

Alargamento das Causas de Deserdação – O Abandono Afetivo

Carolina de Sousa Brito, Licenciada em Direito e Pós-Graduada em Direito das Crianças, Família e Sucessões pela Universidade do Minho

Soraia Barbosa Araújo, Licenciada em Direito e Pós-Graduada em Direito das Crianças, Família e Sucessões pela Universidade do Minho

Resumo: A morte é um acontecimento natural que marca o fim de todo o percurso trilhado por determinado ser humano, ou seja, é inevitável e irreversível. É, precisamente, com a morte que se verifica a abertura da sucessão. Todavia, para se ser chamado a suceder é necessário o preenchimento dos pressupostos da vocação sucessória. No entanto, podem-se verificar causas de indignidade ou de deserdação, permitindo assim ao *de cuius*, privar determinada pessoa da sua capacidade para ser sucessível. Tendo em conta todas as causas elencadas no artigo 2166.º do Código Civil, não se poderá equacionar um alargamento ao abandono afetivo como possível causa de deserdação? Fará sentido um pai que abandona um filho poder ser seu sucessível? Ou um filho que abandona um pai, poder vir a herdar o seu património? Como se procederá ao abandono afetivo mútuo? Poder-se-á lançar mão do instituto do abuso do direito para colmatar tais falhas do sistema jurídico?

Palavras-chave: Sucessão – Indignidade – Deserdação – Abandono Afetivo – Abuso de Direito

1. Introdução

O Homem é um ser *finito* – nasce, cresce, desenvolve-se e morre. Assim, a morte é o fim de todo o percurso trilhado por determinado ser humano e o centro do Direito das Sucessões. Convém, desde logo, saber o que significa o termo sucessões¹. Ao abrigo do art. 2024.º do CC “[d]iz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam”. Galvão Telles defende que “[q]uando alguém falece, todos os seus direitos e obrigações, que não sejam intransmissíveis por morte, se transferem a uma ou mais pessoas [...]”². Por seu turno, Cristina Dias argumenta que a sucessão é um efeito jurídico ou um fenómeno, mais especificamente, uma “[...] aquisição [ou vinculação] *mortis causa*”³.

Desta reflexão ressalta que a morte é o ponto de partida para a abertura da sucessão (art. 2031.º do CC)⁴ e acarreta o término das relações interpessoais; o estancamento das relações institucionais e a interrupção das relações patrimoniais⁵. Oliveira Ascensão afirma que “a morte [é um] fenómeno definitivo e irreversível, é a causa de descontinuidade na vida social [...]”. Porém, a vida social exige continuidade e, por isso mesmo, falecendo uma pessoa, são chamados, inequivocamente, os seus

¹ Noção que é alvo de críticas por parte da doutrina – cf. TELLES, Galvão, *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 6.ª ed., reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 38 e ss., e TELLES, Galvão, *Sucessões. Parte Geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 16-17; SOUSA, Capelo de, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed., renovada, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 21-27; FERNANDES, Luís Carvalho, *Lições De Direito Das Sucessões*, 4.ª ed., Lisboa: Quid Iuris, 2012, pp. 61-62.

² TELLES, Galvão, *Direito das Sucessões. Trabalhos preparatórios do Código Civil*, Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Coimbra Editora, 1972, pp. 19 e 143.

³ DIAS, Cristina, «Artigo 2024.º (Noção)», in Cristina Araújo Dias (coord.), *Código Civil Anotado, Livro V, Direito das Sucessões*, 2.ª ed., 2022, p.15.

⁴ “A morte suscita múltiplos sentimentos e reações: há quem a deseje [...], ignore [...]. angustie [...] sofra [...]” – PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 5.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 15. Verificámos que o objetivo com a abertura da sucessão é proceder à partilha de bens.

⁵ SILVA, Ana Rita Gomes, *As Incapacidades na Sucessão Legitimária*, (<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/50188/1/Ana%20Rita%20Gomes%20oda%20Silva.pdf>), acesso em 2023-05-18, p. 3.

sucessores para aceitar ou repudiar a herança⁶; não os havendo, em última instância, sucede o Estado. O certo é que os bens do *de cuius* não ficam ao abandono. Daqui resultam três etapas essenciais: i) abertura da sucessão; ii) chamamento dos sucessíveis; iii) aceitação ou repúdio.

Segundo Cristina Dias, “[...] as conexões fundamentais do Direito das Sucessões são a propriedade, a família e o Estado”⁷. Deste modo, verificamos que existem três modelos de sucessão que podemos ter em linha de conta: i) individualista/capitalista⁸; ii) familiar⁹ e iii) socialista¹⁰. Ora, no entender de Pereira Coelho, Portugal tem um sistema misto¹¹, por *beber* um pouco dos três modelos mencionados¹². Capelo de Sousa, contudo, defende que o sistema português “[...] é claramente capitalista, se bem que modernizado”¹³.

O nosso ordenamento jurídico prevê as seguintes modalidades de sucessão: a legal (art. 2027.º do CC) que se subdivide na legitimária (arts. 2156.º ss. do CC)¹⁴ e legítima

⁶ “Durante este período, entre o chamamento e a aceitação, a herança está numa situação de jacência” – DIAS, Cristina, *Lições de Direito das Sucessões*, 7.ª ed., reimpressão, Coimbra: Almedina, 2021, p. 156. Cf. DIAS, Cristina, «Artigo 2046.º (Noção)», *cit.*, pp. 59-61.

⁷ DIAS (nota 6), p. 24.

⁸ Caracteriza-se pelo reconhecimento da propriedade privada (art. 62.º da CRP) e do princípio da autonomia privada.

⁹ Este modelo sublinha a importância atribuída à família (arts. 36.º e 67.º da CRP), daí que o autor da sucessão não possa dispor de todos os seus bens como bem lhe aprouver, visto que tem que respeitar imperiosamente a legítima dos herdeiros legitimários – art. 2156.º do CC.

¹⁰ Vinca-se a conexão ao Estado, salientando-se a propriedade coletiva. É pertinente ter em conta que se só existisse este modelo deixaríamos de ter o Direito das Sucessões. Dos três modelos, o socialista é o que tem menos relevância entre nós – COELHO, Francisco Pereira, *Direito das Sucessões*, Lições policopiadas ao curso de 1973/1974, Coimbra, 1992, p. 45. Este modelo pode existir na nossa ordem jurídica (ainda que indiretamente) no regime fiscal – art. 81.º, a) e b) da CRP.

¹¹ COELHO (nota 10), pp. 44-48.

¹² Seguimos a mesma opinião, visto que se realçam as características do modelo familiar na modalidade de sucessão legitimária/legal; contudo, também se destacam traços capitalistas na sucessão testamentária.

¹³ SOUSA (nota 1), pp. 113 e ss.

¹⁴ A sucessão legitimária tem como suporte o *princípio da intangibilidade da legítima*. Se a legítima dos herdeiros legitimários for afetada, eles podem recorrer à redução dessas inoficiosidades (art. 2169.º do CC), uma vez que é um direito irrenunciável em vida do autor da sucessão (art. 2170.º do CC). No entanto, este direito caducará no prazo de 2 anos a contar da aceitação da herança (art. 2178.º do CC).

(art. 2131.º e ss. do CC) – e voluntária¹⁵ que engloba a testamentária (art. 2179.º do CC) e a contratual (art. 2028.º do CC)¹⁶.

2. O fenómeno sucessório

Abrindo-se a sucessão – através da morte¹⁷ – serão chamados a suceder os herdeiros e os legatários do autor da sucessão (art. 2030.º do CC)¹⁸. Todavia, para que, efetivamente, isto aconteça, é necessário que estejam imperiosamente preenchidos os pressupostos da vocação sucessória¹⁹: i) titularidade da designação sucessória prevalente²⁰; ii) existência ou personalidade jurídica do chamado²¹ e iii) capacidade sucessória²²⁻²³.

¹⁵ Art. 2026.º do CC – “a sucessão é diferida por lei, testamento ou contrato” – PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol., VI, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 9.

¹⁶ Os pactos sucessórios são, em regra, proibidos porque se pretende “[...] que o autor da sucessão conserve até ao fim da sua vida a liberdade de disposição por morte dos seus bens [...] quer-se que só após a abertura da sucessão o sucessível exerça a sua faculdade de a aceitar ou repudiar [...]” – SOUSA (nota 1), p. 48. Todavia, são admitidos em certos e escassos casos previstos na lei no art. 1700.º e ss. do CC.

¹⁷ “A abertura da sucessão é um efeito jurídico da morte” – COELHO (nota 10), p. 112. Defende Cristina Dias, que a morte é um facto jurídico involuntário, constitutivo de novas relações jurídicas, modificativo das relações jurídicas do *de cuius* e extintivo da sua personalidade jurídica (arts. 67.º e 68.º do CC) – DIAS (nota 6), pp. 84-85.

¹⁸ Note-se que herdeiro é aquele que sucede na totalidade ou numa quota do património do falecido. Já o legatário é aquele que sucede em bens ou valores determinados. Segundo Cristina Dias, “[...] o herdeiro é um sucessor a título universal ao passo que o legatário é um sucessor a título singular.” – DIAS (nota 6), p. 68. Suscitam-se dúvidas na doutrina quanto à figura do herdeiro *ex re certa* – para aprofundar o conhecimento cf. TELLES (nota 2), pp. 21 e 184 e ss.; COELHO (nota 10), pp. 82-83; MORAIS, Daniel, «Do concurso de regimes aplicáveis às liberalidades com relevância sucessória – a herança *ex re certa*: deixas categorias dicotómicas que esgotam a totalidade da herança», in *Lex Familiae – Revista portuguesa de Direito da Família*, ano 12-13, n.º 23-26, 2015-2016, pp. 31-32 e 39-42.

¹⁹ DIAS, Cristina, «Artigo 2032.º (Chamamento de herdeiros e legatários)», *cit.*, pp. 33-36.

²⁰ É do nosso conhecimento, que “nem todas as designações se convertem em vocação. Só são chamados como sucessíveis os designados que gozem de prioridade na hierarquia dos sucessíveis.” – DIAS (nota 6), p. 109. A designação é, pois, uma mera indicação em vida (é virtual), enquanto que a vocação é o chamamento após a morte.

²¹ O chamado à sucessão tem que existir antes e depois do momento da morte do autor. A lei faz referência aos nascituros, ou seja, aqueles que ainda vão nascer, mas é omissa quanto aos conceturos. Após a alteração da lei da PMA, veio-se permitir que os conceturos que viessem a nascer pudessem ser chamados a suceder na sucessão legal.

²² A capacidade é a regra. A incapacidade filia-se na ideia da indignidade – art. 2034.º do CC.

²³ Luís Carvalho Fernandes considera como pressupostos a personalidade, a existência e a capacidade. Mas, esta não é a posição seguida pela própria lei, nem pela generalidade da doutrina – FERNANDES (nota 1), p. 154.

Forçar-nos-emos somente no último pressuposto – capacidade (art. 2033.º do CC) – visto que abordaremos as possíveis causas de indignidade e de deserção, ou seja, quando o sucessor age de determinada forma, cometendo factos irreparáveis, perdendo, conseqüentemente, a sua capacidade para herdar.

3. (In)capacidade sucessória

Decorre do art. 2032.º, n.º 1 do CC que, para se ser chamado à sucessão, não basta ser titular da designação sucessória prevalente no momento da morte e existir, é necessário também ter capacidade. Valem, neste contexto, as regras gerais da capacidade jurídica (art. 67.º do CC)²⁴ – isto é, são capazes de suceder todas as pessoas singulares e coletivas, desde que não sejam consideradas por lei como incapazes (art. 2033.º do CC). Como defende Pereira Coelho a “[...] capacidade sucessória é a idoneidade para ser chamado a suceder, como herdeiro ou legatário”²⁵.

Porém, a lei considera certas pessoas como incapazes de suceder ao *de cuius*. As incapacidades sucessórias – previstas nos arts. 2034.º e ss.²⁶ e 2166.º e 2167.º do CC²⁷ – assentam numa ideia de *indignidade* e de *desmerecimento*.

Refere Ana Rita Gomes da Silva que “[q]uer a indignidade, quer a deserção podem invocar um passado que remonta ao Direito Romano, mas a fisionomia de ambos não se manteve inalterável através dos tempos [...]”²⁸. Numa época longínqua, considerava-se a deserção como uma consequência do dever formal de instituir herdeiros em testamento: ou se instituía ou se deserdava. Por seu lado, a indignidade era vista como um castigo aplicado ao herdeiro pela prática de atos que a lei não

²⁴ Ou seja, a regra é a capacidade (art. 67.º do CC) e, a exceção é a incapacidade (não valem, porém, neste sentido, as incapacidades de gozo e de exercício, porque os menores e os maiores têm capacidade para suceder). Cf. SOUSA (nota 1), p. 292.

²⁵ COELHO (nota 10), p. 210.

²⁶ A respeito das alíneas do art. 2034.º do CC. Cf. os acs. do STJ, de 23/02/2021, proc. n.º 5564/17.7T8ALM.S1; de 07/01/2010, proc. n.º 104/07.9TBAMR.S1. A respeito do art. 2036.º do CC, cf. ac. do STJ, de 16/01/2003, proc. n.º 02B4124.

²⁷ Os últimos arts. mencionados reportam-se apenas à sucessão legitimária.

²⁸ SILVA (nota 5), p. 28.

admitia. De uma certa forma, estes dois institutos eram considerados *armas* do autor da sucessão, exigindo-se, no entanto, a devida fundamentação com justa causa para a produção dos seus efeitos. Com o fenómeno da codificação, as causas passaram a estar tipificadas na lei²⁹.

Neste âmbito, serão estes dois institutos concordantes ou, pelo contrário, antagónicos?

Defende Pereira Coelho que, na sucessão legitimária, o regime da deserdação prevalece sobre o da indignidade, derogando-o³⁰. Oliveira Ascensão argumenta que os dois institutos funcionam cumulativamente, sendo a indignidade *estritamente subsidiária* em relação à deserdação³¹. Defende, pois, que a indignidade só é aplicável se o autor da sucessão, por impossibilidade fáctica ou legal, não proceder à deserdação³².

Noutra perspetiva, Corte-Real defende uma verdadeira aplicação subsidiária do instituto da indignidade, alegando que, na falta de deserdação, mesmo que esta seja por escolha do autor da sucessão, pode ser aplicável a indignidade, visto que a ausência da deserdação não implica que o sucessor legitimário seja *digno de suceder*³³. No mesmo sentido, Remédio Marques ao afirmar que “[...] a não deserdação (podendo ter sido realizada) não importa uma automática reabilitação tácita do legitimário”³⁴.

²⁹ A existência destes dois institutos foi contestada por alguns autores, uma vez que entendiam que o instituto da deserdação não deveria existir, pois iria subsumir-se ao da indignidade. Verificou-se que o Código Francês e Italiano suprimiram a deserdação, enquanto que os países germânicos aceitam os dois institutos.

³⁰ Branca Martins da Cruz afirma uma posição mitigada assente numa ideia de concomitância – CRUZ, Branca Martins, *Reflexões críticas sobre a indignidade e a deserdação*, Coimbra: Almedina, 1986, p. 82.

³¹ Cf. ASCENSÃO, Oliveira de, *Direito Civil-Sucessões*, 5.ª ed., Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

³² É o caso, por exemplo, de, num determinado dia, B recusa pagar alimentos ao A, seu pai, e nesse mesmo dia, A tem um acidente, ficando em coma. Assim, como não o pode deserdar, funcionará, subsidiariamente, o instituto da indignidade.

³³ CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa: Quid Iuris, 2012, p. 218.

³⁴ REMÉDIO MARQUES, João Paulo, «Indignidade sucessória: a (ir)relevância da coação para a realização de testamento e a ocultação dolosa de testamento revogado pelo de cuius como causas de indignidade», in *Boletim da Faculdade de Direito*, volume LXXXI (Separata), Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, p. 395

A nossa posição alinha-se com esta última tese, uma vez que consideramos só ser possível a reabilitação mediante o art. 2038.º do CC³⁵ e, por isso, na ausência da deserdação poder-se-á aplicar, subsidiariamente, o instituto da indignidade. Caso contrário, esse comportamento ilegítimo passaria impune e estar-se-ia a admitir a possibilidade de herdar um herdeiro legítimo, que, à luz da lei, seria considerado indigno.

Ora, Portugal configura a existência dos dois institutos. Assim, será causa de indignidade: i) a prática de crimes contra o autor da sucessão ou contra os seus familiares mais próximos (art. 2035.º, a) e b) do CC), ou ii) a prática de atos ilícitos que atinjam o testamento ou a sua liberdade de testar (art. 2035.º, c) e d) do CC). Quanto à deserdação, será justificada se o sucessível tiver sido condenado: i) pela prática de crime contra a pessoa ou honra do *de cuius* ou algum familiar seu ou ii) condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho, ou, por último, tenha negado, sem justa causa, alimentos ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge (art. 2166.º, n.º 1, a) a c) do CC).

3.1 Diferenças entre a indignidade e a deserdação

Verificada a existência destes dois institutos jurídicos no ordenamento jurídico português, destacaremos, agora, algumas das principais diferenças, no entendimento de Eduardo dos Santos e Remédio Marques³⁶.

A indignidade recai sobre qualquer sucessível, verificando-se, por isso, em qualquer forma de sucessão e independentemente de ser ou não conhecida pelo autor da sucessão. As suas causas tipificadas na lei têm uma vertente mais objetiva, podendo ser anteriores, concomitantes ou posteriores à abertura da sucessão, afetando, maioritariamente, a ordem social. Todavia, as causas de indignidade (art. 2034.º do CC) têm de ser objeto de prova e de conhecimento judicial.

³⁵ CORTE-REAL (nota 33), p. 218.

³⁶ REMÉDIO MARQUES (nota 34), p. 138.

Contrariamente, a deserdação ocorre somente na sucessão legítima³⁷, resultando, inevitavelmente, de um ato de vontade do *de cuius*, devendo constar de forma expressa no testamento e, por isso, tem obrigatoriamente de ser anterior à sua realização. As suas causas têm um carácter mais pessoal³⁸ e afetam mais a ordem familiar³⁹, sendo impreterível a prova da sua veracidade.

4. O instituto da deserdação

A deserdação ocorre quando o autor da sucessão, mediante declaração expressa do *de cuius* “ou negócio similar”⁴⁰, excluir o sucessor legítimo da sucessão, por comportamentos censuráveis pela lei, que assim o justifique⁴¹.

O nosso ordenamento jurídico não esclarece as seguintes questões relativas a este instituto: i) a deserdação aplica-se apenas à quota indisponível ou também abrange a quota disponível?; ii) será possível uma deserdação condicional?; iii) e uma deserdação parcial?

Quanto à primeira, utilizando o argumento *a maiori, ad minus*, a deserdação estende-se à quota disponível, visto que, se o legislador permite que o autor da sucessão prive o sucessor legítimo da sua quota indisponível (art. 2166.º, n.º 1 do

³⁷ Esta diferença apontada pode dar azo a controvérsias doutrinárias. Isto porque, a doutrina divide-se quanto ao facto de saber se a indignidade atinge todas as espécies de sucessão ou se, pelo contrário, estará afastada da sucessão legítima, uma vez que, nesse contexto, era a deserdação que seria aplicável. Por exemplo, há autores que defendem que a indignidade atinge a sucessão legítima, sendo assim, verificadas algumas das causas dos arts. 2034.º ss. do CC, e não tendo obtido sucesso o instituto da indignidade, poderá ainda o autor da sucessão socorrer da deserdação.

³⁸ TORRANO, Luiz Antônio Alves, «Indignidade e Deserdação», (<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6023>) acesso em 2023-05-25, p. 41.

³⁹ Ac. do TRC, de 17/11/2015, proc. n.º 659/04.0TBPCV-A.C1, (<https://www.direitoemdia.pt/search/show/3a50d9247efdia3d6fc1656fd18330b1f3bfc0435c0604d81c74d15b547b4fa9>) acesso em 2023-05-26.

⁴⁰ Ac. STJ, de 3/10/2002, proc. n.º 02B297, (<https://www.direitoemdia.pt/search/show/7a735b19be02b3037b5567a42do4015a214a440a5294e92b6005dd7e2dec5a12>) acesso em 2023-05-26.

⁴¹ Na doutrina, existe uma controvérsia quanto à natureza da indignidade e da deserdação, discutindo-se se constituem incapacidades ou ilegitimidades. Seguimos a posição de Capelo De Sousa, que considera serem ilegitimidades, justificando-se na distinção entre o conceito de incapacidade (“modo de ser do sujeito em si, visando tutelar interesses do próprio incapaz”) e ilegitimidade (“modo de ser para com os outros, visando a tutela de interesses alheios”) – SOUSA (nota 1) p. 293.

CC), nada o impede de abranger também a quota disponível (na qual o *de cuius* tem total liberdade)⁴².

Relativamente à segunda, em princípio, está excluída, dado que, para existir a deserdação é necessário que o comportamento ilegítimo seja conhecido pelo autor da sucessão e que se tenha verificado antes da realização do testamento. Porém, a doutrina pondera a aceitação de três tipos de deserdações sob condição⁴³. A sua eficácia pode depender: da prova da causa invocada no testamento; do proferimento de uma ação de condenação pela prática desses atos; e do perdão ou remissão, por parte do autor da sucessão.

Por fim, parece não ser possível a deserdação parcial, uma vez que existe um conjunto de regras, como a indivisibilidade da vocação (arts. 2055.º e 2250.º do CC) e a intangibilidade da legítima (art. 2163.º do CC)⁴⁴, que impedem que se “meça [...] a capacidade sucessória do sucessível legitimário”⁴⁵. Deste modo, a deserdação é entendida, pela sua gravidade, como um *tudo ou nada*.

4.1. Deserdação por abandono afetivo – um alargamento legítimo à letra da lei?

Equacionamos um possível alargamento das causas de deserdação do art. 2166.º do CC para enquadrar a questão do abandono afetivo. Todavia, antes de abordar esta temática, é importante salientar algumas ideias iniciais relativas ao conceito de família. A família, protegida internacionalmente e no art. 67.º da CRP, não possui uma noção uniforme, antes revelando-se como um conceito “relativamente aberto” e

⁴² BARROS, Janina Gabriela Teixeira, *Deserdação e indignidade sucessória: alteração legislativa*, (<http://repositorio.ulsiada.pt/handle/u067/6437>) acesso em 2023-05-27, pp. 32-33; CORTE-REAL (nota 33), p. 213.

⁴³ Até porque, segundo Corte-Real, a sua admissão não prejudica a tipicidade do instituto da deserdação.

⁴⁴ CORTE-REAL (nota 33), p. 213-214.

⁴⁵ CORTE-REAL (nota 33), p. 214.

polimórfico⁴⁶. Pela sua importância na sociedade e no desenvolvimento e crescimento de todos os seus membros, é encarada como um “[...] elemento nuclear desde a Antiguidade”⁴⁷⁴⁸.

Até há pouco tempo, a família era encarada como uma unidade económica/produtiva – “seguro contra a velhice”⁴⁹. No entanto, atualmente, o que se valoriza é a individualidade e a busca pela felicidade⁵⁰, destacando-se, em particular, a importância da afetividade nas relações familiares. Ou seja, a família é, hoje, “[...] o locus do afeto, do acolhimento [...]”⁵¹.

Refletindo sobre a família e a afetividade nas relações familiares, torna-se conveniente abordar o princípio da afetividade – princípio jurídico expressamente consagrado no direito brasileiro⁵²: é o afeto que determina a “definição da família e

⁴⁶ CANOTILHO, Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., revista, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

⁴⁷ OLIVEIRA, Carla Patrícia, *Entre a mística do sangue e a Ascensão dos afectos: o conhecimento das origens biológicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

⁴⁸ Historicamente, a expressão *famulus* designava um homem que tinha sobre a sua alçada mulher, filhos e um certo número de escravos, tendo poder sobre a sua vida e morte – ENGELS, Friedrich, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, trad. Abgnar Bastos, Rio de Janeiro: Editora Calvino, 1944, p. 80. Só após a II Guerra Mundial, começaram a verificar-se “mutações nas relações familiares” – PEDROSO, João/BRANCO, Patrícia, «Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal», in *Revista Crítica de ciências sociais*, 82, 2008, p. 53-83. De facto, a igualdade entre os cônjuges e a participação da mulher no mercado de trabalho, substituiu o *pater familiae*, foi eliminada a discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos e há uma maior preocupação com a intervenção dos filhos e mãe nos relevantes assuntos domésticos.

⁴⁹ LÔBO, Paulo, «Repersonalização das relações de família», in *Revista Jus Navigandi*, ano 9, n.º 307, 2004, p. 1, (<https://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>) acesso em 2023-05-25.

⁵⁰ “Família eudemonista” – PEREIRA, Tarlei Lemos, «Deserção por falta de vínculo afetivo e de boa-fé familiar», in *FMU Direito*, vol. 30, n.º 44, São Paulo: Edição Comemorativa, 2020, p. 65.

⁵¹ SILVA, Sávio Renato, O Apadrinhamento Civil e a sua efetividade como forma de acolhimento de crianças e jovens, (<https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/74199>) acesso em 2023-05-22, pp.18-19.

⁵² Caio Mário da Silva Pereira assinala que “[o] princípio jurídico da afetividade, em que pese não estar positivado no texto constitucional, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que seu conceito é construído por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5.º § 2.º), princípio é uma das grandes conquistas advindas da família contemporânea, receptáculo de reciprocidade de sentimentos e responsabilidades” – PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Direito das Sucessões*, 28.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2022, p. 69. No mesmo sentido, Dimas Messias de Carvalho sublinhando que “[a] teoria do afeto como valor jurídico é externalizada pelas condutas objetivas de

de preservação da vida”⁵³. Segundo as palavras de Maria Berenice Dias, “[e]ste é o elemento fundante que permite reconhecer quando se está frente a uma estrutura familiar merecedora a tutela jurídica”⁵⁴. Ou seja, só existe família se existir afetividade “como elo de união”⁵⁵ e de ligação entre os seus diversos membros⁵⁶. Neste sentido, Sandra Inês Feitor refere que “a afetividade é o verdadeiro paradigma da família, assente na solidariedade, na convivência e na dignidade da pessoa humana [...]”⁵⁷.

Embora estejam previstas as hipóteses de deserção no artigo 1.814.º, em conjunto com as do artigo 1.818.º do CC Brasileiro, levantam-se diversas vozes na doutrina no sentido da inidoneidade da taxatividade do tipo legal⁵⁸. Dada a evolução da sociedade, “[...] outras causas graves [em relação à deserção foram surgindo], que também ensejam a privação da herança, a exemplo do abandono afetivo”⁵⁹.

cuidados, solidariedade, exercício dos deveres de criar, educar e assistir, demonstradas na convivência familiar” – CARVALHO, Dimas Messias de, *Direito das famílias*, 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2020, p. 108.

⁵³ PEREIRA (nota 50), p. 65.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice, «A Família e seus Afetos», disponível em <https://berenedias.com.br/a-familia-e-seus-afetos/?print=pdf>, [Consultado a 29/02/2024]. Cf. DIAS, Maria Berenice, «O direito constitucional ao afeto», disponível em <https://berenedias.com.br/o-direito-constitucional-ao-afeto/?print=pdf>, [Consultado a 29/02/2024].

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Para aprofundamento do tema cf. LÔBO, Paulo, «Socioafetividade: o estado da arte no direito da família brasileiro», in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Centro de Investigação de Direito Privado, FDUL, ano 1, n.º 1, 2015, (<https://blook.pt/publications/publication/92489e9ed83/>) acesso em 2023-05-20; VILLELA, J.B., «Desbiologização da Paternidade», in *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 21, 1979, (www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156) acesso em 2023-05-20; PEREIRA, Rodrigo da Cunha, «Princípio da afetividade», in Maria Berenice Dias (Coord.), *Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 194.

⁵⁷ FEITOR, Sandra Inês, «Convivência familiar e princípio da afetividade no superior interesse da criança», in *Julgare Online*, 2016, p. 6.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro, vol. 7: Direito das Sucessões*, 17.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2023, p. 172.

⁵⁹ RODRIGUES, Caroline Dias, «A deserção do ascendente pelo descendente em caso de abandono afetivo», in *IBDFAM*, 2023, disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/2071/A+deserção+do+ascendente+pele+descendente+em+caso+de+abandono+afetivo>, [Consultado a 29/02/2024].

Neste âmbito, os autores Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa descrevem que o abandono afetivo também representa uma conduta séria que deveria servir como motivo⁶⁰. A este título, Maria Berenice Dias indica que

“[...] a afetividade [...] [tem] clara repercussão no campo sucessório. Assim, quando existe quebra de afeto entre herdeiros necessários, tal deveria autorizar o autor da herança a deserdá-los. É o que se chama de falta da boa-fé familiar, motivação suficiente como causa à deserção”⁶¹.

Assim sendo, a deserção com base no abandono afetivo parece-nos justificável e aceitável no ordenamento jurídico brasileiro, através da invocação deste princípio.

Em Portugal, embora não exista, por enquanto, este princípio, o afeto tem cada vez mais relevância no campo do Direito. E, portanto, parece possível justificar-se a mesma situação com base na invocação da violação dos deveres de respeito, auxílio e assistência⁶², bem assim como os deveres de responsabilidade parental⁶³.

Ora, “a relação de filiação implica deveres recíprocos entre pais e filhos”⁶⁴, sendo “[...] verdadeiras obrigações jurídicas e não meras obrigações naturais, decorrentes de meros deveres de ordem moral e ética [...]”⁶⁵. Nesse sentido, o seu incumprimento implica, necessariamente, um incumprimento de obrigações jurídicas que terão como consequência, no âmbito do Direito Sucessório, a condição

⁶⁰ Referem os autores que “[...] é certo e incontroverso que tão grave quanto o desamparo material (de conteúdo económico) é o abandono imaterial, com o rompimento do vínculo familiar de solidariedade e cuidado, como no exemplo de parentes que não resguardam, entre si, qualquer relação solidária, com a absoluta indiferença, sem sequer visitaçào, contatos eletrónicos ou preocupação pessoal, ignorando, até mesmo, datas comemorativas, como aniversários, dia dos pais, dia das mães, Natal, etc. Trata-se da violação do cuidado necessário que deve existir entre os membros de uma família” – FARIAS, Cristiano Chaves de/ROSA, Conrado Paulino da, *Teoria Geral do Afeto*, 3.ª ed., São Paulo, JusPodivm, 2022, p. 240.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice, *Manual das Sucessões*, 8.ª ed., São Paulo, JusPodivm, 2022, p. 448.

⁶² Arts. 1874.º e 2003.º e ss. do CC.

⁶³ Arts. 1878.º e ss. CC.

⁶⁴ SOTTOMAYOR, Clara, «Artigo 1874.º (Deveres de pais e filhos)», in Maria Clara Sottomayor (coord.), *Código Civil Anotado, Livro IV, Direito da Família*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p.849.

⁶⁵ Ac. TRG, de 20/09/2018, proc. n.º 5717/17.8T8VNF.G1, (<https://www.direitoemdia.pt/search/show/89588e82420e450014a8141ec3200b5c419e13207ab47a2cea/bb653641aaad16>) acesso em 2023-05-26.

de *indigno*, existindo causa e fundamento para se poder invocar a deserção. O mesmo raciocínio aplica-se para o caso das responsabilidades parentais. Ou seja, por exemplo, um pai que abandona um filho após o seu nascimento, futuramente, não poderá ser seu sucessor, nem tão pouco um filho que abandona o pai na velhice, poderá ser seu sucessor.

Todavia, no decorrer normal da vida, será o pai a falecer primeiro, idealmente, por velhice – até porque Portugal, além de ter uma grande percentagem de envelhecimento populacional⁶⁶, tem uma larga esperança média de vida, que ronda os 81 anos⁶⁷, vivendo a maior parte da população idosa isolada (cerca de 13,3%⁶⁸), sem grande contacto com a sua família. De entre todas as explicações, salienta-se a ideia de que “[...] muitos familiares, especialmente os filhos, acabam [por] ignora[r] os idosos quando chegam a uma idade mais avançada, [vendo] neles um atraso, um grande investimento desnecessário de tempo e paciência”⁶⁹. Assim, os casos mais frequentes de abandono afetivo serão, à partida, por parte de filhos em relação aos pais.

Independentemente do que já foi anteriormente referido, todas estas questões têm que ser aferidas, de acordo com o caso em concreto, podendo determinadas circunstâncias alterar o que, à partida, seria previsível decidir-se. Neste âmbito, surge a questão de saber o que acontece quando existe abandono afetivo mútuo. Por exemplo, um pai que abandona o seu filho durante a infância, não estabelecendo qualquer tipo de relação aos longo dos anos, não poderá ser seu sucessor. Por seu

⁶⁶ Representam 23,4% da população, em 2021. Cf. PORDATA, 2021, ([https://www.pordata.pt/portugal/populacao+residente+total+e+por+grandes+grupos+etarios+\(percentagem\)-3018](https://www.pordata.pt/portugal/populacao+residente+total+e+por+grandes+grupos+etarios+(percentagem)-3018)), acesso em 2023-05-23.

⁶⁷ Dados do PORDATA, 2022, ([https://www.pordata.pt/portugal/esperanca+de+vida+a+nascenca+total+e+por+sexo+\(base+trienio+a+partir+de+2001\)-418](https://www.pordata.pt/portugal/esperanca+de+vida+a+nascenca+total+e+por+sexo+(base+trienio+a+partir+de+2001)-418)) acesso em 2023-05-23.

⁶⁸ PORDATA, 2022, (<https://www.pordata.pt/europa/agregados+domesticos+unipessoais+de+individuos+com+65+e+mais+anos+em+percentagem+do+total+de+agregados-1627>) acesso em 2023-05-23.

⁶⁹ BARBOSA, Bruna Pacheco/ SILVA, Nataly Emily Rodovalho da, «Abandono afetivo do idoso à luz do princípio da dignidade humana», in Trabalho de Conclusão de Curso, Centro de Ensino Superior Una de Catalão, 2022, p. 1.

turno, o filho sentindo-se abandonado, não quer mais ter contacto com o pai. Poderão ambos suceder um ao outro, visto que ambos abandonaram? Serão ambos indignos? Será apenas o primeiro que abandonou? Poderá, eventualmente, criar-se um género de indemnização tendo por fundamento o abandono afetivo, ao qual responderão os bens da herança?

Ademais, não se compreende, por que razão tendo superado a família a conceção da “unidade-económica” e tendo-se tornado um meio de busca pela felicidade de cada indivíduo, a maior parte das normas jurídicas que constam na parte de Direito da Família no Código Civil Português, ainda têm um forte cunho patrimonial, ainda que *mascarado/oculto* por interesses pessoais.

Aliás, a lei, no âmbito da deserção, admite como uma das causas a violação da obrigação de alimentos. Esta obrigação, analisada com profundidade, representa o último resquício de ligação entre duas pessoas, outrora muito próximas, admitindo-se somente porque representa um interesse patrimonial. Quer o legislador transmitir que os interesses patrimoniais são mais importantes que os interesses pessoais? Onde está aqui a evolução da família?

Parece que, ainda que, superficialmente, se tenha procedido a essa evolução, continuam a privilegiar-se os interesses patrimoniais e a menosprezar os pessoais. Caso contrário, também se admitia e previa o abandono afetivo, como causa de deserção, face à verificação de um incumprimento dos deveres anteriormente descritos.

5. Abuso de direito

As normas jurídicas possuem “limites de conteúdo”, proporcionados pela sua função ou pelos valores que são por ela protegidos, condicionando, assim, a invocação e o exercício de um determinado direito subjetivo.

É, neste contexto, que surge o instituto do abuso de direito, como uma forma de controlar e moderar o exercício de um direito subjetivo, “[...] garantindo a

autenticidade das suas funções”⁷⁰. Existirá abuso do direito quando existe um *excesso manifesto*, isto é, quando se constata, inequívoca e objetivamente, que o direito subjetivo é exercido para ofender a justiça ou visa ou representa uma ofensiva à justiça ou ao “[...] sentimento jurídico dominante”⁷¹. O abuso de direito poderá apresentar-se sob duas formas básicas: abuso institucional⁷² e individual⁷³.

No contexto do Direito Sucessório, o abuso de direito só, recentemente, começou a ser utilizado pela jurisprudência – mais precisamente, com o Ac. STJ de 07/01/2010⁷⁴.

Tratava-se de um caso de um pai que violou a filha, aos 14 anos, a obrigou a abortar, perpetuou o comportamento criminoso, mesmo após ter cumprido a pena de prisão. A sua filha morre aos 29 anos, na decorrência de um acidente de viação, e seu pai pretende suceder-lhe. Ora, perante a gravidade não só do crime, como também da audácia do pai em exigir a sua parte na herança (mesmo sabendo que a filha não o perdoou), reconhecer-lhe a capacidade seria “manifestamente intolerável para os bons costumes e o fim económico e social do direito de lhe suceder”⁷⁶, pois seria

⁷⁰ HÖRSTER, Heinrich Ewald/SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A parte geral do Código Civil Português*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 302.

⁷¹ *Idem*, p. 303.

⁷² No abuso institucional o direito subjetivo é invocado para “[...] fins que estão fora dos objetivos ou funções para os quais foi atribuído [...]”, contrariando assim a ordem jurídica ou os princípios fundamentais do direito privado – *Idem*, p. 304.

⁷³ Enquanto que no abuso institucional, o exercício do direito é legítimo, mas, na prática, por existirem determinadas circunstâncias especiais, conclui-se que a aceitação do seu exercício implicaria uma “[...] contradição com a ideia de justiça” – *Idem*, p. 305.

⁷⁴ Ac. do STJ, de 07/01/2010, proc. n.º 104/07.9TBAMR.SI, (<https://www.direitoemdia.pt/search/show/3742416635boc4a9b6aa84783a1001a59aa7c30119f41f8086b8ac8591cd114?terms=indignidade%20sucess%C3%B3ria>) acesso em 2023-05-18.

⁷⁵ Para mais ocorrências cf. acs. do STJ, de 18.02.2015, proc. n.º 4293/10.7TBSTS.P1.SI, (<https://www.direitoemdia.pt/search/show/203f720cc8177a4d8d63995d4bb2356bdeaeceddu3df43e1d0b401f9de961ef?terms=abuso%20de%20direito%20capacidade%20sucess%C3%B3ria>) acesso em 2023-05-18; do STJ, de 17/03/2016, proc. n.º 994/06.2TBVFR.P2.SI, (<https://www.direitoemdia.pt/search/show/bbb14073dce08b3a86b801ee540db10412daga637861584e772a5d19d88ca780?terms=abuso%20de%20direito%20capacidade%20sucess%C3%B3ria>) acesso em 2023-05-18.

⁷⁶ Ac. do STJ, de 07/01/2010, proc. n.º 104/07.9TBAMR.SI, (<https://www.direitoemdia.pt/search/show/3742416635boc4a9b6aa84783a1001a59aa7c30119f41f8086b8ac8591cd114?terms=indignidade%20sucess%C3%B3ria>) acesso em 2023-05-18.

"premiar com a vida, o valor da vida, aquele pai que sem contemplações roubou a honra de sua filha"⁷⁷. Trata-se, assim, de um exercício abusivo desse direito e, como tal, ilegítimo e, mais uma vez, nas palavras do tribunal "onde há abuso [...] não há direito"⁷⁸.

Neste sentido, o tribunal não utiliza a deserdação – pois a filha não usufrui desse mecanismo, pois imaginava morrer depois do pai – antes considerando-o indigno, através do abuso do direito. O abuso de direito é, então, utilizado para colmatar “[...] excessos manifestos face aos limites do direito de suceder [...]”⁷⁹, que se verificam em casos concretos, permitindo “[...] alguma flexibilidade num regime de capacidade sucessória acentuadamente rígido, possibilitando a adequação da decisão às circunstâncias do caso concreto”⁸⁰.

Assim, embora o abuso de direito não possa ser usado para os casos de deserdação, visto que isso implicaria um ato do testador, pode, no entanto, ser usado, em último recurso, para afastar o sucessor legitimário, em circunstâncias claramente injustas, mediante a aplicação subsidiária do instituto da indignidade.

6. Conclusão

É urgente proceder a uma revisão e alteração ao Direito Sucessório Português, a fim de se atualizar algumas das suas disposições, atendendo à evolução dos tempos e da sociedade.

De facto, cada vez mais a afetividade é valorizada nas relações familiares, não tendo ainda a devida expressão e proteção neste ramo do direito. Por isso mesmo,

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ SANTOS, Inês Maria Martins, *O abuso de direito nas sucessões*, (<https://repositorio.ul.pt/handle/10451/37361>), acesso em 2023-05-19, p. 69.

⁸⁰ *Idem*, p. 71.

sugerimos um alargamento das causas de deserdação do art. 2166.º do CC, em específico no que diz respeito ao abandono afetivo unilateral⁸¹.

Ademais, não existindo, hodiernamente, uma flexibilização do regime da (in)capacidade sucessória, parece, de todo, relevante e legítimo, aplicar-se o instituto da indignidade, através do abuso de direito, como uma forma de dar resposta a situações injustas, não previstas na lei, que pode, eventualmente, ocorrer na prática.

Em suma, dada a complexidade e novidade da realidade fática, será necessária uma (re)adaptação do Direito, por forma a concretizar-se a sua finalidade: a regulação das relações na sociedade⁸².

⁸¹ “Quantos filhos privados do convívio com o pai, correm o risco de, falecendo, os seus bens serem transmitidos a um desconhecido? Quantos pais ficam privados do convívio com os seus filhos e deixam-lhes a sua herança? Quantos filhos deixam de visitar os pais, na velhice, e vivem despreocupados, e depois enriquecem com a herança?” – GUERRA, Bruna Pessoa, «A deserdação ante a ausência de afetividade na relação parental», 2011, (<https://jus.com.br/artigos/19722/a-deserdacao-ante-a-ausencia-de-afetividade-na-relacao-parental/2>), acesso em 2023-05-24, p. 2.

⁸² “A realidade tem sempre uma complexidade e uma novidade que não se deixa consumir em nenhum conjunto ou sistema textual, mesmo considerando todas as suas dimensões normativas, jurisprudenciais e doutrinárias” – CORTÊS, António, «Para uma metodologia jurídica integral», in *Direito e Justiça*, vol. I, 2013, p. 51.