Câmara Cível; Rel. Roberto Carvalho Fraga; Julg. 08/06/2011)²⁵

O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul refere-se a uma Apelação, na qual Margarete de Andrade requer a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente a ação promovida pelo Ministério Público de destituição do Poder Familiar.

De acordo com a narração do voto do Relator, a apelante não demonstra os cuidados necessários que devem ser despendidos aos filhos, principalmente porque há provas que justificam a medida de destituição do Poder Familiar. Em face disso, foi negado provimento ao recurso.

Portanto, devido a sua gravidade, a destituição do Poder Familiar deve ser decidida quando o fato ameace constantemente a segurança e a dignidade do menor, ou seja quando não há possibilidade de reconstrução dos laços de afetividade na unidade familiar. A destituição do Poder Familiar está sujeito a procedimento judicial, sendo parte legítima para propor a ação um dos genitores frente ao outro, o Ministério Público (artigo 201, III, ECA) ou qualquer parente da criança.²⁶

Contudo, nos termos do artigo 23 do ECA, “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar”²⁷, sendo certo, também que a perda do Poder Familiar, como consequência da condenação criminal, só é automática, quando se tratar de crime doloso, sujeito a pena de reclusão, cometido contra filho.²⁸

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação de destituição do Poder Familiar.** Apelação Cível nº 70041418302. Ministério Público e Margarete de Andrade. Relator: Desembargador Roberto Carvalho Fraga. 08 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 02 set. 2012

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 389.

²⁷ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei nº 8069:** Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1996. 1. ed. Santa Maria: Editora Pallotti, 2001.

²⁸ BRASIL. Código Penal - Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 jul. 2012. Art. 92. São também efeitos da condenação:

I - (...)

Conforme artigo 1.637 do Código Civil, a perda ou a destituição do Poder Familiar será consequência, geralmente, de uma ou reiteradas aplicações anteriores de suspensão, como medida protetiva, mas que não surtiram as finalidades esperadas. A sentença que destitui o Poder Familiar é sanção de maior abrangência aplicada à desobediência de um dever relevante, sendo medida imperativa e não facultativa²⁹, que impede qualquer autoridade com relação ao filho.³⁰

O procedimento de suspensão ou destituição do Poder Familiar é regulado pelo artigo 155 e seguintes do Estatuto da Criança e Adolescente - ECA.

Assim sendo, adverte Venosa³¹, os pais que descumprem os deveres em relação aos filhos responderão civil e criminalmente pelo abandono material, moral e intelectual, conforme previsto nos artigos 224 a 246 do Código Penal. Destarte, torna-se oportuno que a penalização compreenda igualmente o âmbito do direito sucessório, a fim de impedir que os pais, que não prestaram cuidado, os quais agem com abandono e negligência, venham a ser beneficiados.

Salienta-se que, no desenvolvimento da pesquisa, defende-se que a legislação deve ser complementada, inserindo a destituição do Poder Familiar como hipótese de exclusão do herdeiro da sucessão. Sendo indispensável avaliar a importância deste assunto, o qual foi objeto do Projeto de Lei no Senado nº 6960/2002 e, atualmente, possui discussão nas mesmas diretrizes nos Projetos Lei do Senado nº 118/2010 e nº 699/2011, que visam a modificar a legislação, a fim de considerar a destituição do Poder Familiar como excludente sucessória.

2 A EXCLUSÃO DO HERDEIRO DA SUCESSÃO: OS REFLEXOS DOS INSTITUTOS DA INDIGNIDADE SUCESSÓRIA E DA DESERDAÇÃO

O assunto em questão traz a hipótese de tornar legal a proibição do herdeiro destituído do Poder Familiar concorrer à herança deixada pelo filho, a fim de impedir que os pais que não cumpriram com os deveres legais sejam beneficiados em razão dos atos anteriormente praticados.

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado.

²⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. ed .28. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 369.

³⁰ COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 294.

³¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 361.

A herança nas palavras de Cateb “é um conjunto de direitos, obrigações e dívidas de uma pessoa, transmitida a seus herdeiros, que a recebem em seu conjunto”,³² ou seja, herança são todos os direitos e obrigações deixados pelo *de cuius*, os quais são transmitidos aos herdeiros no momento da abertura da sucessão, como um monte indivisível.³³

Nota-se que no direito pátrio, “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”,³⁴ portanto, trata-se de uma transmissão automática, que não necessita de intervenção do herdeiro. Quando se trata de sucessão legítima, deverá ser seguida a ordem de vocação hereditária, isto é, ser chamada a primeira classe, em detrimento das seguintes, até esgotar a ordem elencada no artigo 1.829 do Código Civil.³⁵

A lei assegura aos herdeiros necessários o recebimento da legítima, independente da vontade do autor da herança. Enquanto que aos legatários, por referir-se de disposição testamentária, prevalece a vontade expressa do testador.

A plenitude de recebimento da herança por todos os herdeiros e legatários é a regra geral, constante na legislação brasileira. Contudo, há exceções que excluem herdeiros e legatários, quando são considerados indignos para o recebimento do patrimônio que será transmitido pelo *de cuius*.

Atualmente, no direito sucessório brasileiro, existem apenas duas hipóteses de exclusão de herdeiro da sucessão, quais sejam por indignidade e por deserção.

Indignidade sucessória é o impedimento do herdeiro de participar da herança em razão de ter praticado atos que a lei reprovava. Conforme o artigo 1.814 do Código Civil o herdeiro que

³² CATEB, Salomão de Araújo. **Deserção e Indignidade no Direito Sucessório Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rei, 2004. p. 43.

³³ BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 22 maio 2012. Art. 1791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

³⁴ BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 22 maio 2012. Art. 1784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

³⁵ BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 22 maio 2012. Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

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

praticar crime de homicídio doloso ou tentativa contra o *de cujus* ou um de seus descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro está sujeito a indignidade. O herdeiro que acusar caluniosamente em juízo o autor da herança ou praticar crime contra sua honra ou mesmo de seu companheiro ou cônjuge, bem como, impedir, através de fraude ou violência, que a herança seja dividida segundo a vontade do *de cujus*, também incorre em indignidade.

O conceito de indignidade está relacionado com atos praticados que afrontam o autor da herança, a honra ou os seus interesses. É a ofensa demasiada que pode ter consequências na sucessão.

Por sua vez, Guilherme Gama esclarece que indignidade significa uma sanção civil aplicada ao herdeiro à sucessão, pois impede que o indigno receba a herança ou legado o qual teria direito.³⁶

Segundo Paulo Nader, indignidade é a condição jurídica em que se encontra o indivíduo que praticou ofensa grave contra o autor da herança ou membros da sua família, e é condenado a perder o direito de suceder.³⁷

No entanto, para que o herdeiro seja declarado indigno é necessária manifestação judicial, por sentença (artigo 1.815 do Código Civil), competindo a iniciativa da ação por algum interessado no inventário.

Contudo, a legislação não autoriza outras hipóteses de exclusão de herdeiro da herança a não ser as estabelecidas no Código Civil, neste sentido é transcrita ementa para demonstrar como a jurisprudência vem se pronunciando a respeito do assunto:

ACÇÃO DE EXCLUSÃO DE HERDEIRO. CONDUTAS ILÍCITAS PRATICADAS ENTRE DESCENDENTES. AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO AUTORIZADOR DA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1. A indignidade é uma pena aplicada ao sucessor que pratica atos indignos contra o autor da herança, taxativamente previstos em lei, não sendo permitida interpretação extensiva. Inteligência do artigo 1.814, do Código Civil. 2. É inviável a exclusão de herdeiro pela suposta prática de atos ilícitos em relação a outra herdeira, diante da ausência de fato típico autorizador da declaração de indignidade. Recurso desprovido. (TJRS, APL 70040516312; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Roberto Carvalho Fraga; Julg. 24/08/2011)³⁸

³⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, v.7, 2007. p. 67.

³⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 2007. p. 108.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente a ação de exclusão de herdeiro**. Apelação Cível nº 70040516312. Daniela da Silveira Peixoto e Eduardo Silveira Peixoto e

Irresignada com a sentença que julgou improcedente a ação de exclusão de herdeiro que move contra Eduardo Silveira Peixoto, Daniela da Silveira Peixoto interpôs Apelação Cível. A apelante requer a exclusão da sucessão do recorrido em razão das atitudes ilícitas praticadas desfavor do patrimônio da autora da herança. No voto o Relator confirmou a sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, haja vista que no caso, não estão presentes quaisquer das hipóteses descritas na lei, pois a deserdação depende de testamento e quanto a indignidade as hipóteses estão postas na lei *numerus clausus*. Ressalta que os atos que autorizam o afastamento do sucessor devem ser praticados em desfavor do próprio autor da herança, e não contra outro herdeiro. Assim sendo, foi negado provimento ao recurso, pois é absoluta a ausência de previsão legal.

Outra forma de excluir um herdeiro da sucessão é a deserdação. Nas palavras de Paulo Nader, “deserdação é a penalidade imposta pelo *auctor hereditatis* a herdeiro necessário, mediante justificativa em cláusula testamentária, visando alijá-lo da sucessão em decorrência de prática de ato moralmente censurável e catalogado na Lei Civil”.³⁹

A deserdação está prevista nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, os quais determinam que, além dos motivos previstos no artigo 1.814, autorizam a deserdação tanto dos descendentes pelos ascendentes, como os ascendentes pelos descendentes, a ofensa física, a injúria grave, as relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto, bem como relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta. O desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, assim como desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade, também motivam a deserdação.

Todavia, nos casos previstos especificadamente para a deserdação, ao contrário do que ocorre na indignidade, não existe a previsão de crime tipificado pelo Código Penal, mas atos cometidos pelo herdeiro contra o autor da herança na esfera moral. Estes atos ocorrem obrigatoriamente ante à cláusula testamentária de exclusão da herança. Assim, apenas para contextualizar, colaciona-se recente decisão de nosso Tribunal de Justiça:

ACÇÃO DE DESERDAÇÃO. Quedando-se revel o herdeiro na ação de deserdação, presumem-se verdadeiras, para efeito do art. 1.743 do CC/1916, as causas alegadas

outros. Relator: Roberto Carvalho Fraga. 24 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 02 set. 2012.

³⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 2007. p. 489.

pelo testador para deserdá-lo. Apelo provido. (TJRS, APL 70007827397, Sétima Câmara Cível; Rel. Maria Berenice Dias; Julg. 05/05/2004)⁴⁰

O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul trata de uma Apelação Cível que foi interposta pelo Espólio de Frederico Raasch, representado por sua inventariante, Maria Saete Veber Raasch e outros contra a sentença que julgou improcedente o pedido de deserdação contra Nelson Francisco Raasch. Os autores apelam afirmando que a disposição testamentária que excluiu o requerido da sucessão, foi firmada pelo falecido enquanto no pleno gozo de suas faculdades mentais. O apelo foi provido com base no artigo 1.743 do CC/1916, vigente no momento da abertura da sucessão, o qual dispõe que ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.⁴¹

A lei civil exige que, para a exclusão dos herdeiros necessários, ao seu direito a legítima, sejam atendidos alguns requisitos, quais sejam: iniciativa do autor sucessório, qualidade de herdeiro necessário, tipicidade do ato de ingratidão e justificativa, comprovação judicial.⁴² Assim, como a deserdação exclui completamente o herdeiro da sucessão, uma vez que não existe deserdação parcial, para ser válida a exclusão, é imprescindível iniciativa do autor da herança através de testamento, não servindo como instrumento uma declaração ou escritura pública, com fulcro no artigo 1.964, do Código Civil.

Cabe ressaltar que os motivos de indignidade excluem totalmente herdeiros e legatários, enquanto os de deserdação alcançam apenas os herdeiros necessários. Tanto a declaração de indignidade sucessória quanto a deserdação depende de propositura de ação no prazo decadencial de quatro anos, somente tendo cabimento depois da abertura da sucessão.

As considerações anteriores demonstram que as causas de exclusão da sucessão por indignidade sucessória e deserdação são taxativas⁴³, sendo esse o pretexto da discussão jurídica,

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que proveu o recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente a ação de deserdação**. Apelação Cível nº 70007827397. Nelson Francisco Raasch e Espólio de Frederico Raasch e outros. Relatora: Maria Berenice Dias. 05 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 02 set. 2012.

⁴¹ BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 maio 2012. Art. 1743. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador (art. 1.742).

⁴² NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 2007. p. 495.

⁴³ A legislação brasileira permite a exclusão de herdeiro da sucessão apenas nas hipóteses previstas no Código Civil, entendimento corroborado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INDIGNIDADE DE HERDEIRO. As hipóteses legais de indignidade são taxativas e não comportam ampliação ou interpretação extensiva. Os fatos narrados na inicial não se enquadram em nenhuma das hipóteses legais. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. In: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio

a qual visa a modificar a legislação em função de existir situações diversas e mais atuais que devem ser consideradas, mais precisamente a destituição do poder familiar como possibilidade de perda do direito de herdar.

2.2 A repercussão jurídica da destituição do Poder Familiar e a necessária atualização do Direito brasileiro quanto às causas de privação da herança

No direito brasileiro, a única previsão de perda de condição de filho é através da adoção, a qual efetivamente extingue o vínculo parental entre a criança adotada e seus pais biológicos. Tal perda de condição de filho não ocorre no caso de exclusão da sucessão por indignidade (artigo 1.814 do Código Civil) e deserdação (artigos 1961 a 1965 do Código Civil), assim como na ocorrência da destituição do Poder Familiar, nas hipóteses dos artigos 22 e 24 do Estatuto da Criança e Adolescente.

Portanto, a partir do exposto inicialmente, entende-se que a destituição do Poder Familiar é um assunto extremamente relevante no Direito de Família e, conseqüentemente, é indispensável estudar os seus reflexos no Direito Sucessório. Deste modo, defende-se a necessidade de alteração da legislação, a fim de inserir a perda do Poder Familiar como hipótese de exclusão do herdeiro da sucessão. O intuito da modificação é evitar que os pais destituídos do Poder Familiar se aproveitem financeiramente de seus atos anteriores praticados em prejuízo do autor da herança.

Segundo Gagliano “um dos piores defeitos que um homem pode cultivar é a ingratidão”.⁴⁴ O autor afirma que a realização de qualquer dos atos de ingratidão provoca o cometimento de ato incerto ao dever de respeito e lealdade, que devem se fazer presentes entre os indivíduos.

Como se pode constatar, para que ocorra a exclusão da herança por ingratidão é indispensável a prática de atos contrários aos elementos que sustentam a família, essencialmente a afetividade.

Sobre o tema, Cateb assim descreveu:

Grande do Sul. *Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente a ação declaratória de indignidade*. Apelação Cível nº 70013245972. Relator: Des. Rui Portanova. 20 de julho de 2006. Disponível em: <www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 30 set. 2012.

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. *O Contrato de Doação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 176.

Deserdação de herdeiro necessário pressupõe ausência absoluta dos sentimentos primários e fundamentais, indispensáveis à relação familiar. Amor, afeto, carinho, gratidão, não são somente substantivos abstratos, mas elementos intrínsecos e imprescindíveis à sustentação da família como célula fundamental e protegida pela Constituição Federal.⁴⁵

Dessa passagem, é possível perceber que a falta de afetividade em qualquer relação humana, e principalmente entre os membros da família, fragiliza a relação. Por conseguinte, a destituição do Poder Familiar é medida que priva o exercício de um direito inerente, visto que representa o desgaste da relação familiar, pois proteger, oferecer carinho e amor não são mais o centro da preocupação dos pais.

Diante disso, não se pode negar a repercussão na esfera do direito sucessório desse rompimento dos laços, uma vez que é medida excepcional, aplicada porque o abuso ou a inobservância dos deveres foram tão graves que ferem os valores e os direitos fundamentais dos filhos.

Cumprido lembrar que o direito sucessório atual prevê a deserdação dos ascendentes pelos descendentes na hipótese de desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade, conforme inciso IV do artigo 1.963 do Código Civil. Porém, a destituição do Poder Familiar é caracterizada pelo desamparo total, sendo tão grave e traumatizante quanto o desamparo previsto na legislação atual anteriormente mencionada.

Oportuno destacar informativo jurisprudencial nº 0135 do Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 334.773-RJ:

SUCESSÃO. EXCLUSÃO. MAUS TRATOS. Trata-se de ação ordinária para exclusão de mulher da sucessão de tio, que apresentava problemas mentais por esclerose acentuada, anterior ao consórcio. O casamento restou anulado por vício da vontade do nubente, que também foi interdito a requerimento de uma das recorridas, bem como anulada a doação de apartamento à recorrente. Apesar de o recurso não ser conhecido pela Turma, o Tribunal a quo entendeu que, embora o efeito da coisa julgada em relação às três prestações jurisdicionais citadas reste adstrito ao art. 468 do CPC, os fundamentos contidos naquelas decisões, trazidos como prova documental, comprovam as ações e omissões da prática de maus tratos ao falecido enquanto durou o casamento, daí a previsibilidade do resultado morte. Ressaltou, ainda, que, apesar de o instituto da indignidade, não comportar interpretação extensiva, o desamparo à pessoa alienada mentalmente ou com grave enfermidade comprovados (arts. 1.744, V, e 1.745, IV, ambos do CC) redundam em atentado à vida a evidenciar flagrante indignidade, o que leva à exclusão da mulher da sucessão testamentária.⁴⁶

⁴⁵ CATEB, Salomão de Araújo. *Deserdação e Indignidade no Direito Sucessório Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rei, 2004. P. 101-102.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão de decisão que não conheceu o recurso*. Recurso Especial nº 334773. Alzira Garcia, Valéria Garcia Da Silva Maron e Espólio de José Esteves Leitão da Silva.

No caso em tela a sobrinha do autor da herança ajuíza ação de indignidade alegando maus tratos em face da esposa do falecido. O recurso foi julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, votaram com o Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro. Importante observar que o fundamento da decisão, que desencadeou a incidência da exclusão da sucessão por indignidade, foi a interpretação de que o desamparo a pessoa alienada mentalmente ou com grave enfermidade acarretam em atentado à vida. Tal decisão representa um avanço da jurisprudência, uma vez que, apesar da legislação brasileira ser taxativa quanto os motivos de exclusão da herança por indignidade, a interpretação foi que se, durante o casamento, o marido estava sob os cuidados da mulher, cabia a esta cuidar-lhe da saúde do marido doente, se ela negligenciou nessa obrigação, é responsável pelo resultado, qual seja, a morte pela omissão.

Contudo, há de se ressaltar que essa restrição da legislação brasileira quanto à tipificação da exclusão da herança não atende as situações que, atualmente, envolvem a ausência de afetividade na família, principalmente na relação entre autor da herança e herdeiro. Logo, tanto a destituição do Poder Familiar quanto a ausência de afetividade deveriam ser discutidas na esfera sucessória.

Ademais, se a legislação penal (artigo 92, II) adverte que a perda do Poder Familiar é consequência automática da condenação criminal sujeita a pena de reclusão, quando se trata de crime doloso cometido contra filho, porque não estender seus efeitos no âmbito do direito sucessório? Qual a justificativa de beneficiar os pais que deveriam preservar e desenvolver a integridade dos filhos e não o fizeram?

Maria Berenice Dias salienta o paradoxo existente entre a perda do Poder Familiar e o direito sucessório dos pais em relação ao filho. Inclusive, defende que não reconhecer essa contradição beneficia o genitor que não se preocupou em cumprir os seus deveres legais em relação aos filhos:

É necessário reconhecer que a perda do poder familiar (CC, 1638) afasta o direito sucessório do pai com relação ao filho. Ainda que esta conclusão pareça óbvia, não está na lei. Não admitir isso leva à conclusão de que o rompimento do vínculo parental viria em benefício do genitor que não cumpriu com os seus deveres legais.

Relator: Cesar Asfor Rocha. 21 de maio de 2002. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=212&nreg=200100888744&dt=20020826&formato=PDF>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

O despropósito desta assertiva fica mais escancarado quando se afirma, como fazem alguns, que a extinção da autoridade parental afasta o dever de alimentos. Assim, o pai que perde o poder familiar não teria o dever de sustento, mas conservaria o direito de receber a herança do filho.⁴⁷

Nesse contexto, a crítica que se faz diz respeito à ausência de lei que regulamente o afastamento dos pais destituídos do Poder Familiar em relação à herança deixada pelo filho. A não observância de tal carência pelo Poder Judiciário acaba por beneficiar os pais que não se preocuparam em proporcionar aos filhos amparo, proteção e acolhimento.

Nos casos em que ocorre a destituição do Poder Familiar não há que se tratar de existência de afetividade, ou seja, inexistente qualquer vínculo sentimental entre herdeiro e autor da herança. Sendo essa a razão da discussão dos projetos leis em tramitação, uma vez que a perda do Poder Familiar, como fator determinante da exclusão sucessória, não tem amparo na legislação e raramente na doutrina.

Diante da necessária atualização das regras de exclusão da herança no direito brasileiro, foi apresentado, primeiramente, pelo Deputado Ricardo Fiusa, o Projeto Lei do Senado nº 6960/2002, o qual, atualmente, encontra-se arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Este projeto objetivava inserir ao artigo 1.963 do Código Civil o dispositivo 1.963- A, com o seguinte teor:

Art.1.963 - A. Além das causas enumeradas no art. 1814, autorizam a deserção do cônjuge:
I - prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento, ou que determine a perda do poder familiar;
II - recusar-se injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns;
III - desamparado do outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade.

A crítica que se faz ao aludido projeto, está relacionada à modificação da legislação a fim de autorizar a deserção somente em relação ao cônjuge que praticou ato que importe a perda do Poder Familiar, quando se faz indispensável analisar a situação de ambos os pais sofrerem a destituição.

Nessa esteira, a Senadora Maria do Carmo Alves apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 118 de 2010, o qual ainda está tramitando. O referido projeto altera os capítulos V e X do Livro V do Título I do Código Civil, precisamente, os artigos 1.814 a 1.818 e 1.961 a 1.965, no

⁴⁷ Dias, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 297-298.

que se refere à indignidade e à deserdação. Quanto à deserdação, importa ressaltar a alteração no artigo 1962 trazida por este projeto:

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

- I - culposamente, em relação ao próprio testador ou à pessoa com este intimamente ligada, tenha se omitido no cumprimento das obrigações do direito de família que lhe incumbiam legalmente;
- II - tenha sido destituído do poder familiar;
- III - não tenha reconhecido voluntariamente a paternidade ou maternidade do filho durante sua menoridade civil.

Conforme justificção⁴⁸ do referido projeto, os argumentos utilizados pela autora foram baseados nas sugestões apresentadas na dissertação do Prof. Carlos Eduardo Minozzo Poletto. A Senadora relata que o objetivo do projeto de lei é aperfeiçoar o Direito Sucessório a partir das alterações pretendidas em relação aos institutos da indignidade e da deserdação, tendo em vista a questão da exclusão da herança encontra-se defasada perante as situações atuais.

Destarte, em 15 de março de 2011, foi apresentado, pelo Deputado Arnaldo Faria de Sá o Projeto Lei do Senado nº 699 de 2011, o qual rediscute as diretrizes dos projetos lei aludidos, qual seja, o acréscimo do art. 1963-A ao artigo 1963 do Código Civil. O mencionado projeto encontra-se em tramitação, aguardando parecer na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC).

Assim, a discussão da matéria, através dos projetos lei, é muito conveniente, haja vista a necessidade de atualização do regime de privação da herança no direito brasileiro, o qual até o momento acaba sendo conivente com o infrator. Permitir a omissão em extrair consequências jurídicas na esfera sucessória em razão da falta da afetividade beneficia a irresponsabilidade de condutas que “afrontam o dever de lealdade que merece ser prestigiado como integrante da estrutura familiar”.⁴⁹

⁴⁸ BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 118/2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96697>. Acesso em 23 jun. 2012.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. Família, ética e afeto. Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?25,8>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

CONCLUSÃO

O presente artigo foi delineado objetivando controverter as considerações apresentadas nas notas introdutórias. Assim, o ordenamento jurídico como um todo tem a função de possibilitar que sejam reconhecidos e acomodados os novos valores sociais à norma em abstrato.

É inegável que o sistema jurídico atual preocupa-se em ressaltar o direito-dever dos pais de cuidar e proteger os filhos tanto fisicamente quanto no aspecto psíquico e moral. Dessa forma, elege a afetividade como o princípio norteador do Direito de Família, porque enfatiza o afeto, o carinho, a gratidão, o respeito nas relações familiares.

Consequentemente, desentrelaçar totalmente o afeto da compreensão de família ofende não só a norma constitucional baseada na proteção integral, mas também o respeito à dignidade das crianças e dos adolescentes. Contudo, apesar de não haver legislação específica sobre o tema, no âmbito do direito sucessório, a indignidade sucessória e a deserdação são plenamente aplicáveis perante a destituição do Poder Familiar em razão da ausência de relação familiar entre os membros e a consequente falta de afeição.

Assim sendo, este artigo defende a necessidade de mudança na legislação brasileira no âmbito do direito sucessório, a fim de considerar a destituição do Poder Familiar um fator determinante para a aplicação da indignidade sucessória e a deserdação. Adverte-se que a falta de convívio com a família e consequente ausência de afeto, fatalmente, impossibilita o herdeiro de concorrer à sucessão junto com os demais membros da família.

Cabe frisar que as crianças que viveram tal situação de violação de seus direitos pela família de origem, quando da sua morte, já estavam sob o poder de uma nova família, é dessa última o direito de receber qualquer herança, pois lhe acolheu, ofereceu um lar organizado, estruturado, enfim, reverteu a condição de abandono e negligência. No caso de estar em abrigos ou em famílias substitutas à espera de adoção, durante o deslinde do processo, que se discute a justificativa dos pais que deveriam preservar e desenvolver a integridade dos filhos e não o fizeram, de modo que, nesse momento, se beneficiassem.

Conclui-se que apesar de não haver legislação específica sobre o tema, diante da destituição do Poder Familiar, os pais devem ser excluídos da sucessão. Cabendo, com isso, aduzir que o Poder Judiciário ao reconhecer tal situação jurídica reafirma o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, ao princípio da proteção integral e ao princípio do melhor

interesse da criança que jamais devem deixar de serem protegidos, consagrados e esquecidos no meio social.

Por fim, haja vista a pesquisa, com o escopo de verificar o entendimento e o posicionamento dos juristas sobre o assunto, constatou dificuldades em encontrar discussão do tema entre os doutrinadores, bem como a falta de jurisprudência dos tribunais brasileiros que se encontram presos à letra da lei que, por ser taxativa, não comporta interpretação extensiva.

Contudo, considera-se relevante e apropriada a crítica da aplicação da indignidade sucessória e a deserdação pela falta de afetividade nas relações familiares porque se trata de situação rotineira na sociedade e, nos dias atuais não há um posicionamento consistente que aborde o assunto, assim como é necessária a pesquisa para clamar por mudanças. Por tal razão, espera-se a aprovação dos Projetos de Lei do Senado n° 118/2010 e n° 699 de 2011, os quais apresentarão uma nova realidade a ser protegida pelo Direito. Por enquanto, há a expectativa de aprovação do Projeto de Lei do Senado, assim, evitar-se-ia mais uma injustiça social de ser protegida pelo Direito.

Ante o exposto, deve-se ressaltar que, tendo em vista a gravidade da medida de destituição do Poder Familiar, esse procedimento requer sempre uma interpretação cuidadosa, posto que provoca a ruptura dos liames jurídicos entre pais e filhos. É a partir desse julgamento de ruptura dos vínculos jurídicos que deve estar fundamentada a aplicação das excludentes sucessórias, quais sejam os institutos da indignidade e deserdação em relação aos pais destituídos do Poder Familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 maio 2012.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 maio 2012.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 22 maio 2012.

BRASIL. Código Penal - Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 jul. 2012.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei nº 8069: Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de 13 de julho de 1996. 1. ed. Santa Maria: Pallotti, 2001.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 6960/2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em: 23 jun. 2012.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 118/2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96697>. Acesso em: 23 jun. 2012.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 699 de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103369>. Acesso em: 23 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que não conheceu o recurso. Recurso Especial nº 334773. Alzira Garcia, Valéria Garcia Da Silva Maron e Espólio de José Esteves Leitão da Silva. Relator: Cesar Asfor Rocha. 21 de maio de 2002. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=212&nreg=200100888744&dt=20020826&formato=PDF>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou parcialmente procedente a ação de destituição do Poder Familiar. Apelação Cível nº 70041418302. Relator: Desembargador Roberto Carvalho Fraga. 08 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 02 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou procedente a ação de destituição do Poder Familiar. Apelação Cível nº 70035097153. Relator: Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos. 13 de maio de 2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 30 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente a ação de exclusão de herdeiro. Apelação Cível nº 70040516312. Relator: Roberto Carvalho Fraga. 24 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 02 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão de decisão que proveu o recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente a ação de deserdação. Apelação Cível nº 70007827397. Relatora: Maria Berenice Dias. 05 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 02 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente a ação

declaratória de indignidade. Apelação Cível nº 70013245972. Relator: Des. Rui Portanova. 20 de julho de 2006. Disponível em: <www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: 30 set. 2012.

CAHALI, Francisco; HIRONAKA, Giselda. **Curso Avançado de Direito Civil.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 2003.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda dos filhos na família constitucionalizada.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

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

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma.** 12. ed. São Paulo: Hemus Editora Ltda., 1998. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca.

DIAS, Maria Berenice. **A estatização do afeto.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_a_estatiza%E7%E3o_do_afeto.pdf>. Acesso em: 22 agos. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Família, ética e afeto.** Disponível em: <<http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?25,8>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FÁVERO, Eunice Teresinha. **Rompimento dos vínculos do pátrio poder: condicionantes socioeconômicos e familiares.** São Paulo: Veras Editora, 2001.

FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o Adolescente no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O Contrato de Doação.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: sucessões.** 2. ed. São Paulo, SP: Atlas, v.7, 2007.

GUERRA, Bruna Pessoa. **A deserção ante a ausência de afetividade na relação parental.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19722/a-deserdacao-ante-a-ausencia-de-afetividade-na-relacao-parental#ixzz2Cd5JpohQ>>. Acesso em: 26 maio 2012.

LOBÔ, Paulo. **Famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família.** ed .28. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Marcos Alves da. **Do Pátrio Poder à Autoridade Parental Repensando Fundamentos Jurídicos da Relação entre Pais e Filhos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares.** 2. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Recebido em: 1 maio 2013

Aprovado em: 8 jul. 2013