

Cristiano Chaves de Farias
Nelson Rosenvald

7

Curso de DIREITO CIVIL

Sucessões

9^a
Edição

revista
atualizada
ampliada

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO II

Elementos genéricos do Direito das Sucessões (a sucessão em geral)

Sumário • 1. linhas gerais sobre a morte: 1.1 Prolegômenos sobre os efeitos jurídicos decorrentes da morte; 1.2 A morte real como regra geral do sistema jurídico brasileiro; 1.3 A morte real sem cadáver (a morte presumida sem a declaração de ausência); 1.4 O direito à morte digna e o testamento vital (diretivas antecipadas ou *living will*); 1.5 A comoriência; 1.6 A ausência como presunção de morte e a sua declaração judicial – 2. A transmissão automática da herança (abertura da sucessão): 2.1 A abertura da sucessão; 2.2 Outros efeitos decorrentes da transmissão automática (*saisine*); 2.3 O lugar da sucessão e as regras de competência para processar e julgar o inventário – 3. A ordem de vocação hereditária e a legitimação para suceder: 3.1 Prolegômenos sobre a legitimação sucessória; 3.2 Momento para a aferição da legitimação sucessória; 3.3 A legitimação para suceder no Código Civil e a tutela sucessória do nascituro e do embrião laboratorial; 3.4 Legitimação para suceder por testamento; 3.5 A falta de legitimação para a sucessão testamentária – 4. A indignidade e a deserdação: 4.1 Noções gerais e lineamento histórico sobre a indignidade e a deserdação; 4.2 Natureza jurídica da indignidade e da deserdação; 4.3 Necessidade de reconhecimento judicial; 4.4 Efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento da indignidade e da deserdação; 4.5 O indigno ou deserdado como um herdeiro aparente e a proteção de terceiros de boa-fé; 4.6 A indignidade; 4.7 A deserdação – 5. a cessão de direitos hereditários (cessão de herança): 5.1 Noções conceituais sobre a cessão de direitos hereditários; 5.2 Direito de preferência ou prelação (preempção); 5.3 Requisitos para a cessão de direitos hereditários; 5.4 Extensão das responsabilidades do cedente e do cessionário; 5.5 Efeitos da cessão de direitos hereditários – 6. A aceitação da herança: 6.1 Breve esboço histórico; 6.2 Noções conceituais; 6.3 Aceitação da herança com benefício de inventário; 6.4 Natureza jurídica da aceitação e as suas características (irrevogabilidade e irretroatividade); 6.5 Integralidade da aceitação; 6.6 Formas de aceitação da herança; 6.7 Direito de deliberar sobre a aceitação da herança – 7. A renúncia da herança: 7.1 Generalidades e noções conceituais; 7.2 Requisitos da renúncia da herança; 7.3 Efeitos da renúncia da herança; 7.4 Natureza jurídica e características (a irrevogabilidade e anulabilidade da renúncia); 7.5 Impossibilidade de prejuízo aos credores do renunciante (limitações à liberdade de renunciar); 7.6 Descaracterização da renúncia (inadmissibilidade de renúncia translativa) – 8. A petição de herança: 8.1 Noções gerais sobre a petição de herança; 8.2 Natureza jurídica da ação de petição de herança; 8.3 Legitimados para a ação de petição de herança; 8.4 O objeto da petição de herança; 8.5 A prescritibilidade da pretensão de petição de herança; 8.6 Efeitos da petição de herança; 8.7 A petição de herança e o herdeiro aparente.

*“Mande notícias do mundo de lá
Diz quem fica, me dê um abraço
Venha me apertar, tô chegando...”*

*Coisa que gosto é poder partir sem ter planos
Melhor ainda é poder voltar quando quero...*

*Todos os dias é um vai-e-vem, a vida se repete na estação
Tem gente que chega prá ficar, tem gente que vai prá nunca mais...*

*Tem gente que vem e quer voltar,
Tem gente que vai, quer ficar
Tem gente que veio só olhar
Tem gente a sorrir e a chorar
E assim chegar e partir...*

*São só dois lados da mesma viagem
O trem que chega é o mesmo trem
Da partida...*

*A hora do encontro é também, despedida
A plataforma dessa estação e a vida desse meu lugar
É a vida desse meu lugar, é a vida...*

**(Milton Nascimento / Maria Rita,
Encontros e despedidas, de Milton Nascimento)¹**

1. LINHAS GERAIS SOBRE A MORTE

1.1. Prolegômenos sobre os efeitos jurídicos decorrentes da morte

A morte completa o ciclo vital da pessoa humana, extinguindo a sua personalidade.² Decreta, pois, o fim de existência humana e, naturalmente, é o pressuposto fundante do Direito das Sucessões.

Como, aliás, diz um belo trecho musical, *“nessa estrada não nos cabe conhecer ou ver o que virá, o fim dela ninguém sabe bem ao certo onde vai dar, vamos todos numa linda passarela de uma aquarela que um dia, enfim, descolorirá...”*

Por igual, colhe-se de trecho literário conhecido a frase lacônica, porém precisa: *“o segredo é saber como morrer”* (BROWN, Dan. *O símbolo perdido*. Tradução de Fernanda Abreu. Rio de Janeiro: Sextante, 2009, p. 5).³

1. Gravada em 1985 por Milton Nascimento, *Encontros e Despedidas* chegou a ser tema de abertura de uma novela da Rede Globo de Televisão, por conta de seu tom marcante. Curiosamente, o compositor mineiro elegeu Elis Regina como “a grande musa inspiradora” para quem compôs inúmeras canções. Tempos depois, a filha dela, Maria Rita, teve sua carreira catapultada pelo padrinho Milton Nascimento, com uma inspirada participação no álbum *Pietá*. Posteriormente, veio a gravar *Encontros e Despedidas*.
2. Em visão voltada para a ciência do Direito, o civilista chileno Carlos Ducci Claro leciona que “a morte corresponde ao término das funções vitais do indivíduo”, CLARO, Carlos Ducci, cf. *Derecho Civil: Parte General*, cit., p. 113.
3. O livro é mais uma aventura do seu personagem o Professor de Simbologia Robert Langdon, imortalizado anteriormente por Dan Brown, no seu *O Código da Vinci*. Em *O Símbolo Perdido* (*The Lost Symbol*, no original em língua inglesa), o autor analisa a maçonaria e os seus diferentes símbolos ocultos. Situando a narrativa

A morte, portanto, é um fenômeno inexorável, que completa a existência humana, despertando o interesse do Direito Sucessório.

Na literatura brasileira, a sensível percepção de Rubem Alves chama a atenção para os estreitos confins entre a vida e a morte: “somente aqueles que se tornam discípulos da morte sentem a doçura da vida. Quem não é discípulo da morte fica sempre achando que ainda há muito tempo e, com isso, não se dá conta dos morangos que há à beira do abismo. Ele pensa que há um lugar onde se chegar. Não há. Todos os caminhos levam ao mesmo fim. Na vida só há o caminho...” (ALVES, Rubem. *Ostra feliz não faz pérola*. 2ª ed. São Paulo: Planeta, p 263).

A morte, portanto, é um fenômeno inexorável, que completa a existência humana, despertando, no campo das relações jurídicas, o interesse do Direito das Sucessões, para que se partilhe o patrimônio deixado por quem partiu.

Até a ocorrência desse evento inexorável, no entanto, a pessoa conserva a personalidade adquirida, sem qualquer limitação. Somente com o óbito haverá cessação da aptidão para titularizar relações jurídicas, ocorrendo, de pleno direito, uma *mudança subjetiva nas relações jurídicas patrimoniais* mantidas pelo falecido (*de cujus*), que passam a ser titularizadas por seus sucessores, *ex vi* do disposto no art. 1.784 da Codificação.

É preciso salientar, todavia, que, mesmo após a extinção da pessoa e, por conseguinte, de sua personalidade, subsistirá a sua vontade para os fins do que, eventualmente, tiver o falecido disposto em testamento (CC, art. 1.857) ou codicilo (CC, art. 1.881), bem como no que concerne ao destino do cadáver, se, em vida, ocorreu expressa manifestação de vontade própria (CC, art. 14). No que diz respeito à retirada de órgãos humanos de pessoa falecida, os familiares decidirão a respeito obrigatoriamente, mesmo que tenha ocorrido manifestação volitiva em vida, como reza o art. 4º da Lei 9.434/97 – Lei de Transplantes.

Ademais, não se pode olvidar que, apesar de decorrer como efeito da morte o término da personalidade, o ordenamento jurídico confere tutela aos direitos da personalidade do falecido (honra, imagem, nome...) mesmo depois do óbito do titular, legitimando o cônjuge ou companheiro sobrevivente, além dos parentes em linha reta ou colateral até o quarto grau, para requerer medidas protetivas, em juízo, para a defesa dos direitos da personalidade da pessoa morta, conforme permissivo do parágrafo único do art. 12 da Lei Civil. São os chamados *lesados indiretos*, afinal de contas, esses familiares do morto podem, ainda que por via reflexa, sofrer danos por conta da violação de bens jurídicos alheios,⁴ pertencentes aos entes queridos mortos. Exemplificando: um pai pode sofrer danos, na qualidade de lesado indireto, por conta do uso indevido de imagem do seu filho já falecido.

nas belas obras e monumentos de Washington D.C., é apresentada, com leveza, uma clara mensagem de que a morte é uma decorrência inevitável da vida.

4. No mesmo sentido, DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*, op. cit., p. 25.

De qualquer forma, o efeito jurídico principal da morte é a *cessação da personalidade* e, naturalmente, dos *direitos da personalidade*. Todavia, outros importantes efeitos no âmbito da ciência jurídica também são produzidos pela morte. São também *consequências jurídicas* da morte:

- i) abrir a sucessão (CC, art. 1.784), importando a transmissão imediata, automática, do patrimônio do falecido aos seus sucessores;
- ii) extinguir o poder familiar (CC, art. 1.635, I);
- iii) pôr fim aos contratos *intuitu personae* (personalíssimos), sendo possível exemplificar com o contrato de prestação de serviços e o contrato de mandato (CC, art. 607);
- iv) fazer cessar a obrigação de alimentos, para ambas as partes (CC, art. 1.697), transmitindo-se aos herdeiros do alimentante as parcelas vencidas e não pagas;
- v) extinguir o usufruto, o uso e a habitação (que são vitalícios e não perpétuos, diferentemente das servidões prediais e das antigas enfiteuses);
- vi) findar o casamento ou a união estável, inclusive no que tange ao seu regime de bens.

De outra parte, no Direito Penal, a morte gera a extinção da punibilidade do agente criminoso (CP, art. 107), enquanto no Direito Processual Civil a morte de uma das partes, de seu representante ou assistente ou mesmo do advogado de qualquer dos litigantes, importa em suspensão automática dos prazos (CPC, art. 221) e do processo (CPC, art. 313), além de extinguir a gratuidade judiciária.

Outrora, no Direito Romano, exigia-se a aceitação da herança pelos herdeiros para que fosse possível admitir, juridicamente, a morte como um elemento de transmissão da herança. Hodiernamente, não mais há tal exigência, operando-se automaticamente (*droit de saisine*) a transmissão das relações patrimoniais do falecido. Até porque não há, em nosso sistema jurídico, patrimônio sem um respectivo titular.

No dizer de Rafael Rojina Villegas, “a morte do autor da sucessão é de fundamental importância no Direito das Sucessões em virtude de que constitui o *pressuposto jurídico condicionante de todos os efeitos que se podem produzir neste ramo*”.⁵

Daí a evidente relevância do estudo da morte, por um prisma jurídico, para fins sucessórios.

1.2. A morte real como regra geral do sistema jurídico brasileiro

A rigor, para o reconhecimento da morte (e, por conseguinte, para a extinção da personalidade jurídica) exige-se uma declaração médica da ocorrência da morte encefálica, para que seja, então, lavrada a necessária *certidão de óbito*.⁶

5. VILLEGAS, Rafael Rojina, cf. *Derecho Civil Mexicano*, cit., p. 18.

6. Para a cremação do cadáver, usando por analogia o que dispõe a Lei nº 9.434/97, notadamente em seu art. 4º, é necessária a autorização dos familiares do morto ou a autorização do juiz, se for o caso.

De fato, o acolhimento do critério de *morte encefálica* impõe a participação direta do médico para a comprovação do óbito, o que não está, a toda evidência, ao alcance da ciência do Direito, dizendo respeito aos domínios da Medicina. Assim, somente após a declaração médica é que será possível lavrar a certidão de óbito, no cartório do registro civil competente.

Cuida a certidão de óbito, portanto, de um documento público, evidenciando o óbito de alguém, a partir de declaração feita por profissional da Medicina, atestando, *à luz do cadáver* (evidentemente!), o momento, a causa e o lugar do óbito, entre outras informações relevantes acerca do falecido e do falecimento (veja-se, a respeito, o art. 80 da Lei de Registros Públicos, que aponta os elementos que precisam estar indicados, taxativamente,⁷ no registro de óbito). É o que se convencionou chamar *morte real*.

Sobre o tema, vale a lembrança de que a Lei nº 13.114/15 tornou obrigatória para o registrador a comunicação do óbito da pessoa natural “à Receita Federal e à Secretaria de Segurança Pública da unidade da Federação que tenha emitido a cédula de identidade, exceto se, em razão da idade do falecido, essa informação for manifestamente desnecessária” (nova redação do Parágrafo Único do art. 80 da Lei de Registros Públicos). Com as modificações implementadas pela Lei 13.846/19, o art. 68 da Lei nº 8.212/91, impõe ao oficial do registro civil o dever de comunicar ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, em até um dia útil, a contar do ato, os registros de óbitos ocorridos em sua serventia. A intenção, a toda evidência, é coibir práticas fraudulentas em nome de pessoas já falecidas, como o recebimento de pensão previdenciária em seu nome ou a emissão de cartões de crédito, por exemplo.

O Código Civil, em seu art. 6º,⁸ dispõe que termina a existência da pessoa natural com a morte (obviamente, reportando-se à morte natural, verificada à luz do cadáver humano), sendo desnecessário o reconhecimento judicial desse fato. Entende-se, a partir da regra inserida no art. 3º da Lei dos Transplantes, que a cessação da vida ocorre com a *morte encefálica*, atribuindo-se ao Conselho Federal de Medicina a fixação dos critérios clínicos e tecnológicos para determiná-la, o que foi feito através da Resolução nº 1.480/97, posteriormente revogada pela Resolução nº 2.173/2017.⁹ A declaração de morte tem de ser realizada por dois médicos, não integrantes das equipes de remoção de órgãos para fins de transplantes, garantindo a idoneidade e isenção da declaração. A jurisprudência vem acobertando o entendimento de que, em face da natural dificuldade de delimitar o conceito de *morte encefálica*, um dos profissionais da Medicina responsáveis

7. A jurisprudência superior consagra a taxatividade dos elementos do registro de óbito: “I. O rol dos elementos que devem constar do assento de óbito é taxativo, de sorte que descabe nele se fazer inserir informação acessória, voluntariamente prestada, acerca de eventual convivência comum da de cujus com terceiro. II. Destarte, é de ser determinada a exclusão de dado indevidamente incorporado ao registro de falecimento.” (STJ, Ac. unân. 4º T., REsp. 419.475/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 9.10.07, DJU 25.2.08).

8. Art. 6º, Código Civil: “a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.”

9. Corretamente, Anderson Röhe obtém a ser fundamental uma reapreciação da matéria, determinando-se com mais precisão o momento da morte encefálica, que é mais abrangente do que a morte cerebral, RÖHE, Anderson, cf. *O paciente terminal e o direito de morrer*, cit., p. 123.

pela declaração deve ser neurologista.¹⁰ É natural, de qualquer sorte, que, com o avanço da ciência, já existam questionamentos a respeito da escolha desse critério.¹¹

Nessa ordem de ideias, em tais circunstâncias, havendo regular declaração médica, atestando o óbito, tem-se a chamada *morte real*, cujo pressuposto é a certificação de um profissional habilitado para tanto, à luz do próprio cadáver.

1.3. A morte real sem cadáver (a morte presumida sem a declaração de ausência)

Como afirmado alhures, a regra geral do sistema jurídico é a morte real, reconhecida pela autoridade médica (ou de dois profissionais qualificados, na ausência de médico), à luz do cadáver, com evidente intenção de garantir segurança jurídica.

O texto legal do art. 77 da Lei de Registros Públicos,¹² com a redação emprestada pela Lei nº13.484/17, inclusive, expressamente, dispõe que não se pode realizar sepultamentos sem o prévio atestado de óbito firmado pelo médico ou declaração de duas pessoas qualificadas.

No entanto, por não ignorar a possibilidade de realização de sepultamentos sem a prévia declaração médica e, por óbvio, sem o necessário registro do óbito no cartório competente – o que não é raro em cidades interioranas, lamentavelmente desassistidas de profissionais da Medicina, especialmente quando se lembram as grandes distâncias territoriais, típicas de um país continental, como o Brasil –, permite-se um registro ulterior do óbito, em cartório. Nessa hipótese de assento posterior ao enterro, “faltando atestado de médico ou de duas pessoas qualificadas, assinarão, com a que fizer a declaração, duas testemunhas que tiverem assistido ao falecimento ou ao funeral e puderem atestar, por conhecimento próprio ou por informação que tiverem colhido, a identidade do cadáver” (art. 83 da Lei de Registros Públicos).

10. “1. A Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre Transplante de Órgãos, estabelece que a retirada *post mortem* de tecido, órgãos e partes do corpo humano deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução pelo Conselho Federal de Medicina. 2. O Decreto nº 2.268/97, que regulamentou a Lei nº 9.434/97, prescreveu a obrigatoriedade de que um dos médicos, no processo de coleta de órgãos, seja neurologista. Legalidade. 3. O poder regulamentar (art. 84, IV, CF/88) autoriza o Executivo a detalhar critérios legais para sua fiel execução. 4. *A morte encefálica é estado decorrente de conceito fluido que deve ser constatado por pelo menos um médico especializado em neurologia*” (TRF-1ª Região, Ac. unân. 8ª T., ApCív. 0009844-43.1999.4.01.0000/DF, Rel. Juiz convocado Cleberson José Rocha, j. 26.10.10, DJ 3.12.10, p. 493).

11. Élica Séguin também formula o mesmo raciocínio, chegando a suscitar interessante indagação: “*existe distinção entre morte cerebral (“the whole brain death”) e encefálica, envolvendo o tronco encefálico e o cerebelo (“neocortical death”)? Como jurista não sei a resposta, que deverá partir dos profissionais da saúde*”, SÉGUIN, Élica, cf. *Biodireito*, cit., p. 145.

12. Art. 77, Lei de Registros Públicos: “**nenhum** sepultamento será feito sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento ou do lugar de residência do de *cujus*, quando o falecimento ocorrer em local diverso do seu domicílio, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte.”

Não se exige, para tanto, um procedimento judicial, sendo possível a lavratura do óbito diretamente perante o cartório de registro civil de pessoas naturais, independentemente de atuação fiscalizatória do Ministério Público.

Havendo recusa ou dúvida acerca do falecimento, cabe, então, uma ação de suprimento de óbito, conforme permissivo do art. 109 da Lei de Registros Públicos, promovida pelo interessado, como os descendentes ou credores. A ação é de competência da vara de registros públicos, ouvido o Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*). Não é despidiando sublinhar, inclusive, que na referida demanda, que se submete ao procedimento de jurisdição voluntária, considerando toda a dificuldade que poderá implicar, bem assim como considerando a dignidade dos familiares vivos, o juiz somente deverá determinar a exumação do cadáver como meio de prova quando os demais mecanismos probatórios se mostrarem insuficientes. A exumação, por envolver sentimentos, deve ter caráter residual.

Mas não é só.

É impossível olvidar, ainda, a ocorrência da morte em situações excepcionais, atípicas, nas quais não seja possível localizar o próprio cadáver. Como a certidão de óbito somente poderá ser lavrada mediante o atestado médico (que pressupõe, naturalmente, o exame do cadáver pelo profissional da Medicina), tais hipóteses reclamam regulamentação jurídica específica para que possam ser produzidos os efeitos jurídicos decorrentes da morte.

É o que se chama de morte real sem cadáver (ou, como prefere o art. 7º do Código Civil, *morte presumida sem ausência*), produzindo os mesmos efeitos jurídicos da morte real (aquela decorrente de um atestado médico). Nesse caso, o óbito ocorrido nas circunstâncias catastróficas previstas no art. 7º da Codificação de 2002¹³ e no art. 88 da Lei de Registros Públicos¹⁴ exige, obviamente, um reconhecimento pelo juiz. Dessa maneira, as pessoas de quem não mais se tem notícias, desaparecidas em naufrágios, incêndios, inundações, maremotos, terremotos, enfim, em grandes catástrofes ou eventos que produzem perigo de morte, ou desaparecidas durante a guerra e não encontradas até dois anos após o seu término, podem ser reputadas *mortas civilmente (morte real)*, por decisão judicial prolatada em procedimento especial iniciado pelo interessado – que pode ser, exemplificativamente, o cônjuge ou companheiro sobrevivente ou mesmo um

13. Art. 7º, Código Civil: “pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra”.

14. Art. 88, Lei de Registros Públicos: “poderão os Juizes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. Parágrafo único. Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do artigo 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito”.

parente próximo ou um credor.¹⁵ Observe-se que, em tais hipóteses, é muito provável a morte da pessoa que estava nas circunstâncias referidas, apenas não se tendo o cadáver. Vale frisar que dois são os requisitos fundamentais para que se tenha a declaração de morte nessas circunstâncias: prova de que a parte estava no local em que ocorreu a catástrofe e de que, posteriormente, não mais há notícias dela. Podem ser lembrados como exemplos os fatídicos episódios do *bateau mouche* (quando diversas pessoas restaram desaparecidas depois do naufrágio) ou mesmo do *tsunami*, fora do nosso país.

Nesse rumo, elucida Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “assim, não tendo sido achado o corpo de alguém desaparecido em estado de perigo tal que configure extrema impossibilidade de sobrevida, pode a família ou qualquer interessado requerer a declaração de morte presumida, sem que disso advenham os efeitos da ausência”.¹⁶

A *morte presumida sem ausência* produz os mesmos efeitos jurídicos de uma morte real, detectada depois da verificação médica do cadáver. Assim, determina a abertura da sucessão, exatamente como se opera no sistema do Reino da Espanha (arts. 657 e 196 do Código Civil espanhol).¹⁷

Outro caso de morte presumida sem ausência vem estampado na Lei nº 9.140/95, com a atualização da Lei nº 10.536/02, reputando mortas, para todos os fins de direito, as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou simplesmente acusadas de participação, em atividades políticas, no período compreendido entre 2.9.1961 e 5.10.1988 (parte do período da ditadura militar brasileira), inclusive fazendo jus os seus familiares a uma indenização correspondente.

Registre-se, demais de tudo isso, não mais existir, entre nós, a *morte civil (ficta mors)* dos condenados a penas perpétuas ou de religiosos professos. Tratava-se de verdadeiro banimento do mundo civil, repugnando o Estado Democrático de Direito. De qualquer modo, em alguns dispositivos legais esparsos, encontram-se figuras jurídicas cujos efeitos se assemelham, de certo modo, às consequências de uma morte civil. São elas: (i) os arts. 1.814 e 1.961 do Código Civil, prevendo que o sucessor que for reputado indigno ou deserddado será privado do recebimento da herança, sendo chamados os seus herdeiros para receber a herança em seu lugar, como se ele morto fosse; (ii) o Decreto-lei nº 3.038/41 que, em seu art. 7º, dispõe que o oficial militar considerado indigno perderá o posto e a patente, ressalvando-se aos seus dependentes o recebimento de uma pensão, como se ele fosse morto. Em tais hipóteses, muito embora esteja vivo o titular do direito, haverá transmissão de relações

15. Com esse pensar, Martha El Debs é precisa: “a justificação de óbito consiste no procedimento para autorizar o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágios, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar o cadáver para exame”. DEBS, Martha El. *Legislação notarial e de registros públicos comentada*, op. cit., p. 340.

16. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, cf. *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 21.

17. Sobre a morte presumida sem ausência no direito espanhol, remeta-se a ESPÍN, Pascual Martínez, cf. *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 48.

jurídicas, como se ele morto estivesse. Por isso, a similitude com efeitos decorrentes da morte civil. Destaque-se, apesar de tudo, que não mais existe, no Brasil, a figura da morte civil, incompatível com a Carta Constitucional de 1988.

1.4. O direito à morte digna e o testamento vital (diretivas antecipadas ou *living will*)

Não se pode deixar de registrar uma importante discussão (ética, jurídica, religiosa e moral) acerca do direito de morrer dignamente (*right to die*).

É que, a partir de uma leitura civil-constitucional, especialmente da cláusula geral da dignidade humana, é fácil notar que o direito à morte digna é o reverso da moeda do direito à vida digna. Em palavras mais claras, ao direito de viver com dignidade haverá de corresponder como espelho invertido o direito de morrer dignamente. Até mesmo porque uma morte digna há de ser a consequência natural de toda e qualquer vida digna. Trata-se, pois, tão somente, de permitir que a natureza siga o seu rumo, fazendo o seu inexorável papel, sem que isso atinja a dignidade da pessoa, em determinadas situações.

Se a morte é o corolário, a consequência lógica, da vida, nada é mais natural do que asseverar que o *direito à vida digna* (CF, art. 1º, III) traz consigo, a reboque, o *direito a uma morte igualmente digna*. Aqui, convém a lembrança da obra *As intermitências da morte*, do escritor lusitano José Saramago. No belíssimo texto, apresenta-se uma localidade na qual a morte, simplesmente, deixou de ocorrer, mantendo vivas todas as pessoas, inclusive os pacientes terminais, criando uma multidão de moribundos. Uma das frases é significativa: “*No dia seguinte ninguém morreu*”.¹⁸ Assim, percebia-se a existência de pessoas que, mesmo contra a sua própria vontade, mantinham-se, indefinidamente, vivas, em uma zona cinzenta entre a vida e a morte. Abre-se, então, um relevante debate sobre a vida, a morte, o amor e o sentido, ou a falta dele, no que tange à existência humana.¹⁹

18. É imperdível uma passagem em especial que bem retrata o assunto abordado: “então ela, a morte, levantou-se, abriu a bolsa que tinha deixado na sala e retirou a carta de cor violeta. Olhou em redor como se estivesse à procura de um lugar onde a pudesse deixar, sobre o piano, metida entre as cordas do violoncelo, ou então no próprio quarto, debaixo da almofada em que a cabeça do homem descansava. Não o fez. Saiu para a cozinha, acendeu um fósforo, um fósforo humilde, ela que poderia desfazer o papel com o olhar, reduzi-lo a uma impalpável poeira, ela que poderia pegar-lhe fogo só com o contacto dos dedos, e era um simples fósforo, o fósforo comum, o fósforo de todos os dias, que fazia arder a carta da morte, essa que só a morte podia destruir. Não ficaram cinzas. A morte voltou para a cama, abraçou-se ao homem e, sem compreender o que lhe estava a suceder, ela que nunca dormia, sentiu que o sono lhe fazia descair suavemente as pálpebras. *No dia seguinte ninguém morreu*” (p. 214).

19. Na obra, o saudoso literata português, merecidamente galardoado com o Prêmio Nobel de Literatura, sempre sarcástico e irônico, critica o comportamento da sociedade contemporânea, apresentando as reações de diferentes setores da comunidade (Igreja, imprensa, economistas, funerárias, casas de pensão, hospitais, seguradoras, famílias com moribundos em casa...) à situação de uma vida sem morte. Cf.: SARAMAGO, José. *As intermitências da morte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

Com essa inspiração, é de se defender o reconhecimento de um direito à morte digna, como consectário da própria dignidade humana.

Pondera, nessa trilha, Anderson Röhe que “a dor e o sofrimento tornaram-se desvalores rejeitados por uma sociedade adoradora do corpo e da perfeição. Daí a necessidade de uma medicina operante que assegure aos homens o seu bem-estar físico e mental, proporcionando uma boa morte, mais humana e capaz de ser compreendida”.²⁰

Com efeito, a matéria exige uma cuidadosa reflexão, liberta das influências pessoais (de ordem religiosa, ética...) para estabelecer as latitudes do direito à morte digna. Mais do que isso, seja qual for o posicionamento a prevalecer, é imperioso se reconhecer que o único ponto indelével (e insubstituível) nessa discussão é o reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana também se projeta na morte. Nesse mesmo senso, Roxana Cardoso Brasileiro Borges afirma haver, hoje em dia, uma “reapropriação da morte pelo próprio doente. Há uma preocupação sobre a salvaguarda da qualidade de vida da pessoa, mesmo na hora da morte. Reivindica-se uma morte digna, o que significa ‘a recusa de se submeter a manobras tecnológicas que só fazem prolongar a agonia’”.²¹

De nossa parte, parece que a melhor solução é aplicar a técnica de proporcionalidade, deixando para, no caso concreto, dar contornos efetivos ao direito à morte digna, dependendo das circunstâncias concretas.²²

Importante, no ponto, chamar a atenção para uma significativa advertência, evitando uma confusão conceitual com categorias distintas: não se trata de debater, aqui, a admissibilidade, ou não, de uma morte piedosa, bondosa, quase gentil – a chamada eutanásia. Cuida-se, em verdade, de buscar a afirmação do direito à morte digna como corolário, como consequência natural, do direito a uma vida digna. Equivale a dizer: a dignidade que norteou a vida de uma pessoa humana deve lhe acompanhar até o momento derradeiro, restando obstadas condutas procrastinatórias ou fúteis, que, a par de causar sofrimento, em afrontam a sua integridade física, psíquica e intelectual. Invocando a precisa ponderação de Diaulas Costa Ribeiro, “a morte digna também é um direito humano. E por morte digna se compreende a morte sem dor, sem angústia e de conformidade com a vontade do titular do direito de viver e de morrer. E nesse sentido é paradoxal a postura social, muitas vezes emanada de uma religiosidade que a religião desconhece, que compreende, aceita e considera ‘humano’ interromper o sofrimento incurável de um animal, mas que não permite, com o mesmo argumento – obviamente sem a metáfora - e nas mesmas condições, afastar o sofrimento de um homem capaz e autônomo”.²³

20. RÖHE, Anderson. *O paciente terminal e o direito de morrer*, op. cit., p. 123.

21. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. “Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital. Análise constitucional e penal e direito comparado”, op. cit., p. 284.

22. A legislação federal australiana chegou a permitir a eutanásia a doentes terminais, sendo, posteriormente, revogada, vigendo por pouco mais de seis meses.

23. RIBEIRO, Diaulas Costa, “A autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte”, op. cit., p. 1.752.

Com essa fina percepção, a Resolução nº 1.995/12, do Conselho Federal de Medicina,²⁴ louvando-se a toda evidência da afirmação da autonomia do paciente, a partir do livre consentimento informado, autoriza as *diretivas antecipadas de vontade em solo brasileiro*, procurando minimizar as dores e sofrimentos decorrentes de tratamentos e procedimentos médicos que prolongam a vida dos doentes terminais sem chance de cura (a chamada futilidade médica), em clara sintonia com o direito à vida e à morte dignas.²⁵

Logo no comando do seu art. 1º, o ato normativo explica que as diretivas antecipadas de vontade constituem o “conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

O ato regulamentar determina aos médicos o respeito às diretivas antecipadas de vontade manifestadas pelo paciente, afastando, inclusive, eventual discordância dos familiares.²⁶ Através dessas diretivas antecipadas, o paciente pode definir, enquanto estiver no gozo de suas faculdades mentais, os limites terapêuticos a serem adotados em seu tratamento de saúde, em eventual hipótese de estado terminal. Exige-se, para tanto, declaração expressa de vontade (diretiva antecipada de vontade, consoante a expressão consagrada na Espanha). Essa declaração, por óbvio, terá validade e eficácia e prevalecerá, inclusive, sobre qualquer outro parecer não médico e sobre a própria manifestação de vontade dos familiares (§ 3º do art. 2º da Resolução).

Não há necessidade de manifestação de vontade por meio de instrumento público, bem assim como não se exige o registro em cartório da declaração de vontade para que possa surtir efeitos, em face da inexistência de exigência expressa da Resolução.²⁷

Trata-se de concretização da autonomia privada, conferindo ao titular o reconhecimento de efetivar pessoalmente o seu direito à morte digna como uma consequência natural do direito à vida digna. Cuida-se, fundamentalmente, do direito do paciente de morrer sem sofrimentos desnecessários, na medida em que a Medicina não conseguiu estabelecer a cura ou tratamentos mais adequados e eficazes para certas situações específicas.

24. No sistema jurídico germânico, designa-se a medida como *Patientenverfügungen*, disciplinada pela reforma do Código Civil alemão, o BGB, nos §§ 1901a-1904.

25. Nos Estados Unidos da América, indo mais longe, já se normatizou, inclusive, a possibilidade do chamado *durable Power of attorney for healthcare*, consistindo em um “ato de instituição de um procurador que tomará, em nome do paciente, as decisões relativas ao tratamento, suas formas, sua duração e sua cessação”, como noticia Luciana Dadalto, DADALTO, Luciana, *Testamento vital*, op. cit., p. 100.

26. As diretivas antecipadas de vontade “prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares” (§ 3º, art. 2º da Resolução).

27. A partir da inteligência do art. 107 do Código Civil somente é exigido o cumprimento de formalidade nos negócios jurídicos por força da norma ou por expressa disposição das partes. Diz o texto codificado: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Uma vida digna há de desembocar em um epílogo igualmente digno. E a cada pessoa há de se reconhecer o direito de autodeterminação, sopesando os próprios sentimentos, medos, fraquezas e possibilidades. E as diretivas antecipadas se apresentam como mecanismo de concretização dessa autodeterminação, possibilitando a quem não deseja tratamentos incertos ou soluções paliativas o respeito à sua vontade.

Há, sobre o tema, interessante decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, corroborando da tese. No caso julgado, foi reconhecido a um paciente, internado em unidade hospitalar, o direito de não ser submetido a uma cirurgia indesejada de amputação, a partir de sua própria manifestação volitiva.

“1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para “aliviar o sofrimento”; e, conforme laudo psiquiátrico se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida.

(...)

3. O direito à vida, garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. (...)

4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina.” (TJ/RS, Ac. 1ª Câmara Cível, ApCív. 70054988266 – comarca de Viamão, rel. Des. Irineu Mariani, j. 20.11.13, DJRS 27.11.13)

Seguramente, trata-se de uma *significativa homenagem ao reconhecimento do direito à morte digna como uma consequência natural do direito à vida digna*. Importante apontar que não se trata de *eutanásia*, nem de *ortotanásia*. Cuida-se, tão só, do direito do paciente de *morrer sem sofrimentos desnecessários*, na medida em que a Medicina não conseguiu estabelecer a cura daquela situação.

Até porque, na certa ponderação de Maria de Fátima Freire de Sá, “morrer é parte integral da vida, tão natural e previsível quanto nascer. É inevitável”. De toda maneira, o que parece mais assustar aos humanos é “que ninguém sabe o que lhe espera depois da vida”.²⁸

Harmoniza-se, inclusive, com o art. 15 do Estatuto Civil, que consagra a possibilidade de dispor do corpo para depois da morte e com a própria *autonomia privada*, que rege as relações do Direito Civil. E, na mesma esteira, o art. 1.768 do Código Civil, com a redação emprestada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (interpretado sistemicamente com o Código de Processo Civil de 2015), legitima a própria pessoa para a ação de curatela, demonstrando a sua autonomia de requerer proteção fundamental.

28. SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer, eutanásia, suicídio assistido*, op. cit., p. 80.

Não há sentido, realmente, na intervenção estatal nesse campo.

Como já antecipávamos nas edições anteriores, ao nosso sentir, o paciente terminal que, declarou a sua vontade, deve ter a sua autonomia privada respeitada, a fim de que se efetive a sua dignidade na plenitude. Agora, com o advento da Resolução CFM nº 1.995/12, é válida e eficaz a declaração prévia de vontade em face da premente necessidade de respeitar a autonomia privada do paciente terminal, a partir de preceitos éticos e jurídicos e da terminalidade inexorável da vida humana. Com o mesmo raciocínio, Luciana Dadalto também já afirmava que a “declaração prévia de vontade do paciente terminal é válida no Brasil, mesmo com a inexistência de legislação específica, a partir de uma interpretação principiológica do ordenamento jurídico pátrio”.²⁹

Registre-se, por oportuno, que uma ampla compreensão da matéria permite concluir que, assim como é possível ao titular estabelecer diretivas antecipadas de vontade, garantindo o respeito à sua autonomia, também lhe é possível, por estrita lógica, elaborar *mandato duradouro*, nomeando uma pessoa, ou mais, para deliberar sobre tratamentos e assistência médica ou simplesmente para esclarecer as suas vontades externadas anteriormente, caso não mais possa fazê-lo em certos casos. Trata-se, pois, de “um documento no qual o paciente nomeia uma ou mais pessoas de sua confiança que deverão ser consultadas pelos médicos em caso de ausência de discernimento definitiva ou não. Este instrumento deve ser utilizado quando for preciso tomar alguma decisão sobre cuidados médicos ou esclarecer dúvidas sobre o testamento vital”, como pondera Thais Câmara Maia Fernandes Coelho.³⁰

Em verdade, o mandato duradouro termina se apresentando como um claro instrumento desdobrado das próprias diretivas antecipadas.

Bastante oportuna, no ponto, a lembrança de um trecho da sensível e emocionante película *Mar adentro*, traduzindo na tela a história real do marinheiro Ramón Sampedro, passada em pequena cidade da Espanha. Tetraplégico desde os 25 anos de idade, por conta de um acidente no mar que o deixou paralisado sobre a cama, apenas movimentando os músculos da face, Ramón resolveu requerer, em juízo, o reconhecimento do seu “direito de morrer”. Argumentou, inclusive, que a única visão que tinha era de uma pequena janela, aberta para o mar. Como o marinheiro não tinha como pôr fim à sua própria vida, em face do estado físico, e por não querer a ajuda de amigos (para evitar eventual responsabilização penal), pediu aos juízes dos Tribunais de Barcelona e La Coruña que lhe fosse permitido se objetar às sondas pelas quais era alimentado. Ambas as Cortes negaram o seu pleito. O Tribunal Constitucional espanhol também não acolheu o pedido. Por isso, entendeu que foi “condenado a viver”. Em última tentativa, dirigiu-se à Comissão Europeia de Direitos Humanos, onde,

29. DADALTO, Luciana. *Testamento vital*, op. cit., p. 148.

30. COELHO, Thais Câmara Maia Fernandes, *Autocuratela*, op. cit., p. 86.

mais uma vez, teve indeferida a autorização. Sem dúvida, o seu caso é emblemático para o Direito Civil e a discussão acerca da efetiva compreensão da morte.

Em razão da pertinência e sensibilidade, vale transcrever trecho do requerimento formulado por Ramón Sampetro e endereçado às Cortes Judiciais:

“Senhores Juízes, penso que na hora de julgar determinadas condutas ético-morais, como nesse caso, não deveriam outra norma fundamental do que a Constituição [...] Somente se os juízes e jurados tivessem de sentenciar de acordo com a Constituição e se as suas consciências fossem um processador humano – e humanizado – que vai recebendo sistematicamente conhecimentos e informações para entender o que é social e democraticamente tolerável, e também conveniente reformar e corrigir, a Justiça seguiria o ritmo do processo evolutivo da sociedade democrática formada por indivíduos livres e responsáveis. Em abril de 1993, fui aos Tribunais de Justiça com uma demanda formalmente apresentada por meu advogado, Dr. Jorge Arroyo Martinez, que, em síntese, indagava se deveria ser sancionada judicialmente uma pessoa que me preste ajuda, sabendo que tem o fim de auxiliar a minha morte voluntária e livre. Há muita gente que, aparentemente capacitadas para fazer um juízo de valor, se perguntam – e me perguntam – se realmente desejo morrer, pois se assim fosse, afirmam que posso provocar-me desde uma pneumonia, tampar uma sonda, não curar uma infecção, injetar-me um vírus ou que me mate discretamente uma pessoa qualquer. Entretanto, absurdo mesmo é propor-me todo tipo de forma de morrer, menos a maneira voluntária e legalmente permitida. Parece-me que a função dos juízes tem de ser algo a mais do que aplicar Códigos a todos, como um mudo e fiel guardião que defende os interesses do seu degenerado amo. Quando um juiz guarda silêncio diante de uma lei obviamente hipócrita, e portanto injusta, na sociedade não haverá nobreza e bondade. Se a Justiça é a exigência de uma conduta ética respeitosa, a função do juiz deve ser a de criador, mais do que de aplicador. Se aceitamos que deve haver normas e meios para julgar comportamentos irresponsáveis, em casos de condutas éticas, a Justiça deveria ser imediata para promover a vida, pois, do contrário, é como se tivesse enlatada, paralisada, e, antes de corrigir situações injustas, anacronismos e tradicionais barbáries, estaria a perpetuar injustiças. A vida evolui corrigindo sistematicamente o erro e isso deveriam copiar os humanos. É um erro grave negar a uma pessoa o direito de dispor de sua vida, porque é negar o direito a corrigir o erro da dor irracional. Como bem disseram os juízes na Justiça de Barcelona: viver é um direito, mas não uma obrigação. Sem embargo do que disseram, em nada parece ser responsável pelo que se disse. Aqueles que criam o Direito como um protetor indiscutível da vida humana, considerando como algo abstrato e por cima da vontade pessoal sem exceção alguma, são os mais imorais. Podem se disfarçar de mestres da filosofia jurídica, médica, política ou metafísica-teológica, mas desde que justifiquem o absurdo se convertem em hipócritas. A razão pode entender a imoralidade, mas não pode justificá-la. Quando o direito à vida se impõe como um dever, quando se penaliza exercer o direito a liberar-se da dor absurda que degrada a existência de uma vida absolutamente deteriorada, o direito se converte em absurdo e a vontade das pessoas que o fundamentam normativizam e impõem é uma verdadeira tirania. Recorro aos Tribunais de Justiça para que V. Exas. decidissem se me assistia ou não esse direito que minha consciência considera de âmbito moral exclusivamente. E penso ser humanamente qualificável. Fui à Justiça não apenas para que me respondessem a um assunto de interesse pessoal,

mas porque considero meu dever denunciar a injustiça e rebelar-me contra a hipocrisia de um Estado e de uma religião que, democraticamente concebidos, toleram a prática da eutanásia se efetivada com sigilo e discrição, mas não com sensatez e clareza da razão justificadora. Também para denunciar que jamais possa prevalecer o interesse de nenhuma tirania ou do tirano por cima da razão ética da consciência do homem[...] O juiz que não se rebelou diante da injustiça se converte em delinquente. Claro que ele pode acalmar a sua consciência culpada afirmando que cumpre o seu dever, mas estando consciente de que impõe a alguém um sofrimento por causa de seus próprios interesses[...] Dizem alguns cientistas políticos, teólogos e outros aprendizes de falsos profetas que minha luta poderia servir como pretexto e, assim, dar-me motivos para viver. Deveria ser também dever do juiz perseguir a quem insulta a razão e castiga severamente a outrem. Meu único propósito é defender minha dignidade pessoal e minha liberdade de consciência. Não por capricho, mas porque as valorizo e considero um princípio de justiça universal. Com uma sentença favorável, talvez não se volte a obrigar outro ser humano a sobreviver como tetraplégico, se essa não é a sua vontade. Minha luta terá sentido se a Justiça me conceder um bem que para mim mesmo reclamo. Se não é assim, todo esse esforço, que alguns dizem que pode dar sentido à minha vida, terá sido estéril. Espero que não pensem como teólogos, políticos e aprendizes de profeta entendendo que o que dá sentido à minha vida é o direito de reclamar um direito e uma liberdade, dando por suposto um direito que não me será concedido. Espero que não sejam cúmplices de tanta enganação e falta de respeito contra a razão humana. Nenhum esforço inútil tem sentido. A intolerância é o terrorismo contra a razão. Qualquer esforço humano que tenha como fim liberar a vida de um sofrimento, a crueldade e a dor, e tenha sido estéril, significa o fracasso do bem contra o mal. Se não se reconhece a cada indivíduo a oportunidade de fazer aquilo que sua consciência considera bom, não há ética possível, pois não há evolução possível. Se não se reconhece ao indivíduo o direito a uma morte racional, voluntariamente decidida, a Humanidade não poderá chegar a aceitar culturalmente a sua própria mortalidade. E se não se entende o sentido da morte, tampouco se entenderá o sentido da vida. O juiz tem um mandato para velar pela segurança jurídica da sociedade. Mas, por coerência ética e moral, para que esse mister seja equilibrado e justo, tem de se defender, antes de tudo, a consciência individual. O Estado tem meios repressores para proteger-se das possíveis agressões individuais. No entanto, o indivíduo encontra-se indefeso para proteger-se contra o abuso das agressões do Estado. Se o juiz se dedica a aplicar os Códigos, é um fanático fundamentalista que obviamente viola a imparcialidade necessária. É seu dever corrigir este erro. Em 13 de novembro de 1996. Atenciosamente, Ramón Sampredo Cemean^{31, 32}

31. Tradução livre. A carta está disponível em: <www.eutanasia.ws/carta.html>.

32. Vale a pena, outrossim, transcrever o desabafo escrito pelo próprio Ramón Sampredo Cemean, quando do indeferimento de seu pleito, tendo sido obrigado a optar por outra solução para o seu desiderato: “Eu, tal qual como alguns juízes e a maioria das pessoas que amam a vida e a liberdade, penso que a vida é um direito, não uma obrigação. Contudo, fui obrigado a suportar esta penosa situação durante 29 anos, 4 meses e alguns dias. Recuso-me a continuar a fazê-lo por mais tempo! Apelei à Justiça para evitar que os meus atos tivessem consequências penais para outros. Estou à espera há cinco anos. E como tanta demora me parece ridícula, decidi pôr fim a tudo isso de uma forma que considero mais digna, humana e racional. Como podem ver, a meu lado tenho um copo de água com uma dose de cianeto de potássio. Quando o beber terei renunciado, voluntariamente, à propriedade mais legítima e privada que tenho; ou seja, o meu corpo. Também me terei libertado de uma humilhante escravidão – a tetraplegia. A este ato de libertação, com ajuda, chamam-lhe vocês cooperação num suicídio – ou suicídio assistido. Contudo, eu

Registre-se, em arremate do tema, verticalizando as ideias antes apresentadas, que não se pode confundir as *diretivas antecipadas* com a eutanásia (que, nada mais é, do que uma morte piedosa, sem sofrimento, por relevante valor moral), com a *mistanásia* (conhecida como *eutanásia social* e muito comum em hospitais brasileiros quando, diante de um acidente, por exemplo, o médico tem de escolher qual dos pacientes será atendido primeiro) e com a *ortotanásia* (que é a eutanásia por omissão, apenas cometida pelo médico que deixa de prolongar o inevitável processo de morte do paciente, por meios artificiais, que poderiam prostrar aquela situação fática).

Lado outro, as *diretivas antecipadas* se põem em contraposição à *distanásia*, que é o prolongamento artificial do processo (natural) de morte, ainda que à custa do sofrimento do paciente. É a continuação, por intervenção da Medicina, da agonia, mesmo sabendo que, naquele momento, não há chance conhecida de cura. Enfim, é uma verdadeira obstinação pela pesquisa científica, pela tecnologia e tratamento médico, olvidando o direito do paciente à sua dignidade intangível, mesmo no momento da morte.

O direito brasileiro, através do Código Penal, mantém a eutanásia no âmbito da ilicitude, olvidando todos os demais aspectos da controvérsia.

1.5. A comoriência

Seguindo o sistema do Direito alemão, o ordenamento brasileiro acolheu, no art. 8º do *Codex*, a comoriência como uma *presunção de simultaneidade de óbitos*, aplicável quando, morrendo duas ou mais pessoas ao mesmo tempo (simultaneamente), não for possível indicar, com precisão, a premoriência, ou seja, quem precedeu a morte de quem.

As origens etimológicas da palavra, inclusive, confirmam o significado da expressão. Comoriência vem do latim *commorientia*, enfeixando o significado de morte simultânea de duas ou mais pessoas.

Representa, pois, a comoriência o falecimento simultâneo de duas ou mais pessoas, em circunstâncias que não permitam identificar o premoriente.

Veja-se o texto legal:

Art. 8º, Código Civil:

“Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.”

considero-o uma ajuda necessária, e humana, para ser dono e soberano da única coisa que o ser humano pode realmente chamar de sua, ou seja, o corpo e aquilo que é, ou está, como ele, a vida e a sua consciência. Poderão castigar esse próximo que me amou e foi coerente com esse amor, isto é, amando-me como a si próprio. Claro que para isso teve que vencer o terror psicológico da vossa vingança – é esse o seu delito. Além de aceitar o dever moral de fazer o que deve, quer dizer, o que menos lhe interessa e mais lhe dói. Senhores juízes, negar a propriedade privada do nosso próprio ser é a maior das mentiras culturais. Para uma cultura que sacraliza a propriedade privada das coisas, entre elas a terra e a água, é uma aberração negar a propriedade mais privada de todas, nossa Pátria e reino pessoal. O nosso corpo, vida e consciência. O Nosso Universo”.

CAPÍTULO III

A sucessão legítima (a sucessão operada por força de lei)

Sumário • 1. Noções gerais e históricas sobre a sucessão legítima – 2. A ordem de vocação hereditária como referência da sucessão legítima – 3. A herança jacente e a herança vacante: 3.1 Generalidades: a sucessão sem herdeiro legítimo ou instituído (testamentário); 3.2 A herança jacente; 3.3 A herança vacante; 3.4 Abertura simplificada da vacância; 3.5 Direito de cobrança de créditos – 4. A sucessão por direito próprio (por cabeça) e a sucessão por representação (por estirpe): 4.1 Noções gerais sobre a sucessão por direito próprio e a sucessão por representação; 4.2 Fundamentos da sucessão por representação; 4.3 Campo de aplicação da sucessão por representação; 4.4 Linhas de incidência da sucessão por representação; 4.5 Uma proposta interpretativa: sucessão por representação em caso de comoriência entre pais e filhos; 4.6 Presupostos para a sucessão por representação; 4.7 Efeitos da sucessão por representação – 5. A sucessão dos descendentes: 5.1 Generalidades sobre a sucessão dos descendentes; 5.2 Regras fundamentais norteadoras da sucessão dos descendentes; 5.3 A sucessão dos descendentes e a tese da pluripaternidade; 6. A sucessão dos ascendentes – 7. A sucessão do cônjuge: 7.1 Generalidades sobre a sucessão do cônjuge; 7.2 A sucessão do cônjuge na sistemática do Código Civil; 7.3 A exclusão sucessória do cônjuge na hipótese de separação de fato, independentemente de lapso temporal; 7.4 A suposta (e inexistente) concorrência sucessória entre o cônjuge sobrevivente e o companheiro supérstite; 7.5 A concorrência do cônjuge ou companheiro com os descendentes do autor da herança; 7.6 A concorrência do cônjuge ou companheiro com os ascendentes do autor da herança; 7.7 O cônjuge ou companheiro como herdeiro universal (sucessão do cônjuge sem concorrência); 7.8 O direito real de habitação do cônjuge ou companheiro; 8. A sucessão do companheiro: 8.1 Breve esboço evolutivo da união estável: vencendo um histórico de desigualdades; 8.2 A necessidade de compreensão da norma sucessória da união estável em conformidade com a arquitetura constitucional da matéria; 8.3 O sistema sucessório da união estável na redação originária do Código Civil; 8.4 O reconhecimento da inconstitucionalidade do sistema sucessório do companheiro e a aplicação das regras hereditárias do cônjuge; 8.5 Críticas (merecidas) ao sistema sucessório do casamento e da união estável consagrado pelo Supremo Tribunal Federal; 8.6 Necessidade de prova da qualidade de companheiro para a reclamação de direitos sucessórios; 8.7 Inexistência de concorrência entre o companheiro e os colaterais; 8.8 O caráter residual da herança jacente e vacante e a não concorrência entre o companheiro e a Fazenda Pública; 8.9 O direito real de habitação do companheiro sobrevivente; 8.10 O concubinato, a união estável putativa e a (in) existência de direito sucessório; 8.11 Regra de transição para a aplicação do sistema sucessório do casamento na união estável; 9. A sucessão dos colaterais.

“A morte é rainha que reina sozinha
 Não precisa do nosso chamado
 Recado
 Pra chegar
 Ociosas, oh sim
 As rainhas são quase sempre prontas
 Ao chamado dos súditos
 Súbito colapso
 Pode ser a forma da morte chegar
 Não precisa de muito cuidado
 Ela mesma se cuida
 É rainha que reina sozinha
 Não precisa do nosso chamado
 Medo
 Pra chegar.”

(Gilberto Gil, *A morte,*
 de Gilberto Gil)¹

1. NOÇÕES GERAIS E HISTÓRICAS SOBRE A SUCESSÃO LEGÍTIMA

Em linguagem direta e facilitada, a “*sucessão legítima* é a deferida por determinação de lei, em atenção ao vínculo familiar ou, na falta deste, ao vínculo político, existente entre a pessoa do sucedendo e a do sucessor”, como preleciona Clóvis Beviláqua.²

A *sucessão legítima*, também chamada de *sucessão intestada* ou *ab intestato*, tem como base a liberdade do autor da herança, exercida por omissão, e uma responsabilidade familiar mínima. Efetivamente, o presumido vínculo sentimental afetivo³ estabelecido entre pessoas de um núcleo familiar induz ao silêncio do *actor hereditatis*, com vistas a aderir à previsão legal de transmissão patrimonial. A sua premissa fundante é a de que o autor da herança, por ter se mantido silente, gostaria de beneficiar os seus familiares, em ordem de proximidade, e o seu cônjuge ou companheiro com o patrimônio que vier a deixar, quando de seu passamento. Para tanto, é estabelecida uma *ordem de vocação hereditária*, preferencial e taxativa, com a indicação das pessoas que serão convocadas.

1. Explica o autor que a composição foi elaborada “em Londres, quando eu voltei para lá, em 1972, para arrumar as coisas para regressar ao Brasil em definitivo. Ela veio de um daqueles *insights*, de uma daquelas emanações de sentimento profundo que dão num pensamento. A canção faz uma associação interessante da morte com as rainhas ociosas e dos seus súditos com a gente”, RENNÓ, Carlos (org.), *Gilberto Gil*: todas as letras, São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 153.
2. BEVILÁQUA, Clóvis, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 103.
3. Em obra de riqueza invulgar, o historiador francês Philippe Ariès, a partir de um paralelo com as artes iconográficas da época, detecta que, desde o Século XVII, o “sentimento moderno de família penetrou na devoção comum (da sociedade). O sinal mais antigo dessa devoção, ainda muito discreto, *aparece no hábito iniciado pelos doadores de quadros ou vitrais da Igreja de agrupar ao seu redor toda a família*, e, ainda mais, no costume posterior de associar a família ao culto do santo padroeiro”, ARIÈS, Philippe, cf. *História social da criança e da família*, cit., p. 215.

Mas nem sempre se admitiu a sucessão legítima.

Houve tempo em que se duvidou da existência de alguma força benéfica na sucessão legítima. Pensadores de escol, como Augusto Comte, Stuart Mill e o próprio Montesquieu, colocaram em xeque a previsão legislativa de sucessão em favor de parentes.

Desde o Direito Romano, todavia, a sucessão legítima vem merecendo assento nos sistemas jurídicos positivos. É bem verdade que, naquele momento, a sucessão estava vinculada à propriedade privada e ao culto religioso: “o filho (primogênito) era o natural e obrigatório continuador do culto, da mesma forma que herdava também os bens”, consoante a lição de Fustel de Coulanges.⁴

É bem verdade que os exegetas do jusnaturalismo chegaram a fundamentá-la em critério psíquico, afirmando que o ordenamento legal se mostrava providente e distribuiria o patrimônio do extinto em conformidade com a tradução de sua vontade. Não parece a melhor explicação. Com efeito, observando a obrigatoriedade de transmissão aos herdeiros necessários, nota-se que essa vontade presumida subsistiria “mesmo quando a presunção é destruída, e essa afeição que, nos estos de sua miraculosa expansão, abrangeria e premiaria até os parentes ignorados”,⁵ deixando antever, nessa hipótese, um completo abandono da vontade do titular, ignorando-a.

Outros autores estabeleceram como espeque da sucessão legal a ordem familiar. Dispõe que a sua base decorre do caráter ético e social da família, em virtude dos quais um indivíduo deve prover as exigências econômicas de sua família, mesmo depois da morte.⁶

Indubitavelmente, a justificativa mais racional e refletida sobre a sucessão legítima demonstra que a sua verdadeira âncora é o mesmo fundamento que serve de lastro ao próprio Direito das Sucessões como um todo: a vontade (nesse caso, por omissão) do autor da herança entremeada com a responsabilidade material pela manutenção mínima do núcleo familiar mais próximo. Simultaneamente, portanto, se apresenta com um caráter *supletivo* e *limitador* da vontade do titular.

Com efeito, a omissão do titular do patrimônio em estabelecer testamento deve funcionar como uma manifestação volitiva tácita de que pretende a transmissão do patrimônio para as pessoas contempladas em lei. Além disso, a restrição ao limite do testamento quando existem herdeiros necessários (aos quais se garante um mínimo patrimonial, correspondente à legítima) é de ser vista como um mecanismo de proteção e manutenção dos familiares (parentes e cônjuge ou companheiro) que sobreviveram ao falecido. O afeto que entrelaça os componentes de uma entidade familiar serve de

4. COULANGES, Numa Denis Fustel de, cf. *A cidade antiga*, cit., p. 58. E acresce: “a sucessão passa sempre aos varões e aos descendentes dos varões”, privando a filha.

5. BEVILÁQUA, Clóvis, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 105.

6. Chegam mesmo a dizer que toda a matéria sucessória “está ligada à proteção à família e esta é uma instituição fundamental da sociedade”, NADER, Paulo, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p. 137.

mola propulsora para justificar uma proteção patrimonial deles quando o desalento se abate sobre as pessoas, em virtude da inestimável perda.

Passando em revista as diferentes teses, Luís Díez-Picazo y Antonio Gullón, com a experiência de juízes da Corte Suprema espanhola, resumem:

“Para alguns, a sucessão intestada vem a ser uma espécie de testamento feito pela lei com uma presumida vontade do causante, de acordo com a ordem natural do afeto. Frente a isto, se tem objetado que sucessão legítima independe da testamentária e que essa presumida vontade não passa de uma ficção. Para outros autores, a sucessão intestada encontra fundamento jurídico no princípio de ordem familiar [...] O fundamento familiar é insuficiente para explicar a sucessão legítima pois contempla unicamente a sucessão em favor dos parentes [...] Cremos que o fundamento da sucessão intestada é o mesmo do fenômeno sucessório em geral. A sucessão legítima não mais é do que uma consequência da preferência outorgada, sob o ponto de vista da política jurídica, à sucessão testamentária. O caráter da sucessão *ab intestato* é de um regime supletivo que funciona na ausência de negócio privado ordenador da sucessão, suprimindo a lacuna.”⁷

Transmite-se, pois, o patrimônio de uma falecida pessoa para os seus familiares, por conta da ausência de manifestação testamentária, bem como para garantir uma mantença mínima da integridade individual e familiar de alguns familiares mais próximos (descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro).

Com esse esteio, o sistema jurídico brasileiro contemporâneo estabelece diferentes possibilidades sucessórias, procurando conciliar a *autonomia privada* e a *especial proteção da família* (CF, art. 226). Afasta-se a ideia de liberdade absoluta de testamento, típica do direito inglês. Assim, consagra-se um sistema dual sucessório: i) a sucessão legítima, determinada por força de lei, em favor de pessoas previamente estabelecidas no próprio Código Civil; ii) a sucessão testamentária, organizada de acordo com a vontade do autor da herança, expressa em declaração de última vontade, testamento.

Vocaliza, nesse passo, o art. 1.786 da Codificação de 2002: “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

A *sucessão legítima* é chamada de *testamento tácito* ou *sucessão ab intestato* (sem testamento) porque decorre da norma legal, independentemente de qualquer declaração volitiva do *auctor hereditatis*, beneficiando, por ordem preferencial, as pessoas previamente contempladas no Código Civil (art. 1.829) e que, muito provavelmente, ele gostaria de transmitir o seu patrimônio. Daí a conhecida frase do jurista belga Henri de Page de que a sucessão legítima “é um *testamento-modelo*, o testamento do homem racional”.⁸

Não se olvide que a sucessão legítima é impositiva quando o autor da herança tiver *herdeiros necessários* (CC, art. 1.845: descendentes, ascendentes e cônjuge – e,

7. DIÉZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio, cf. *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 207-208.

8. PAGE, Henri de, cf. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, cit., p. 869.

por óbvio, em interpretação conforme a Constituição, também compreendido como herdeiro necessário o companheiro, malgrado silente o texto expresso da norma codificada). Havendo herdeiro necessário, a sucessão legítima é impositiva ao autor da herança, que somente poderá dispor, no testamento, da metade de seu patrimônio líquido. Isso porque a outra metade se torna indisponível à sua vontade, restando bloqueada. Esta porção indisponibilizada chama-se *legítima*. A base justificadora da legítima é, sem dúvida, a solidariedade social e familiar. Pretende-se garantir a determinados familiares (descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro) um percentual mínimo de patrimônio para garantir a subsistência.

A outro giro, a sucessão testamentária decorre de uma declaração expressa de vontade do autor da herança, escolhendo as pessoas que pretende beneficiar e a porção patrimonial que deixará para cada uma delas. É manifestação clara da autonomia privada.

Contudo, o poder de dispor livremente em testamento sofre restrições no caso de existir algum *herdeiro necessário*. Nessa hipótese, somente é possível dispor da metade do patrimônio líquido disponível, por conta do imperioso respeito à legítima. Diz, *in litteris*, o art. 1.789 do Código Reale: “*havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança*”. A *sucessão legítima*, nesse caso, evidencia a sua *função limitativa* da autonomia privada, em face da existência de herdeiro necessário. Ademais, não possuindo herdeiro necessário, mas não dispondo o titular integralmente do seu patrimônio no testamento, os bens remanescentes se submetem à *sucessão legítima* – que, agora, se apresenta com uma visível *função subsidiária*.⁹

Outrossim, essa duplicidade de funções da sucessão legítima explicita a possibilidade de concomitância entre a sucessão legítima e testamentária. Isto ocorre quando: *i*) o autor da herança tem herdeiros necessários, somente podendo dispor da cota disponível em testamento; *ii*) quando, apesar de não ter herdeiros necessários, o titular do patrimônio opta por não dispor da integralidade do seu patrimônio na declaração de última vontade. Nesse segundo caso, os bens não testados ficarão para os herdeiros legítimos facultativos existentes (colaterais, por exemplo).

É o que exsurge do comando do art. 1.788 da Lei Civil:

Art. 1.788, Código Civil:

“Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.”¹⁰

9. Seguindo a mesma linha perfilhada pelo nosso sistema, na vizinha Colômbia, “as leis reguladoras da sucessão intestada são de caráter supletório [...] Primeiro serão pagas das designações testamentárias e o remanescente ficará para os herdeiros legais”, com a garantia mínima da legítima, FUERTES, Ramírez, cf. *Sucesiones*, cit., p. 52.

10. A redação do texto legal evidencia atécnica, mostrando-se imperfeita. É que alude o legislador somente ao testamento “nulo”. Esqueceu que “nulidade” é apenas uma das espécies do gênero “invalidade”. Ao lado daquela (nulidade) está a “anulabilidade”. Assim, deve ser emprestada ao dispositivo interpretação racional e sistêmica, entendendo a expressão “nulo” como “inválido”, de modo a abarcar, por igual, os casos de anulabilidade.

Há, como visto anteriormente, uma prevalência da *sucessão testamentária*, em visível *homenagem à autonomia privada*, consagrada a regra de que somente incidem as regras da sucessão legítima se não houver testamento, se nele não se dispuser integralmente do patrimônio (é o chamado *testamento incompleto*) ou, finalmente, se ele for inválido ou caduco. Vale dizer: a sucessão legítima é subsidiária, somente incidindo em suprimento da vontade do titular dos bens.

Por evidente, havendo herdeiros necessários, a liberdade de testar sofre uma redução, na medida em que se resguarda a legítima (metade do patrimônio líquido do titular). Nesse caso, havendo testamento, coexistirá, tranquilamente, com a sucessão legítima.

Inexistindo herdeiro – necessário ou facultativo –, o Poder Público arrecadará o patrimônio remanescente, através do procedimento especial de herança jacente e vacante.

2. A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA COMO REFERÊNCIA DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

Como visto alhures, malgrado a sua feição supletiva, em nosso País a sucessão legítima está revestida de grande importância. A uma, porque havendo herdeiro necessário, há uma imposição legal de incidência das regras da sucessão legítima, pelo menos no que diz respeito à legítima (porção indisponível). A duas, por conta de uma constatação social de que o brasileiro, tradicionalmente, não é dado à celebração de testamento, o que gera uma conclusão de que se satisfaz com a ordem de vocação sucessória apresentada pelo Código Civil.

Washington de Barros Monteiro problematiza: “instintiva sabedoria do nosso povo, que, intuitivamente, sente a superioridade da primeira forma de sucessão (legítima), em que vislumbra obra de Deus, em contraste com a segunda (testamentária), fruto, muitas vezes, da fraqueza humana e das suas paixões? Pueril temor de acelerar a morte com a feitura do testamento? Timidez, apego à vida, ideias supersticiosas, que fazem detestar a expressão formal das últimas vontades, caminhando-se assim, numa feliz imagem, de costas para a morte, com os olhos apenas voltados para a vida? [...] As causas de abstenção (testamentárias) são realmente complexas, fato inegável, o uso do testamento não é tão frequente entre nós, como se poderia imaginar”.¹¹

Com isso, infere-se que a grande maioria da população brasileira aceita a sucessão intestada, baseada na ordem de vocação hereditária, como a maneira desejada de transmissão do patrimônio após a morte. Leva-se em conta, pelo visto, os laços afetivos e uma certa obrigação natural, de origem religiosa, remontando a transmissão da manutenção do culto na antiga Grécia e Roma, de deixar algo aos seus familiares.

11. MONTEIRO, Washington de Barros, cf. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*, cit., p. 123.

A ordem de vocação hereditária é a indicação legal, apresentando a lista das pessoas que serão convocadas a participar da sucessão por força de lei. Enfim, é o *rol dos sucessíveis*.¹²

Trata-se, pois, da *espinha dorsal*¹³ da sucessão legítima, ao indicar quem são os familiares que, distribuídos em classes diferentes, preferenciais entre si, serão chamados a suceder o falecido nas suas relações patrimoniais. Ou seja, é um rol organizado em *classes*, por ordem *preferencial*.

As pessoas que figuram na ordem de vocação sucessória são escolhidas por critério de *política legislativa e jurídica*, decorrendo dos anseios sociais e influxos familiares próprios de cada tempo e lugar. Lacônico, porém preciso, Caio Mário da Silva Pereira assegura: “assim é porque o legislador assim quer. No plano histórico-comparativo, é possível ir mais longe e atestar que assim tem sido”.¹⁴

É certo – e isso não se põe em dúvida, sequer remota – de que a evolução do conceito de família, que é cambiante, sofrendo as sucessivas rupturas que a história e os valores da sociedade impõem, determina modificações na ordem de vocação sucessória adotada por cada país. Enfim, “não cabe dúvida de que a evolução da família, seu estreitamento e suas alterações, impõem reajustes na ordem sucessória”, como expõem Luís Díez-Picazo e Antonio Gullón.¹⁵

Ilustrativamente, vale a lembrança de que, em priscas eras, na Antiga Roma, com a Novela 127 de Justiniano, a sucessão regular era deferida aos descendentes, aos ascendentes conjuntamente com os irmãos e aos colaterais. Lado outro, a sucessão irregular beneficiava o cônjuge sobrevivente, a concubina, a cúria e o Fisco.

Não se olvide, ainda, que, no direito brasileiro, nas primeiras décadas do século passado a ordem de vocação hereditária abrangia o colateral até o décimo grau.¹⁶ Com o passar do tempo, a abertura e a pluralidade das relações sociais, bem como a liquidez das relações humanas e afetivas, impuseram uma compreensão mais objetiva e racional da família.

Sobre essa liquidez das relações afetivas, o festejado pensador polonês, radicado na Grã-Bretanha, Zygmunt Bauman, em seu *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos* (Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004), detecta que as relações humanas estão cada vez mais flexíveis e frágeis. As pessoas conferem mais importância aos relacionamentos em “rede” (pela *internet*, através de bate-papo, *e-mail*, *facebook*,

12. “A ordem de vocação hereditária é a relação preferencial, estabelecida por lei, das pessoas que serão chamadas a suceder o finado”, RODRIGUES, Sílvio, cf. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, cit., p. 94.

13. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 127.

14. PEREIRA, Caio Mário da Silva, cf. *Instituições de Direito Civil*, cit., p. 67. E acresce: “um mergulho em profundidade pelos sistemas jurídicos do passado revela como as civilizações antigas cuidavam de disciplinar a transmissão de bens aos herdeiros chamados a suceder, independentemente da vontade do defunto. Uma pesquisa pela atualidade dos sistemas acusa a sua incidência constante (da vontade legislativa).”

15. DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio, cf. *Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 208.

16. Até o advento da Lei nº 1.839, em 1907, era alcançados os colaterais até o décimo grau na consanguinidade.

mensagens de texto, *WhatsApp* etc.) que podem ser desmanchados a qualquer momento e muito facilmente. Não mais se investe em um relacionamento a longo prazo. É a tônica, não só das relações amorosas e familiares, mas da vida humana de maneira geral. Os relacionamentos afetivos se tornam verdadeiras mercadorias. Pretende-se alguém para viver da maneira esperada pela sociedade, mesmo que sem um vínculo de cumplicidade, apenas para procriar e se apresentar socialmente. Já no epílogo do seu prefácio, o autor prospecta a sua pretensão literária: “*este livro é dedicado aos riscos e às ansiedades de se viver junto, e separado, em nosso líquido mundo moderno*”.

Em nossos dias, observa-se uma tendência de ampliação da proteção do cônjuge e do companheiro, reconhecendo que a facilitação do divórcio induz a uma situação na qual o cônjuge ou o companheiro sobrevivente não é, em grande número de vezes, o ascendente (pai ou mãe) do descendente que está recebendo a herança. A reconstituição familiar produz efeitos claros no âmbito sucessório.

De fato, os anseios de realização profissional plena, a superação do caráter indissolúvel do casamento, a pluralidade de mecanismos familiares e pulverização da expressão afetiva marcam um novo tempo, exigindo uma nova conformação da ordem sucessória.

Com isso, notou-se uma premente necessidade de romper com a ordem de vocação sucessória estabelecida no Código Civil de 1916, decorrente do seu art. 1.603.¹⁷ Naquela ambiência, a herança era destinada preferencialmente ao *descendente* e, em sua ausência, ao *ascendente*. O cônjuge (posteriormente, acompanhado pelo *companheiro*) receberia somente na ausência de ambas as classes antecedentes. Os *colaterais* sucederiam não existindo quaisquer dos familiares antes mencionados, seguido, no mesmo critério, pela *Fazenda Pública*.

Como é rara a ocorrência de óbito sem que o *de cujus* deixe descendentes ou ascendentes, o legislador resolveu compensar o consorte sobrevivente com o direito ao *usufruto legal decorrente da viuvez* (chamado de *usufruto viudal*) e a administração do patrimônio deixado aos descendentes ou ascendentes, no percentual de vinte e cinco ou cinquenta por cento, a depender do regime de bens. Ora, com a possibilidade de recomposição familiar (famílias *ensambladas*)¹⁸ revelou-se, com clarividência, que um cônjuge, ou companheiro, viúvo não é, necessariamente, o pai ou a mãe dos filhos

17. Art. 1.603, Código Civil de 1916: “a sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes; II – aos ascendentes; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais; V – Aos Estados, ao Distrito Federal ou a União. V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União”. Em acréscimo, as Leis no 8.971/94 e 9.278/96 que, pioneiramente, disciplinaram a união estável, garantiram ao companheiro sobrevivente tratamento paritário com o cônjuge supérstite, reconhecendo a sua presença na ordem de vocação sucessória em absoluta igualdade.”

18. “As famílias reconstituídas (ou, como preferem os argentinos, *familias ensambladas*, *stepfamily* em vernáculo inglês ou, ainda, na linguagem francesa, *famille recomposée*) são entidades familiares decorrentes de uma recomposição afetiva, nas quais, pelo menos, um dos interessados traz filhos ou mesmo situações jurídicas decorrentes de um relacionamento familiar anterior. É o clássico exemplo das famílias nas quais um dos participantes é padrasto ou madrasta de filho anteriormente nascido”, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Curso de Direito Civil: Famílias*, cit., p. 92.

deixados pelo falecido. Assim, o *usufruto vidual* – decorrente da viuvez – se mostrou uma inesgotável fonte de conflitos e terminou, inclusive, por estabelecer litígios gravíssimos, com nefastas consequências. Imagine-se que o extinto deixou uma empresa e filhos de uma relação anterior, além da viúva, sem filhos. O patrimônio empresarial era transmitido para os filhos, mas a viúva, que deles não era ascendente, teria a administração e o usufruto da empresa, deixando clara a potencialidade de beligerância.¹⁹

Houve por bem o codificador, então, em revogar o usufruto vidual “por perda da necessidade prática da sua instituição em favor do cônjuge sobrevivente..., uma vez que este passou a herdar sempre que não lhe faltar legitimidade para tanto, consoante a aguçada percepção de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.²⁰

Detectou-se, nessa linha de ideias, uma premente necessidade de atualização da ordem de vocação hereditária, para *colocar um fim no usufruto vidual*, harmonizando-a com a nova arquitetura da família. Com isso, o que se transmitir aos descendentes e aos ascendentes de pleno direito lhes pertencerá, sem qualquer direito real limitador.

No entanto, como forma compensatória pela perda do usufruto vidual, o cônjuge e o companheiro passaram a ter uma porção da herança, em concorrência direta com os descendentes e os ascendentes.

Abraçando essas ideias, o art. 1.829 do Código Civil estabeleceu, entre nós outros, a ordem de vocação sucessória:

Art. 1.829, Código Civil:

“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 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.”

Por lastimável atécnica e evidente erro de sistematização, a redação originária do Código Civil de 2002 conferiu à sucessão do companheiro sobrevivente um regramento bastante diferenciado em relação ao do cônjuge. A atécnica legislativa, inclusive, chegou a ser, inclusive, topológica, na medida em que a sucessão do companheiro estava disciplinada pelas regras da Sucessão em Geral – o que, a toda evidência, se mostrava incoerente, uma vez que deveria integrar a sucessão legítima.

19. Em texto específico sobre o tema, escrito na década de 90 do século passado, já se dizia que o usufruto vidual apresentava “certos inconvenientes”, “pela indefinição do legislador quanto à incidência ou não na legítima, pela dificuldade prática de aplicação, sobretudo no caso de prédios rústicos, à vista de questões referentes à administração da coisa e à distribuição de frutos; e, enfim, por prejudicar a circulação dos bens”, desvalorizando a propriedade, TEPEDINO, Gustavo, cf. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*, cit., p. 103.

20. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, cf. *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 216.

Além disso, o texto primitivo do art. 1.790 da Codificação (declarado inconstitucional pela Suprema Corte) dedicava um tratamento completamente diferenciado à sucessão na união estável, impondo ao companheiro uma absurda concorrência com os colaterais até o quarto grau. Dispunha a redação original do comando legal em referência:

Art. 1.790, Código Civil:

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

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

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

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

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

A conjuminância dos citados dispositivos legais conduz, com facilidade e segurança, à conclusão de que as classes sucessórias sequenciais do direito brasileiro estabelecidas pelo direito brasileiro eram: *i)* em *primeiro lugar*, os descendentes, juntamente com o cônjuge ou companheiro sobrevivente; *ii)* em seguida, os ascendentes, ao lado do cônjuge ou do companheiro supérstite; *iii)* o cônjuge sobrevivente sozinho; *iv)* os colaterais até o quarto grau, em concorrência com o companheiro supérstite; *v)* e, finalmente, o companheiro sobrevivente sozinho.²¹

A ideia central dessa ordem de vocação sucessória saltava aos olhos com facilidade: *extinguir o usufruto vidual* em favor do cônjuge ou companheiro, compensando-o com a atribuição de herança, em concorrência com o descendente ou ascendente – que, não se esqueça, pode não ser seu parente natural. Deixou de ser *usufrutuário* de uma parte do patrimônio transmitido aos descendentes ou aos ascendentes e passou a ser *proprietário*, recebendo a titularidade de parte dos bens do falecido, ladeando os descendentes e ascendentes.

É interessante perceber que essa considerável valorização sucessória do cônjuge e do companheiro surge em franco paradoxo com a facilitação da dissolução da relação afetiva. O divórcio, entre nós outros, desde o advento da Emenda Constitucional 66/10, não mais exige prazo ou indicação da causa, sendo um verdadeiro *direito potestativo extintivo* de cada consorte. Assim, o sistema jurídico protege a vontade de não permanecer casado – que nada mais é do que a outra face da moeda da *liberdade de casar*. Noutra margem, em relação à dissolução do casamento por morte,

21. A assertiva é compartilhada por ampla maioria doutrinária: DIAS, Maria Berenice, cf. *Manual das Sucessões*, cit., p. 128; GONÇALVES, Carlos Roberto, cf. *Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 143-144; CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 312; NOGUEIRA, Cláudia de Almeida, *Direito das Sucessões*, cit., p. 63-64; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, cf. *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 215; RODRIGUES, Sílvio, cf. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, cit., p. 94.

o cônjuge ou companheiro-viúvo terá uma “muito privilegiada proteção sucessória”, o que revela a contraditória conclusão apontada por José de Oliveira Ascensão: “a lei só se preocupa em favorecer o vínculo conjugal depois de ele ser dissolvido. A lei tende a conceber o casamento como um instituto *mortis causa*”.²²

A nós, parece que o tema está a exigir cuidadosa reflexão, na medida em que o excessivo benefício sucessório do cônjuge tem como premissa uma proteção patrimonial diferenciada da mulher,²³ por conta de uma suposta hipossuficiência, o que se põe em rota de colisão com a isonomia constitucional. Em meio a um modelo aberto, plural e múltiplo de família não se mostraria mais coerente transmitir a herança, prioritariamente, para os descendentes apenas? Garantir-se-ia ao consorte sobrevivente o direito à meação, a depender do regime de bens, e, caso o falecido em vida tivesse desejado, uma cota-parte da sucessão testamentária. Ou seja, reconheceria ao casal *a plena liberdade de organização de seu patrimônio*, retirando a ideia (patrimonialista e egoística) de que o casamento tem de produzir efeitos econômicos, vantagens para os cônjuges, como uma espécie de retribuição afetiva. Se o casal deseja efeitos sucessórios, disporia nesse sentido; nada dizendo, a herança de cada um ficaria para os seus filhos – que não necessariamente são filhos do outro no mundo pós-moderno...

Outrossim, jamais defendemos uma disparidade de tratamento sucessório no casamento e na união estável, com o estabelecimento de regras diferenciadas injustificáveis. Assim sendo, entendemos, desde a primeira edição desta obra, ser incompatível com o Texto Constitucional o tratamento distintivo entre cônjuge e companheiro – o que, posteriormente, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 878.694/MG, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.5.17).

De qualquer maneira, singrando os mares desbravados pela ordem de vocação sucessória estabelecida pela redação primitiva do Código Civil de 2002, percebe-se uma clara diferença em relação ao sistema hereditário antes vigente:

- i) O cônjuge e o companheiro foram bastante beneficiados, tornando-se herdeiros *constantemente* ao concorrer com os descendentes e os ascendentes (e o companheiro concorrendo, também, com os colaterais), além de necessários;
- ii) Os descendentes e os ascendentes perderam um pedaço de suas frações hereditárias para o cônjuge e o companheiro;²⁴

22. ASCENSÃO, José de Oliveira, cf. *Direito Civil: Sucessões*, cit., p. 352-353.

23. Já se disse, em página visivelmente discriminatória, que “a fortuna do marido encontra na sábia economia da mulher um poderoso elemento de conservação e desenvolvimento que é, muitas vezes, para cercar uma esposa amada, de conforto e de gozos, que o homem luta e vence no conflito vital”, BEVILÁQUA, Clóvis, cf. *Direito das Sucessões*, cit., p. 181.

24. Pontua Eduardo de Oliveira Leite que “em guinada abrupta e ascensão vertiginosa, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes (em primeiro lugar) e com os ascendentes (em segundo lugar): deixa de ser herdeiro legítimo facultativo e passa a ocupar o *status* de herdeiro legítimo necessário. Da terceira posição que ocupava no início do século (passado), na ordem de vocação hereditária passa, agora, para o primeiro lugar na ordem de preferência”, LEITE, Eduardo de Oliveira, cf. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p. 215-216.

- iii) Quebrou-se a histórica paridade de tratamento sucessório entre o cônjuge e o companheiro (que foi preconizada pelo §3º do art. 226 da Constituição e, posteriormente, lapidada pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96), uma vez que, de acordo com o texto codificado, este somente sucede sozinho na ausência, até mesmo, de colaterais até o quarto grau – o que, note-se *en passant*, é de raríssima ocorrência;²⁵
- iv) A Fazenda Pública deixou de ser qualificada como herdeira legítima, em boa hora. Em verdade, o Poder Público não é herdeiro, recolhendo os bens deixados pelo falecido na ausência de herdeiros, por meio do procedimento de herança jacente e vacante.²⁶

Frente ao exposto, a ordem de vocação hereditária (sucessão legítima) entabulada pela Codificação de 2002 explicita ser possível a ocorrência de diferentes chamamentos sucessórios: *i*) chamamento do descendente, concorrendo com o cônjuge ou companheiro, ou, inexistindo estes, sozinho; *ii*) chamamento do ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro supérstite, ou, inexistindo, isoladamente; *iii*) chamamento do cônjuge sobrevivente sozinho; *iv*) chamamento dos colaterais até o quarto grau (primos, tio-avô e sobrinho-neto) em concorrência com o companheiro sobrevivente; *v*) chamamento do companheiro sobrevivente só, quando não há colateral. Ausentes todas essas combinações sucessórias, a herança se destinará à Fazenda Pública.

De fato, como bem percebe a nossa doutrina, “tradicionalmente, os descendentes figuraram em primeiro lugar na ordem de vocação hereditária. Continuam ocupando o primeiro posto na escala da vocação hereditária, porém agora o dividem com o cônjuge sobrevivente” ou o companheiro.²⁷

Alçado ao *status* de herdeiro necessário e permanente, há de se pontuar que não se confunde, sequer longinquamente, o direito à *herança* com o direito à *meação* do cônjuge ou do companheiro. Aquele direito (herança) é atribuído ao cônjuge sobre o *patrimônio pertencente ao falecido consorte*, em concorrência com o descendente ou ascendente ou, na ausência deles, sozinho. Este direito (meatório) é próprio, decorrendo do regime de bens do casamento ou da união estável. Dissolvido o casamento pelo divórcio, cada consorte terá direito meatório, a depender do regime de bens do casal. Diferentemente, extinta a relação pela morte de um deles, o(a) viúvo(a) fará jus à meação, de acordo com o regime de

25. Ratificamos as palavras certas de Maria Berenice Dias: “reconhecida constitucionalmente a união estável como entidade familiar, desfrutam os conviventes dos mesmos *status* que os cônjuges. O legislador cuidou da sucessão na união estável em um único artigo (CC, art. 1.790), inserindo o companheiro no quarto lugar, depois dos parentes colaterais, primos, sobrinhos-netos e tios-avôs. Somente na hipótese de não existir nenhum parente é que adquire a qualidade de herdeiro”, DIAS, Maria Berenice, cf. *Manual das Sucessões*, cit., p. 139.

26. A melhor doutrina engrossa o coro: “o Estado não é, contudo, um herdeiro. Adquire os bens por direito próprio, em virtude de se tornarem vacantes pela falta de sucessores. O fundamento de sua sucessão é político e social”, PEREIRA, Caio Mário da Silva, cf. *Instituições de Direito Civil*, cit., p. 76.

27. OLIVEIRA, James Eduardo de, cf. *Código Civil Anotado e Comentado*, cit., p. 1688.

bens, e, além dela, participará da sucessão do falecido consorte, juntamente com os seus descendentes, com os seus ascendentes ou, na ausência deles, recolherá todo o patrimônio sozinho.²⁸

Apresenta-se, agora, um quadro esquemático da sucessão legítima no texto codificado originário para facilitação da compreensão genérica da matéria:

Ordem de vocação hereditária na redação originária do Código Civil de 2002 (arts. 1.829 e 1.790)
Descendentes (+ cônjuge ou companheiro sobrevivente)
Ascendentes (+ cônjuge ou companheiro sobrevivente)
Cônjuge sobrevivente sozinho
Colaterais até o quarto grau (+ companheiro sobrevivente)
Companheiro sobrevivente sozinho

A referida ordem de vocação sucessória definida pela Codificação de 2002 foi alterada pela decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 1.790 (que disciplinava a sucessão na união estável), determinando que o regime jurídico sucessório do companheiro seja o mesmo dedicado ao cônjuge, a partir das regras do art. 1.829 do mesmo *Codex* (STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 878.694/MG, rel. Min. Luís Roberto Barroso). Com isso, a posição sucessória do companheiro será, rigorosamente, a mesma do cônjuge, não se tolerando tratamento distinto.

Uma última palavra deve ser apresentada acerca da *inexistência de direito sucessório em favor dos parentes por afinidade*, como deflui da simples – e ainda que perfunctória – leitura do comando legal citado (CC, art. 1.829).

No sistema jurídico brasileiro, por expressa disposição legal, o casamento e a união estável (hetero ou homoafetivos) podem dar vazão a um tipo específico de parentesco, chamado de *afinidade*. Pois bem, através do parentesco por afinidade são estabelecidos liames vinculatórios entre um cônjuge ou companheiro e os parentes (naturais e civis) do outro consorte ou convivente. A partir da disposição contida no art. 1.595 do Estatuto da Cidadania, a afinidade é o laço que une cada um dos cônjuges ou companheiros aos parentes do outro: “*cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade*”. Portanto, a afinidade depende da celebração de um casamento ou da constituição de uma união estável.

Submete-se o parentesco por afinidade à regra da *simetria*. Dessa forma, o *parentesco por afinidade* será estabelecido por simetria em relação ao parentesco

28. “O cônjuge supérstite casado no regime de comunhão parcial com o falecido, tendo este deixado bens particulares, além de sua meação, concorre com os descendentes, na sucessão legítima, participando da totalidade do acervo da herança, consoante a ordem de vocação hereditária estabelecida no art. 1.829 do Código Civil de 2002” (TJ/DFT, Ac. 5ª T. Cível, AgInstr. 2004.00.2.009630-8, Rel. Des. Décio Vieira, DJU 25.5.06, p. 151).

remanescente para o Poder Público – que se mostra mais merecedor da proteção do que os parentes afins existentes.³⁴

Prospectando construtiva e racionalmente a legislação, entendemos que a afinidade deveria produzir outros efeitos jurídicos, inclusive no âmbito sucessório. Se a afinidade é uma espécie de parentesco, tendo em vista a inexorável solidariedade que deve nortear as relações familiares, justifica-se a produção de outros efeitos. Um bom exemplo é o reconhecimento da legitimidade para promover a ação de curatela do parente por afinidade, uma vez que o art. 747 do Código de Processo Civil de 2015³⁵ menciona, apenas, *parentes* (e a afinidade gera parentesco), sem promover limitações.

Perlustrando o caminho, parece-nos que não se deve amesquinhar a afinidade em efeitos somente relativos à proibição do casamento, como terminou estabelecendo o Código de 2002. Se o parentesco é fundado na solidariedade familiar, natural que, inexistindo parentes mais próximos, os parentes por afinidade sejam compelidos a prestar alimentos. E, exatamente com essa lógica, afigura-se-nos mais razoável conferir a herança aos parentes por afinidade do que à Fazenda Pública, na ausência de parentes mais próximos.

Embora sem externar, expressamente, essa mesma conclusão, Zeno Veloso termina por insinuar a sua adesão à conclusão, ao dizer que “a presença marcante, numerosa, viva, no meio social, de novos arranjos, de novos modelos de famílias, vem ordenando a meditação, a ponderação, ensejando o reexame de questões que pareciam adormecidas, resolvidas, há anos e muitos anos”.³⁶

Por lógica, esse direito sucessório dos parentes por afinidade obedeceria à regra da proximidade, assumindo caráter residual, somente se transferindo o patrimônio para os afins na absoluta ausência de parentes consanguíneos ou adotivos mais próximos, apenas com o fito de impedir a caracterização da jacência e vacância da herança.

3. A HERANÇA JACENTE E A HERANÇA VACANTE

3.1. Generalidades: a sucessão sem herdeiro legítimo ou instituído (testamentário)

Como delineado antes, a sucessão pode se basear na vontade do *actor hereditatis* (sucessão testamentária) ou na ordem de vocação hereditária (sucessão legítima).

34. “Ainda que demonstrado o vínculo de parentesco por afinidade na linha reta, tal liame *não legitima esse parente a demandar Ação de Petição de Herança* em desfavor do espólio do *de cujus*” (TJ/PB, Ac. unân. 2ª Câmara Cível, Ap. Cív. 073.2007.002572-8/001 – comarca de Cabedelo, Rel. Desa. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti, j. 29.4.08).

35. Art. 747, Código de Processo Civil: “a interdição pode ser promovida: I – pelo cônjuge ou companheiro; II – pelos parentes ou tutores; III – pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interdito; IV – pelo Ministério Público”.

36. VELOSO, Zeno, cf. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*, cit., p. 83.

Entrementes, falecendo alguém sem deixar testamento e sem deixar herdeiros notoriamente conhecidos, o seu patrimônio será arrecadado e nomeado um curador especial que administrará e guardará os bens até que sejam entregues ao sucessor que se habilitar, posteriormente, ou até que seja declarada a sua vacância, sendo arrecadados pelo Poder Público.

Frise-se que não se considera o Estado como um sucessor legítimo, “pois adquire os bens deixados pelo falecido precisamente em virtude de um fato, que é a inexistência de herdeiros”, como ressalta Euclides de Oliveira.³⁷

Dispõe, textualmente, o art. 1.819 do Estatuto Civil:

Art. 1.819, Código Civil:

“Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.”

É de se notar que o juiz pode (*rectius*, deve, quando tiver conhecimento) de-terminar a abertura do inventário *ex officio por meio de portaria, afastada a regra nemo iudex sine actore (o juiz não atua sem provocação do interessado)*. E, bem por isso, pode o magistrado nomear o curador da herança jacente, independentemente de pedido expresso.

O procedimento de herança jacente e vacante pode se originar, ainda, da conversão de um inventário no qual não se localizou qualquer herdeiro ou legatário.³⁸

Cuida-se de um procedimento especial de jurisdição voluntária, bifásico e escalonado, com disciplina nos arts. 738 a 743 do Código de Processo Civil. Primeiramente, declara-se a herança jacente e, somente depois, se lhe reconhece como vacante, com a exceção de abertura simplificada de herança vacante, quando todos os herdeiros renunciarem (CC, art. 1.823).

A competência para processar e julgar o procedimento de herança jacente e vacante é do último domicílio do autor da herança, seguindo a regra geral que emana do art. 738 do Código de Processo Civil de 2015: “nos casos em que a lei considere jacente a herança, o juiz *em cuja comarca tiver domicílio o falecido* procederá imediatamente à arrecadação dos respectivos bens”. Como se pode notar, a regra de competência mantém absoluta harmonia com os arts. 48 do próprio Código

37. OLIVEIRA, Euclides de, cf. *Direito de herança: a nova ordem da sucessão*, cit., p. 142.

38. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem patrocinando a possibilidade de conversão de inventário em procedimento de herança jacente: “Iniciado o inventário e, no seu curso, verificada a inexistência de herdeiro testamentário, é de considerar-se jacente a herança, caso em que ‘o juiz, em cuja comarca tiver domicílio o falecido, procederá sem perda de tempo à arrecadação de todos os seus bens’ (art. 1.142, CPC/73). A conversão do procedimento e a nomeação do curador dá cumprimento a essa forma e atende ao princípio da economia processual, nele expressamente assentado” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 147.959/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.12.00, DJU 19.3.01, p. 111).

Instrumental e 1.785 do Código Civil que, com louvável coerência, reconhecem o último domicílio do falecido como o local da sucessão.

Inicia-se o procedimento a requerimento do interessado, como, por exemplo, o ente público interessado. Todavia, a orientação jurisprudencial superior admite que, em face de seu caráter peculiar, é possível que o próprio juiz, de ofício, determine a abertura do procedimento, excepcionando o princípio da inércia.³⁹

Ordinariamente, não haverá atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*), exceto se houver interesse de incapaz (CPC, art. 178). Até porque a simples existência de interesse fazendário não justifica a atuação do Promotor de Justiça, como reza o Parágrafo Único do art. 178 do Código de Ritos: “a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público”.

O procedimento é bifásico, escalonado. Na primeira fase (herança jacente), declara-se a não localização de herdeiros legítimos ou testamentários deixados pelo falecido, nomeando-se um curador para velar pelo patrimônio, impedindo a sua corrosão. Em seguida, na fase de vacância, transferem-se os bens arrecadados pelo curador para a Fazenda Pública, evitando que fiquem acéfalos.

São duas diferentes sentenças para cada uma das fases procedimentais. Vale a pena compreender minudentemente cada uma delas.

3.2. A herança jacente

Denomina-se *herança jacente* a universalidade de direitos, relativa aos bens pertencentes a uma pessoa que faleceu sem deixar testamento e sem deixar herdeiros conhecidos.

Trata-se de um *ente despersonalizado*, constituído pelo patrimônio (relações jurídicas ativas e passivas) de uma pessoa que morreu sem deixar declaração de última vontade (ou deixando um testamento no qual não dispôs da integralidade do patrimônio) e sem deixar sucessores conhecidos. Para preservar os interesses jurídicos e percebendo que o Estado assumirá a titularidade de tais direitos, a herança jacente merece proteção jurídica, com a nomeação de um curador especial.

Enfim, “constitui a herança jacente uma *universalidade jurídica*, cuja titularidade provisoriamente é desconhecida, mas seu objeto deve ser alvo da proteção do Estado”, nos dizeres de Paulo Nader.⁴⁰

39. O procedimento de herança jacente “não se sujeita ao princípio da demanda (inércia da jurisdição), tendo em vista que o Código de Processo Civil de 2015 confere legitimidade ao juiz para atuar ativamente, independente de provocação, seja para a instauração do processo, seja para a sua instrução. Por essa razão, ainda que a parte autora/requerente não junte todas as provas necessárias à comprovação dos fatos que legitimem o regular processamento da demanda, deve o juiz, antes de extinguir o feito, diligenciar minimamente, adotando as providências necessárias e cabíveis, visto que a atuação inaugural e instrutória da herança jacente, por iniciativa do magistrado, constitui um poder-dever.” (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.812.459/ES, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 9.3.21, DJe 11.3.21).

40. NADER, Paulo, cf. *Curso de Direito Civil*, cit., p. 107.