

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS
FELIPE BRAGA NETTO
NELSON ROSENVALD



MANUAL DE

DIREITO CIVIL

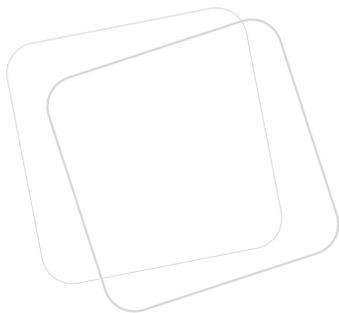
VOLUME ÚNICO

9^a
edição

revista
atualizada
ampliada

2024

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



DIREITOS DE VIZINHANÇA

“Vizinho. Quem fala aqui é o homem do 1003. Recebi outro dia, consternado, a visita do zelador, que me mostrou a carta em que o senhor reclama contra o barulho em meu apartamento. Recebi depois a sua própria visita pessoal – devia ser meia-noite – e a sua veemente reclamação verbal.

Devo dizer que estou desolado com tudo isso, e lhe dou inteira razão. O regulamento do prédio é explícito e, se não fosse, o senhor ainda teria ao seu lado a lei e a polícia. (...). Eu, 1003, me limito a leste pelo 1005, a oeste pelo 1001, ao sul pelo oceano Atlântico, ao norte pelo 1004, ao alto pelo 1103 e embaixo pelo 903 – que é o senhor. Todos esses números são comportados e silenciosos; apenas eu e o oceano Atlântico fazemos algum ruído e funcionamos fora dos horários civis; nós dois apenas nos agitamos e bramimos ao sabor da maré, dos ventos e da lua. Prometo sinceramente adotar, depois das 22 horas, de hoje em diante, um comportamento de manso lago sul. Prometo”.

Rubem Braga

1. NOÇÕES GERAIS

Nos direitos de vizinhança, a norma jurídica limita a extensão das faculdades de usar e gozar por parte de proprietários e possuidores de prédios vizinhos, impondo-lhes um sacrifício que precisa ser suportado para que a convivência social seja possível e para que a propriedade de cada um seja respeitada. O conflito de vizinhança nasce sempre

que um ato do proprietário ou possuidor de um prédio repercute no prédio vizinho, causando prejuízo ao próprio imóvel ou incômodo ao morador. Frise-se que a expressão propriedade vizinha não se aplica restritamente aos prédios confinantes, mas engloba todos os prédios que puderem sofrer repercussão de atos propagados de prédios próximos. Já o vocábulo prédio não distingue entre o imóvel urbano ou rural. Mesmo o terreno não edificado é considerado imóvel lato sensu.

Qual seria a natureza jurídica dos direitos de vizinhança? Segundo o abalizado magistério de Fábio Maria De Mattia, após a promulgação do Código Beviláqua, os autores se dividiram em dois grupos: *“De um lado os partidários da natureza obrigacional dos direitos de vizinhança (Sá Pereira, Tito Fulgêncio) e de outro lado a corrente dos adeptos do caráter real dos direitos de vizinhança (Carvalho Santos). Porém, logo a controvérsia esmoreceu e outros passaram a admitir a natureza de obrigação propter rem. Esta é a posição atual dos nossos doutrinadores (San Tiago Dantas, Antonio Chaves, Silvio Rodrigues, Serpa Lopes, etc.)”*¹⁴⁹

Em princípio estariam excluídos da legislação sobre direito de vizinhança todos os conflitos nos quais já existe relação jurídica entre as partes envolvidas. Todavia, a par das normas especiais que regem as aludidas relações, nada impede que o locatário e o condômino prejudicados pelo uso anormal da propriedade possam se valer

¹⁴⁹ MATTIA, Fábio Maria de. *Direito de vizinhança e a utilização da propriedade imóvel*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 91.

das regras gerais que se aplicam indistintamente a qualquer vizinho. Há de se perceber que as limitações de vizinhança afetam abstratamente a todos os vizinhos, mas apenas se concretizam em face de alguns. Os direitos de vizinhança podem ser gratuitos – quando não geram indenização, por serem compensados por idêntica limitação ao vizinho; ou onerosos – quando a supremacia do interesse público impõe uma invasão na órbita dominial do vizinho, para a sobrevivência do outro, fixando-se a devida verba indenizatória, já que não há reciprocidade.

2. USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

O princípio geral a que se subordinam as relações de vizinhança é o de que o proprietário, ou o possuidor, não podem exercer seu direito de forma que venha a prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que habitam o prédio vizinho. A título de verificação histórica, prevalece nessa matéria a Teoria do Uso Normal da Propriedade, de Rudolf von Ihering, que já era adotada pelo Código Civil de 1916. Por essa concepção, resta proibida qualquer utilização do bem que extrapole o uso normal e acarrete uma imissão nociva na posse ou propriedade alheia a ponto de acarretar lesão a saúde, sossego ou segurança dos prédios vizinhos.¹⁵⁰

O art. 1.277 do Código Civil colaciona conceitos jurídicos indeterminados, objetivando preservar o morador e o prédio nos seguintes valores:

- a) segurança: atos que possam comprometer a solidez e a estabilidade material do prédio e a incolumidade pessoal de seus moradores. Deve ser afastado qualquer perigo pessoal ou patrimonial. v. g., instalação de indústria de inflamáveis e explosivos;
- b) sossego: no estágio atual da sociedade pós-moderna, é bem jurídico inestimável, componente dos direitos da personalidade, intrinsecamente conectado ao direito à privacidade. Não pode ser conceituado como a completa ausência de ruídos, mas a possibilidade de afastar ruídos excessivos que comprometam a incolumidade da pessoa. É o direito dos moradores a um estado de relativa tranquilidade, na qual bailes, algazarras, animais e vibrações intensas provenientes acarretam enorme desgaste à paz do ser humano.
- c) saúde: concerne ao estado da pessoa cujas funções biológicas estão normais. A salubridade

física ou psíquica pode ser afetada por moléstia à integridade de vizinhos, mediante agentes físicos, químicos e biológicos, como na emissão de gases tóxicos, poluição de águas e matadouros. Não é raro que as reiteradas ofensas ao sossego impliquem atentado à saúde física e psíquica da pessoa.

O art. 1.277 do Código Civil é *numerus clausus* e não comporta interpretação extensiva. Via de consequência, se as interferências prejudiciais causadas a um morador não repercutirem sob o trinômio: saúde, segurança e sossego, a questão extrapolará do conflito de vizinhança. Basta imaginar um prédio misto – comercial e residencial – em que é iniciada uma atividade ligada à prostituição. É possível que os danos dos demais condôminos resumam-se à ofensa e ao decoro. Nesse caso, a discussão resvalará para a coibição da atividade pela administração.

2.1. Uso normal, causando incômodos normais – solução: nenhum direito para o prejudicado (danos lícitos e ato lícito)

Infere-se daí a necessidade de tomar-se como medida de prejuízos a aplicação de três requisitos conjuntos:

- a) homem médio: o limite do tolerável encontra-se na média das pessoas, e não na suscetibilidade do reclamante como pessoa concreta, em alguns casos indivíduo portador de extrema agressividade, em outros com enorme sensibilidade;
- b) zona do conflito: os costumes variam conforme a localização, usos e costumes das diversas regiões. Não se pode apurar com o mesmo rigor a normalidade de determinada conduta em zonas industrial e residencial, assim como em cidade interiorana e em estação de veraneio;
- c) pré-ocupação: parte da doutrina acredita que o morador que se estabelece precipuamente na região determina certos padrões sociais de habitação, sendo estes investigados para aferir a anormalidade da atuação do vizinho que se estabelece a posteriori. Em princípio, a posição é razoável, pois o indivíduo que venha a estabelecer domicílio nas proximidades da rodoviária não poderá ter êxito na demanda em que postula a paralisação das atividades nocivas. A tese da pré-ocupação deve ser perscrutada com rigor, para que não se conceda aos primeiros moradores uma espécie de alvará de produção de danos apenas pelo uso preexistente, paralisando qualquer atuação dos novos moradores.

¹⁵⁰ Apud DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 25.

2.2. Uso normal, causando incômodos anormais, mas socialmente necessários – solução: direito do prejudicado à indenização (dano ilícito oriundo de ato ilícito)

De acordo com a novidade estampada no art. 1.278 do Código Civil, sendo as interferências justificadas pelo interesse público, a atividade não poderá ser paralisada (v. g., fábrica que gera milhares de empregos e paga enorme carga tributária em favor do município), mas é justo que deverá o causador do dano pagar ao vizinho uma indenização cabal. Cuida-se da onerosidade do direito de vizinhança pelo fato de o particular suportar excepcionais encargos, próximos a uma “quase expropriação”. Porém, eventualmente os distúrbios poderão ser reduzidos aos limites da normalidade, por meio de obras (v. g., instalação de filtros), restrição de horários de funcionamento – principalmente no período noturno – e outras medidas capazes de amenizar os conflitos. Aliás, essa solução foi seguida pelo Código Civil ao dispor no art. 1.279 que, “ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis”.

Traçando um paralelo com o art. 497 do Código de Processo Civil de 2015, com base no princípio da fungibilidade, poderá o magistrado recusar a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, mas conceder a tutela inespecífica, assegurando ao autor um resultado prático equivalente, ponderando a máxima satisfação de uma das partes com a mínima onerosidade à outra. Em alguns casos, os danos serão tão intensos a ponto de o magistrado determinar a indenização como verdadeira verba expropriatória privada, permitindo aos vizinhos a alteração do próprio domicílio.

Convém lembrar que o STF decidiu que “a garantia da função social da propriedade (art. 5o, XXIII, da CF) não afeta as normas de composição de conflito de vizinhança insertas no Código Civil, para impor gratuitamente ao proprietário a ingerência de outro particular em seu poder de uso, pela circunstância de exercer esta última atividade reconhecida como de utilidade pública” (STF, Ac. 1a T., RE 211.385).

2.3. Uso anormal, causando danos anormais, sem justificação social, por inexistir interesse coletivo na atividade – solução: o prejudicado pode exigir a cessação do uso (dano ilícito oriundo de ato ilícito)

Cumpra assinalar que o uso anormal se manifesta reprovável quando o proprietário incomoda

a coletividade próxima, sem qualquer atenuante social. Cabe ao vizinho que sofre as repercussões do mau uso da vizinhança servir-se de alguns remédios jurídicos: a ação indenizatória, que se trata de ação condenatória ancorada no art. 186 do Código Civil, e objetiva a formação de título executivo judicial. É utilizada pelo morador se os incômodos já cessaram, pretendendo ele o restabelecimento da situação fática precedente ao ilícito.

Na vigência do Código de Processo Civil revogado (CPC/73), se a finalidade do vizinho fosse a de impedir o prosseguimento de obras prejudiciais aos vizinhos, em caráter preventivo surgiria o procedimento especial de ação de nunciação de obra nova, competindo a ação ao proprietário ou possuidor a fim de impedir que a edificação de obra nova prejudique-lhe o prédio (art. 934). Com a supressão desse procedimento especial pelo Código de Processo Civil de 2015, viabiliza-se a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, para que se iniba a prática ou reiteração de ilícito (art. 497 do CPC/15). A legitimação passiva abrangerá o proprietário do prédio e o construtor (art. 937 do CC), haja vista que ambos devem fornecer segurança ao morador pela solidez do prédio.

Finalmente, poderá o proprietário ou possuidor propor ação de dano infecto quando houver justo receio de vir a ser prejudicado pela ruína do prédio vizinho (art. 1.280 do CC). Essa ação possui nítido caráter preventivo e pressupõe um dano iminente e provável ao morador em face do uso perigoso e nocivo da propriedade vizinha.

Os danos oriundos do uso irregular da propriedade podem ser tão intensos a ponto de afetar toda uma comunidade, propiciando o ajuizamento de ação civil pública por entidade legitimada a defender os moradores prejudicados. Hoje, comenta-se sobre uma função ambiental da propriedade (art. 225 da CF). O meio ambiente é bem de uso comum do povo, e a degradação da qualidade de vida lesa o direito indisponível à tranquilidade do indivíduo. Nessas circunstâncias, todavia, não há que se falar em ilegitimidade ativa para que os próprios vizinhos, individualmente, ajuízem suas ações.

3. ÁRVORES LIMÍTROFES

A existência de árvores limítrofes suscita relações de vizinhança, delas resultando três fatos principais:

- a) quando a árvore tiver o seu tronco na linha divisória, há presunção juris tantum de pertencer esta, em partes iguais, aos dois vizinhos, em condomínio

necessário. Posto ser a árvore comum, os frutos e o tronco são de copropriedade dos confinantes, da mesma forma que os demais proventos, bem como os encargos serão entre eles divididos, sendo que nenhum deles poderá cortá-la sem anuência do outro (art. 1.282 do CC). Caso seja cortada ou arrancada, será repartida entre os vizinhos. A propriedade comum prevalecerá mesmo se a maior parte da árvore se encontrar no terreno de um dos confinantes, pois avulta apenas saber se ela está na linha divisória.

- b) quando os frutos caírem naturalmente no terreno vizinho, em local próximo à linha divisória, pertencerão estes ao dono do local da queda, evitando-se invasões em terreno alheio e posteriores contendas entre vizinhos (art. 1.284 do CC). Excepciona-se aqui o tradicional brocardo “o acessório segue o principal”, eis que mesmo sendo o fruto um acessório da árvore, pertencerá ao vizinho. Entretanto, caso os frutos caiam em solo de domínio público, pertencerão ao dono da árvore, incorrendo no crime de furto quem os colher.
- c) quando os ramos e raízes ultrapassarem a divisão dos prédios, o dono do terreno invadido poderá cortá-los até o plano vertical divisório, independentemente de aviso prévio ou qualquer outra formalidade (art. 1.283 do CC). Trata-se de excepcional autorização do ordenamento jurídico à autoexecutoriedade de obrigação de fazer, dispensando-se a intervenção judicial em questão de pequena monta. Tratando-se de emanção do direito de propriedade, não se cogite da prescrição da pretensão ao corte dos ramos e raízes, pois a atividade poderá ser realizada a qualquer tempo. Qualquer inação será mera tolerância.

4. PASSAGEM FORÇADA

Trata-se de uma das mais rigorosas restrições de direito de vizinhança, como benefício reconhecido ao titular de prédio encravado, urbano ou rural. Pressupõe que um imóvel esteja em situação de absoluto encravamento em outro, decorrente da ausência de qualquer saída para a via pública (art. 1.285 do CC). Nessa situação, objetivando conceder função social à propriedade encravada, a lei impõe que o proprietário vizinho conceda a passagem forçada como uma espécie de imposição de solidariedade social conjugada à necessidade econômica de exploração do imóvel encravado, a fim de que não se torne improdutivo por inacessível. Trata-se, portanto, de verdadeiro direito potestativo constitutivo.

Para ensinar direito à passagem forçada, a doutrina tradicional exige que o encravamento seja absoluto. Contudo, parece-nos que, nos tempos atuais, a penetração do princípio constitucional da

função social da propriedade evoca a destinação coletiva da coisa, em benefício conjunto de seu titular e da comunidade, visando a uma finalidade econômica relevante. Nesse sentido, invoque-se o Enunciado nº 88 do Conselho de Justiça Federal: “O direito de passagem forçada, previsto no art. 1.285 do CC, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas, inclusive, as necessidades de exploração econômica”.

Prosseguindo, o encravamento será natural. Isto é, não poderá o isolamento derivar de fato imputável à conduta voluntária do proprietário (v. g., por meio de explosões que abriram crateras sobre o imóvel). Contudo, inova o art. 1.285, § 2º, do Código Civil, permitindo ao proprietário que se colocou em situação de encravamento, por ter alienado a parte do imóvel que dava saída para a rua, impor a restrição em sacrifício ao direito do adquirente daquela parcela.

Mesmo satisfeitos os requisitos acima assinalados, o direito do proprietário encravado à passagem forçada não será caracterizado pela gratuidade. Como não se pode compensar pela passagem, a indenização será a única forma de arcar com essa espécie de desapropriação no interesse privado. Na falta de acordo quanto à forma de sua fixação (rumo, largura, pontos de passagem), a passagem forçada será fixada judicialmente. Caso existam dois ou mais prédios pelos quais possa o proprietário do imóvel encravado abrir a sua passagem, o ônus incidirá sobre aquele em que o caminho se mostrar menos oneroso pelas circunstâncias naturais (art. 1.285, § 1º, do CC).

É de se entender possível a extensão da legitimação ativa para a propositura de ação para fixação de passagem forçada também ao possuidor. Basta rememorar que a posse faculta o uso e gozo da coisa.

5. DA PASSAGEM DE CABOS E TUBULAÇÕES

O art. 1.286 do novo Código Civil introduz importante acréscimo. Versa acerca da passagem de cabos, condutos e tubulações no subterrâneo de propriedade privada. Referido dispositivo prevê que o proprietário será obrigado a tolerar a passagem, através do seu imóvel, eis que se trata de serviços públicos essenciais (v. g., água, luz, telefonia, gás) que facilitam a vida de todos, proporcionando comodidade e bem-estar geral. Como contrapartida por sua tolerância, caberá indenização em proveito

do proprietário pela restrição à sua faculdade de fruição sobre o imóvel. A indenização abrangerá as restrições imediatas (na área efetivamente ocupada) ou mediatas (desvalorização do remanescente).

O morador atingido também contará com o direito de exigir que as instalações sejam realizadas da forma menos onerosa possível, bem como da maneira mais segura possível sob o ponto de vista da técnica (art. 1.286, parágrafo único, do CC). Ademais, se as instalações oferecerem graves riscos, será facultado ao proprietário do prédio onerado exigir a realização de obras de segurança. Avançando no teor do art. 1.287 do Código Civil, cremos que a interpretação mais razoável é aquela que conceda ao proprietário tal faculdade mesmo que o risco não seja qualificado pela gravidade. Qualquer forma de risco à solidez e segurança do prédio ou à incolumidade de pessoas será justificador da realização de obras de segurança. Não se olvide da possibilidade de o proprietário ser caucionado por aquele que realizará as obras (art. 1.281 do CC), em caráter cautelar.

6. DAS ÁGUAS

“Da minha varanda vejo, entre árvores e telhados, o mar. Não há ninguém na praia, que resplende ao sol. O vento é Nordeste e vai tangendo, aqui e ali, no belo azul das águas, pequenas espumas que nascem e morrem, como bichos alegres e humildes. Perto da terra a onda é verde”.

Rubem Braga

O tópico relativo às águas era, então, tratado basicamente pelos arts. 69, 70, 90, 92, 103, 105 e 117 do Decreto nº 24.643/34 (Código de Águas). Por não exaurir o estudo da matéria, o Código Civil apenas revoga a lei especial naquilo que contra ela se insurge. De fato, a normativa que se inicia no art. 1.288 do Código Civil tem em vista apenas abordar a questão das águas no que concerne aos conflitos de vizinhança, nada mais.

O STJ já ponderou que “o direito à água é um direito de vizinhança, um direito ao aproveitamento de uma riqueza natural pelos proprietários de imóveis que sejam ou não abastecidos pelo citado recurso hídrico, haja vista que, de acordo com a previsão do art. 1º, I e IV, da Lei 9.433/97, a água é um bem de domínio público, e sua gestão deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas. Se não existem outros meios de passagem de água, o vizinho tem o direito de construir aqueduto no

terreno alheio independentemente do consentimento de seu vizinho; trata-se de imposição legal que atende ao interesse social e na qual só se especifica uma indenização para evitar que seja sacrificada a propriedade individual” (STJ, REsp 1.616.038, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3 T, DJ 07/10/2016).

O proprietário ou possuidor do prédio imediatamente ou mediamente inferior é obrigado a receber e escoar as águas pluviais, nascentes ou correntes que naturalmente escorram do superior, sem que isso lhe conceda qualquer indenização (direito de vizinhança gratuito). Sob pena de ação demolitória, o morador do prédio inferior não está autorizado a realizar obras que impeçam ou restrinjam o fluxo normal do escoamento das águas. O STJ destacou sobre o ponto: “O dono do terreno inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, desde que as condições do seu imóvel não sejam agravadas por obras feitas no terreno superior. Embora o dono do terreno superior não tenha realizado obras em sua propriedade, ficou comprovado que a pecuária exercida por ele provocou o agravamento da condição natural e anterior do outro imóvel, surgindo daí o dever de indenizar” (STJ, REsp 1.589.352).

Caso o proprietário do prédio superior realize drenos, sulcos ou obras que facilitem o escoamento das águas, deverá proceder de modo a não agravar a primitiva condição do prédio inferior (art. 1.288 do CC). Em outras palavras, a norma não proíbe a realização de obras, mas tão somente aquelas que ofendam a condição natural do prédio inferior. Aliás, apesar de o art. 1.291 do Código Civil limitar-se a exigir o dever de abstenção do imóvel superior apenas no tocante às águas essenciais, determina o Enunciado nº 244 do Conselho de Justiça Federal que: “O art. 1.291 deve ser interpretado conforme a Constituição, não sendo facultada a poluição das águas, quer sejam essenciais ou não às primeiras necessidades da vida”.

Na hipótese de exploração agrícola e industrial, bem como de atendimento às primeiras necessidades de aproveitamento do imóvel e de suas utilidades, haverá uma servidão de aqueduto, porquanto a lei permite a qualquer pessoa, mediante indenização prévia aos proprietários eventualmente prejudicados, a canalização de águas por intermédio de prédios de terceiros. Caso as águas represadas invadam o prédio alheio, surge para o seu titular a pretensão à reparação, deduzindo-se eventual benefício que as águas invasoras lhe proporcionaram (art. 1.292 do CC).

Os arts. 1.293 a 1.296 do Código Civil disciplinam a chamada servidão de aqueduto, que assegura ao necessitado (proprietário ou possuidor) o direito de canalizar e conduzir águas através de prédios alheios, às suas expensas, indenizando-se previamente os prédios prejudicados pelo uso do terreno e em virtude de potenciais danos que eventuais falhas no aqueduto possam causar ao imóvel vizinho (§ 1º do art. 1.293 do CC). Aplica-se ao modelo jurídico tudo que for pertinente à passagem de cabos e tubulações (art. 1.294, c/c art. 1.286 do CC).

Pela letra do art. 1.293, o proprietário apenas poderá edificar canais para receber águas a que tenha direito quando estas se mostrem indispensáveis às primeiras necessidades da vida. Consoante Enunciado nº 245 do Conselho de Justiça Federal: “Muito embora omissis acerca da possibilidade de canalização forçada de águas por prédios alheios, para fins da agricultura ou indústria, o art. 1.293 não exclui a possibilidade da canalização forçada pelo vizinho, com prévia indenização aos proprietários prejudicados”.

Ainda com a finalidade de compatibilizar os interesses de vizinhos, sem que o sacrifício de um seja desproporcional ao benefício de outro, impõe o art. 1.295 a impossibilidade de o aqueduto inibir que o proprietário do imóvel onerado possa edificá-lo ou cercá-lo – sem prejuízo àquele –, assim como que utilize águas que excedam às necessidades do titular do aqueduto, para também satisfazer os seus imperativos vitais. De acordo com o art. 1.294 do Código Civil, “aplica-se ao direito de aqueduto o disposto nos arts. 1.286 e 1.287”.

Cerceando o abuso do direito de propriedade, preconiza o art. 1.310 do Código Civil a impropriedade da conduta de quem realiza obras em seu terreno, de modo a suprimir as águas indispensáveis às necessidades normais dos vizinhos. Por fim, não são apenas proibidas as construções e obras que possam poluir ou inutilizar a água do poço ou nascente alheia, mas também as que promoverem a supressão de vegetação situada em área de preservação permanente sem autorização do órgão ambiental (art. 4º do Código Florestal).

7. LIMITES ENTRE PRÉDIOS E DIREITO DE TAPAGEM

Pelo art. 1.297 do Código Civil, todo proprietário possui o direito de tapagem, que consiste na faculdade de cercar, murar ou tapar o seu prédio, de acordo com o previsto nas normas administrativas.

Não se cogita das razões do proprietário; suficiente é o desejo de realizar a obra. Porém, para além do direito de tapagem, o exercício do direito subjetivo de propriedade permite ao titular a fixação de limites entre prédios, a fim de que possa ser individuado o objeto do direito.

Há uma presunção de compropriedade de intervalos, muros, cercas e tapumes divisórios (art. 1.297, § 1º, do CC). Verifica-se, assim, o condomínio necessário em paredes, muros e valas (art. 1.327 do CC). No entanto, cuida-se de presunção juris tantum de comunhão, que cede se um dos vizinhos demonstrar que executou a obra às suas expensas, sem ter sido indenizado pelos gastos decorrentes. Certamente, a repartição dos gastos seguirá os costumes da localidade. Na falta de acordo para a colocação do tapume ordinário, obtém-se judicialmente o reconhecimento da obrigação pecuniária para a construção e manutenção da divisória. Excepcionalmente, as despesas com construção ficarão a cargo de uma das partes quando necessários tapumes especiais em razão da presença de animais de pequeno porte (aves, cães, gatos).

Partindo da premissa que o direito de tapagem disposto do art. 1.297 do Código Civil prevê o direito ao compartilhamento de gastos decorrentes da construção de muro comum aos proprietários lindeiros, indaga-se: é necessário o prévio acordo de vontades para que o proprietário de imóvel confinante possa ser compelido a concorrer para as despesas de construção de tapumes divisórios? Se o tapume é feito na divisa, a presunção legal é de que é comum e não particular (CC, art. 1.297, § 1º). O interesse do que fez o tapume nada tem que ver com a intenção do confrontante de adquirir-lhe ou não a meação. O seu interesse é o de receber a metade das despesas a que o seu confrontante está obrigado por expressa disposição de lei. Aceitar a tese de que, construindo o tapume sem prévio acordo ou sem sentença, a parte estaria renunciando ao direito ao ressarcimento que a lei lhe assegura, equivale a presumir uma doação de seu direito, ao vizinho. Mas doação é negócio solene, que não se pode presumir, por isso mesmo (ver STJ, REsp 2.035.008-SP, Rel. Min. Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 5/5/2023).

Já no tocante à demarcação, considera-se inseparável da propriedade o direito de estremá-la, partindo-se da premissa de que uma das características do domínio é a sua exclusividade. Por conseguinte, qualquer comproprietário poderá demarcar, independentemente do consentimento dos demais, sendo a ação petitória extensível aos

demais titulares de direitos reais, como o usufrutuário, superficiário e o promitente comprador com título registrado, pois demonstram interesse em estreimar os limites e inibir eventuais lides com os seus vizinhos.

Questão nodal diz respeito à exata definição das situações que ensejam o ajuizamento da ação demarcatória. A Grande inovação do CPC/15, concerne a possibilidade de sua realização – assim como de divisão –, por escritura pública, quando os interessados forem maiores, capazes e acordarem em seus termos (art. 571, CPC/15). Porém, ausente um desses requisitos, o processo será iniciado tanto por quem pretenda reavivar limites existentes, porém destruídos ou apagados pela ação do tempo, como também pelo titular de direito real que, pela primeira vez, pretenda estreimar dois prédios quando nunca houve fixação de limites. O CPC cuida apenas da divisão e demarcação de terras particulares, eis que ações de tal natureza envolvendo terras devolutas são reguladas pela Lei nº 6.383/76.

Dispõe o art. 569, I, do CPC que “cabe a ação de demarcação ao proprietário para obrigar o seu confinante a estreimar os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados”. A causa petendi oscilará entre a incerteza (art. 1.297) ou a inexistência (art. 1.298) de limites. O conceito de vizinhança para a pretensão demarcatória é mais restrito que aquele exposto no restante do capítulo. Vizinho só será considerado o prédio limítrofe que possui relação de contiguidade imediata com outra propriedade que lhe seja confinante. Nada obstante, doutrina majoritária restringe ao proprietário a legitimidade para participar de ações demarcatórias, eis que o conflito de limites é amparado basicamente em uma discussão de titularidades, no bojo da qual o magistrado decidirá com sustentáculo na comparação entre títulos registrados de propriedade.

Contudo, entendemos pertinente a ampliação do terreno de legitimação para a propositura dessa ação. A demarcatória pode ser estendida a qualquer titular de *jus in re*, seja de direito real na coisa própria – propriedade –, como de *jus in re aliena* – direitos reais limitados –, facultando-se aos usufrutuários e enfiteutas, como titulares de faculdades de uso e gozo sobre a coisa, o manejo de ação, visando ao estabelecimento de limites. Além do proprietário, qualquer condômino está legitimado ativamente a promover a demarcação do imóvel comum (art. 575 do CPC/15).

O art. 1.298 do Código Civil trata das regras que devem ser aplicadas para solucionar os conflitos

de limites. Cuida-se de quatro critérios aplicados sucessivamente. A um, a demarcação será realizada com base nos títulos apresentados pelos confinantes, aferindo-se a extensão da propriedade de cada um deles; a dois, sendo os títulos insuficientes para que se possa atingir qualquer conclusão, será privilegiado aquele que detiver a posse justa, ou seja, sem que tenha incorrido em violência, clandestinidade ou precariedade (art. 1.200 do CC); a três, sendo o critério possessório inconclusivo, a divisão será realizada equitativamente, em partes iguais; a quatro, não sendo cômoda a divisão da área entre os litigantes, a área será adjudicada a um dos vizinhos, mediante indenização ao outro. Face à omissão do legislador, há de se entender que diante das peculiaridades do caso, o magistrado arbitrarà a qual dos litigantes será adjudicado o terreno. Se a posse da área litigiosa estiver sendo exercitada com exclusividade há muito tempo por um dos vizinhos, com pacificidade e *animus domini*, poderá ele alegar a usucapião em defesa (Súmula 237 do STF), obstaculizando a pretensão demarcatória.

Atente-se que não se confundem demarcação e divisão, apesar de conjuntamente reguladas no Código de Processo Civil, com procedimento assemelhado. Enquanto a demarcação objetiva compelir os confinantes a estreimar limites entre prédios distintos, a divisão, por seu turno, tem como pressuposto um único prédio e o escopo de obrigar os condôminos a obrigar os demais consortes a estreimar os quinhões que originariamente formavam coisa comum divisível em um único prédio (art. 569, II do CPC/15). As duas pretensões podem ser promovidas em um mesmo processo, delimitando-se e repartindo-se a propriedade entre os condôminos (art. 570 do CPC/15).

Sempre criticamos essa indevida cumulação sucessiva de pedidos, haja vista a desnecessidade de propositura de uma segunda lide possessória quando o autor da demarcatória pretenda recuperar a porção de terreno usurpada pelo confinante. Assim, alegra-nos ver o parágrafo único do art. 581 do Novo Código de Processo Civil, preconizando que “A sentença proferida na ação demarcatória determinará a restituição da área invadida, se houver, declarando o domínio ou a posse do prejudicado, ou ambos”. Com a novidade, cria-se verdadeiro “efeito anexo” da sentença.

Outro mérito da Lei 13.105/15 (CPC/2015) foi o de estimular a celeridade processual e a segurança jurídica nas demarcatórias ao dispor no art. 573 que “tratando-se de imóvel georreferenciado,

com averbação no registro de imóveis, pode o juiz dispensar a realização de prova pericial”.

Partindo da premissa que o direito de tapagem disposto do art. 1.297 do Código Civil prevê o direito ao compartilhamento de gastos decorrentes da construção de muro comum aos proprietários lindeiros, indaga-se: é necessário o prévio acordo de vontades para que o proprietário de imóvel confinante possa ser compelido a concorrer para as despesas de construção de tapumes divisórios? Se o tapume é feito na divisa, a presunção legal é de que é comum e não particular (CC, art. 1.297, § 1º). O interesse do que fez o tapume nada tem que ver com a intenção do confrontante de adquirir-lhe ou não a meação. O seu interesse é o de receber a metade das despesas a que o seu confrontante está obrigado por expressa disposição de lei. Aceitar a tese de que, construindo o tapume sem prévio acordo ou sem sentença, a parte estaria renunciando ao direito ao ressarcimento que a lei lhe assegura, equivale a presumir uma doação de seu direito, ao vizinho. Mas doação é negócio solene, que não se pode presumir.¹⁵¹

8. DIREITO DE CONSTRUIR

8.1. O direito de construir e a função social da propriedade

Inserir-se ainda na faculdade de gozo ou fruição o poder de introduzir acréscimos na coisa – as chamadas acessões (art. 1.253 do CC). Destarte, o direito de construir é uma faculdade de grande relevância do direito de propriedade. Todavia, o

¹⁵¹ STJ, Informativo nº 774. 16 de maio de 2023. “É claro que, tomando a iniciativa unilateral de erguer o muro ou a cerca, correrá a parte o risco de ver sua obra impugnada pelo vizinho, quanto a custo e natureza, na contestação do feito, ao ensejo em que postular a indenização pela metade dos gastos. Mas, se a prova acabar por demonstrar que o tapume foi normalmente feito segundo as posturas municipais ou os costumes do lugar, e por custo razoável, só mesmo por um capricho ou um formalismo injustificável será possível negar ao autor o reembolso da metade das despesas feitas. De acordo com a doutrina, é o condomínio forçado estabelecido sobre as obras de confinamento de prédios contíguos, o que justifica a obrigação dos proprietários em contribuir com as despesas do tapume comum. Adotar-se o entendimento diverso significaria tornar letra morta o dispositivo citado. O dever jurídico só existiria caso houvesse o acordo e, existente este, seria o bastante, supérflua a norma legal. O anterior concerto servirá para que se tenha como indiscutível que as obras são necessárias e para fazer incontroverso o respectivo valor. Se o confinante, entretanto, se opõe à realização de trabalhos de conservação, efetivamente reclamados, não será só por isso que ficará livre de concorrer para as despesas. Não se terá, porém, como indispensável, deixando ao alvedrio da parte concorrer ou não para a construção e conservação das cercas” (REsp 2.035.008-SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 5/5/2023).

direito de construir não será exercitado de modo irrestrito, como outrora. Podemos evidenciar a existência de quatro limites ao direito de construir: (a) limitações convencionais oriundas de cláusulas contratuais; (b) observância dos regulamentos administrativos; (c) direitos de vizinhança (art. 1.299 do CC); (d) a função social da propriedade.

A par das limitações convencionais e de ordem pública, muitas vezes o imóvel deixa de atender a sua função social, sem que isso implique ofensa a regras de natureza administrativa ou a direitos de vizinhança. Atualmente, edificar deixou de ser uma mera faculdade do proprietário e frequentemente se converte em um ônus, como resultado de uma decisão política da sociedade, consubstanciada no plano diretor, sob pena de incidência de sanções jurídicas, como a imposição de edificação compulsória do imóvel subutilizado ou não utilizado, imposto predial progressivo e até mesmo a desapropriação do imóvel que se quedou inadimplente perante a sua função social especificamente determinada pelo plano diretor (art. 182 CF, c/c art. 5º, Lei nº 10.257/01).

O Estado atua de duas maneiras distintas sobre o direito de construção facultado ao particular: pelas limitações genéricas à liberdade de edificação ou mesmo por servidões, que efetivamente sacrificam direitos subjetivos.

A função social da propriedade condiciona e informa o entendimento da faculdade posta no art. 1.299 do Código Civil, pois o fundamental está na conciliação dos interesses de uma coletividade frente ao interesse particular. Muitas vezes o que está em jogo é a qualidade de vida de um grupo considerável de pessoas em razão do enorme impacto de megaedificações.

Há muito já sucumbiu o cenário em que o proprietário arbitrariamente definia quando, como e o que construir. Não tardará o momento em que o direito de construir será destacado do direito subjetivo de propriedade para se converter em uma concessão da municipalidade ao delinear o regime jurídico de utilização do solo. Para o civilista conservador, essa afirmação seria uma agressão, pois não se poderia conceber a propriedade desfalcada da essência de uma de suas maiores faculdades, o que implicaria um “soco no estômago” da autonomia privada de seu titular. Atualmente, o cenário é intermediário, o exercício do direito de construir é condicionado aos preceitos urbanísticos, mas a licença concedida pela autoridade administrativa é um ato que declara a preexistência e correção da conduta do particular, ainda investido da faculdade de edificar.

Os arts. 28 a 31 do Estatuto da Cidade cuidam da Outorga Onerosa do direito de construir, no qual lei municipal permite que o Poder Público outorgue a um particular o direito de construir em nível superior ao permitido pelo plano diretor, desde que haja uma contrapartida do particular em favor da função social da cidade.

Pela transferência do direito de construir, resta assegurada aos proprietários de imóveis a possibilidade de alienar ou exercer, em outro local, o direito de construir previsto no plano diretor (art. 35 da Lei nº 10.257/01), nos casos em que o imóvel sofre restrições de potencial construtivo por interesse público para fins de preservação, sob o ponto de vista ambiental, histórico, cultural, regularização fundiária e programas de habitação.

8.2. O direito de construir no Código Civil

O ponto de partida da matéria continua sendo o art. 1.277 do Código Civil, que limita a utilização da propriedade a partir do momento em que as suas interferências sejam prejudiciais à saúde, ao sossego e à segurança de vizinhos. Ou seja, o direito de construir se insere nos direitos de vizinhança e, portanto, deve preservar a esfera jurídica dos moradores que possam ser afetados em seus direitos da personalidade e na órbita patrimonial (STJ, 1a T., REsp. 1011581/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascky, DJe 20.8.2008).

Dentre as limitações pertinentes ao direito de vizinhança, destaca-se a proibição de abertura de janelas (terraço/varanda) em prédios urbanos “a menos de metro e meio da linha divisória” (art. 1.301 do CC). Aliás, inovando substancialmente a matéria, o art. 1.303 do Código Civil dispõe que, na zona rural, as edificações não poderão ser levantadas a menos de três metros do terreno vizinho.

Há entendimento jurisprudencial que não distingue na distância do metro e meio a perda da intimidade, seja pela visão direta, como pela oblíqua. Trata-se da Súmula 414 do STF. Agora, a incidência da súmula é relativizada no que tange à visão oblíqua, pois o § 1º do art. 1.301 dispõe que “as janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser abertas a menos de 75 centímetros”. No mesmo intuito, mitiga-se a regra do caput do artigo para que o vizinho possa abrir espaços para luz ou ventilação não maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento e construídas a mais de dois metros de altura de cada piso (art. 1.301, § 2º, do CC). Outrossim, resta mantida a Súmula 120 do Supremo Tribunal Federal, que permite a

edificação de parede de vidro translúcido a menos de metro e meio, por não devassar os direitos da personalidade alheios.

Consequentemente, assiste ao proprietário ou ao possuidor confinante o direito de impedir que o vizinho realize qualquer obra que ofenda os limites ora descritos. Caso a edificação já se tenha iniciado, no transcurso da obra é possível impedir que esta prossiga, embargando-a mediante a ação para tutela específica da obrigação de não fazer, com pedido de tutela provisória de caráter urgente (REsp. 1.374.456-MG, 3a T., Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 10.9.2013, Informativo nº 531, 4.12.2013). Entretanto, se a construção já estiver finda, sobejará ao interessado o recurso às vias ordinárias. Ajuizará a ação demolitória, pleiteando o desfazimento da obra e, eventualmente, a cumulação com indenização por perdas e danos. Essa ação possui prazo decadencial de ano e dia, a contar da conclusão de obra, quando da expedição do “habite-se” (art. 1.302 do CC).

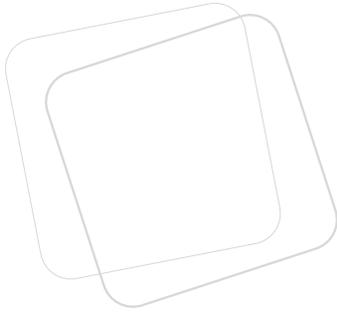
Nesse momento se constitui uma servidão em favor do vizinho que edificou. A segunda parte do art. 1.302 do Código Civil claramente reflete o nascimento da servidão ao dispor que o vizinho inerte não poderá mais edificar sem atender ao disposto no art. 1.301. Contudo, o impedimento não acarreta usucapião de servidão de luz contra o prejudicado, eis que também lhe é lícito construir junto à divisa, ainda que vede a claridade do vizinho (art. 1.302, parágrafo único, do CC).

Prosseguindo, o art. 1.304 do Código Civil versa acerca da construção e utilização das paredes divisórias. Como bem distingue Hely Lopes Meirelles, as paredes divisórias não se confundem com os muros divisórios, regulados pelas normas que cuidam dos tapumes (art. 1.297 do CC). O muro é elemento de vedação, enquanto a parede é elemento de sustentação e vedação.¹⁵²

O proprietário poderá edificar, madeirando na parte divisória do prédio contíguo, se ele suportar nova construção. Apenas incidirá a norma nas cidades, vilas e povoados em que houver exigência de alinhamento na edificação. Caso a perícia constate a incapacidade da parede divisória de sofrer o travejamento pelo outro vizinho, o alicerce ao pé só será realizado com a prestação de caução, como forma de se acautelar o proprietário pelos riscos da edificação (art. 1.305, parágrafo único, do CC).

De acordo com o art. 1.305 do Código Civil, o vizinho que havia edificado a sua parede divisória em primeiro lugar só fará jus a receber do outro

¹⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 7. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41.



INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS SUCESSÕES

“Numa folha qualquer eu desenho
um navio de partida
Com alguns bons amigos bebendo de bem
com a vida.
De uma América a outra consigo passar
num segundo,
Giro um simples compasso e num círculo
eu faço o mundo.

Um menino caminha e caminhando chega
no muro
E ali logo em frente, a esperar pela gente,
o futuro está.
E o futuro é uma astronave que tentamos
pilotar,
Não tem tempo nem piedade, nem tem
hora de chegar.
Sem pedir licença muda nossa vida, depois
convida a rir ou chorar.

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.”

(Toquinho, *Aquarela*, de Toquinho,
Vinícius de Moraes, Maurizio Fabrizio e
Guido Morra)

1. A SUCESSÃO ENQUANTO FENÔMENO JURÍDICO

O fenômeno sucessório é extremamente corriqueiro nas relações jurídicas e transcende o campo do Direito das Sucessões. O vocábulo *sucessão* é uma expressão plurívoca, não unívoca, comportando diferentes significados e não se restringindo à esfera da transmissão de herança. Vem do latim *sucessio*, do verbo *succedere* (*sub* + *cedere*), significando

substituição, com a ideia subjacente de uma coisa ou de uma pessoa que vem depois de outra.

Volviendo a visão para o particular de uma relação jurídica (e lembrando que toda relação jurídica, necessariamente, é composta de um sujeito, de um objeto e de um vínculo entre eles), observa-se que o sujeito ou o objeto podem, eventualmente, sofrer uma substituição por outro sujeito ou por outro objeto. É exatamente o *fenômeno sucessório*. A sucessão, assim, é a substituição do sujeito ou do objeto de uma relação jurídica.

Quando se trata da substituição do *objeto de uma relação jurídica*, tem-se a *sub-rogação real*. O objeto de uma relação jurídica é substituído por outro sem alterar a natureza do vínculo existente. É o exemplo da substituição do bem gravado com cláusula restritiva em doação ou testamento (CC, art. 1.911). Gravado com cláusula restritiva um imóvel, é possível, posteriormente, por decisão judicial, a pedido do interessado, substituir o imóvel por outro, sub-rogando a restrição.

A outro giro, quando se tratar de substituição do sujeito de uma relação jurídica, caracterizar-se-á a *sub-rogação pessoal*. Carlos Roberto Gonçalves destaca se tratar da “permanência de uma relação de Direito que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares”.³ Essa substituição do sujeito da relação jurídica (sub-rogação pessoal) pode decorrer de um ato *inter vivos*. É o interessante exemplo do pai que assume uma obrigação pecuniária do seu filho, que não possui condições de honrar o débito. Também é o caso da sub-rogação locatícia, prevista no art. 12 da Lei no 8.245/91 – Lei de Locação de Imóveis Urbanos.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7, p. 19.

Para além de tudo isso, impende ressaltar a possibilidade de substituição do sujeito de uma relação jurídica por conta da morte do seu titular, seja o sujeito ativo, seja o passivo. E é exatamente aqui que exsurge o Direito das Sucessões: regulamenta a substituição do sujeito (ativo ou passivo) de uma relação jurídica em razão do óbito do seu titular. Destaque-se, contudo, que nem toda sucessão (*rectius*, substituição) diz respeito ao Direito das Sucessões. Isso porque a substituição do objeto (sub-rogação real) e a substituição do sujeito de uma relação jurídica em razão de um ato *inter vivos* (sub-rogação pessoal) são *evidentes fenômenos sucessórios*, que não dizem respeito ao Direito das Sucessões.

Substituição do objeto da relação jurídica	Sub-rogação real
Substituição do sujeito da relação jurídica por ato <i>inter vivos</i>	Sub-rogação pessoal
Substituição do sujeito da relação jurídica por ato <i>causa mortis</i>	Direito das Sucessões

2. OBJETO DA SUCESSÃO HEREDITÁRIA (CAUSA MORTIS): A TRANSMISSÃO PATRIMONIAL

2.1. A transmissão das relações jurídicas patrimoniais em razão da morte do titular e a não transmissão das relações personalíssimas

Como pontua o bom (e notável) baiano Orlando Gomes, “o conteúdo do direito de sucessão não é ilimitado. Posto assuma o herdeiro a posição jurídico-econômica do defunto, não se lhe transmitem todos os direitos de que este era, ou podia ser, titular”.⁴ Isso porque somente as *relações jurídicas patrimoniais* (de natureza econômica) admitem a substituição do sujeito da relação jurídica quando da morte do seu titular. Naturalmente, as relações jurídicas personalíssimas serão extintas quando do falecimento do seu titular, em face de seu caráter *intuitu personae*. É o exemplo dos direitos da personalidade, afinal de contas a morte do titular põe fim, seguramente, ao exercício da titularidade do direito de imagem, da integridade física ou da vida privada. Igualmente, o estado familiar se extingue com a morte do titular. Também é o exemplo dos direitos políticos e das obrigações de fazer personalíssimas (CC, art. 247).

Não há, via de consequência, qualquer transmissão de direitos quando se tratar de uma relação jurídica personalíssima. Com isso, percebe-se que o herdeiro não é um “mero continuador da personalidade do falecido, ou seu representante, até porque o morto não o pode ter”.⁵ Com efeito, o sucessor assume a titularidade das relações patrimoniais de quem morreu, em uma verdadeira mutação subjetiva.

Diferentemente, a outro giro, quando se tratar de uma relação jurídica patrimonial, a morte do sujeito (ativo ou passivo) implicará na transmissão dos direitos e/ou obrigações respectivas do falecido aos seus sucessores. Esse conjunto de relações jurídicas patrimoniais que eram titularizadas pelo falecido e que se transmite aos seus sucessores é o que se denomina *herança* – e que serve de objeto para o Direito das Sucessões.

Em nosso sistema jurídico, a herança é alçada à altitude de garantia constitucional fundamental, como reza o inciso XXX do art. 5º da *Lex Fundamentalis*. Trata-se, por conseguinte, de cláusula pétrea que não pode ser afrontada, sequer, pelo poder constituinte derivado. Efetivamente, o direito de herança é o desdobramento natural do direito à propriedade privada, que será transmitida com a morte do respectivo titular. Confirma-se, pois, a transmissibilidade das relações jurídicas de conteúdo econômico.

Ademais, a herança é um bem jurídico *imóvel, universal e indivisível*. Formada a herança, com a transmissão do conjunto de relações patrimoniais pertencentes ao falecido, atribui-se a esse bem uma natureza imóvel, universal e indivisível, mesmo que formada somente por bens móveis, singulares e divisíveis. Com isso, a herança estabelece um condomínio e uma comosse dos bens integrantes do patrimônio transmitido, que somente serão dissolvidos com a partilha do patrimônio.

2.2. Exceções à regra geral da transmissibilidade das relações patrimoniais

Conquanto a regra geral seja a transmissão de todas as relações jurídicas patrimoniais pertencentes ao falecido, não se pode ignorar a existência de exceções, nas quais determinadas relações de conteúdo econômico não serão transmitidas, em razão de especificidades. São as hipóteses de morte do titular de um direito autoral (Lei 9.610/98, art. 41), de um usufruto, uso ou habitação (CC, art. 1.410, I) e, ainda, de falecimento do titular de uma enfiteuse (CC/16, art. 692, III).

⁴ GOMES, Orlando, cf. *Sucessões*, cit., p. 10.

⁵ ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 27.

O **direito autoral** é um direito *sui generis*, possuindo uma evidente natureza híbrida, mista. Isso porque, nos termos do art. 22 da Lei no 9.610/98, a um só tempo, o direito de autor traz consigo um caráter de direito da personalidade (pela ótica da criação intelectual, que decorre da inteligência humana) e, lado outro, também evidencia uma natureza de direito real sobre bem imaterial (a chamada propriedade intelectual, quanto ao seu exercício). E é exatamente por conta desse caráter eclético, diferenciado, que o direito autoral possui uma regra própria para a transmissão por morte, distinta da normatividade do Código Civil. É que, conforme a legislação específica (art. 41), os aspectos materiais do direito autoral serão transmitidos pelo prazo de setenta anos, a contar do dia 01 de janeiro do ano subsequente à morte do autor. No caso de coautoria, o prazo fluirá a partir do primeiro dia do ano seguinte à morte do último dos coautores. Depois desse prazo, previsto em lei, a obra cairá em *domínio público*.

Por outro turno, o óbito do titular de um **direito real de usufruto, de uso e de habitação** implicará na extinção da relação jurídica existente. No ponto, o inciso I do art. 1.410 da Lei Civil é alvejante ao afirmar que a *morte do usufrutuário extinguirá o usufruto* – o que se aplica, por igual, ao uso e à habitação (CC, arts. 1.413 e 1.416). A morte do beneficiário, portanto, é o limite máximo de duração do usufruto, do uso e da habitação. A justificativa é simples: o usufruto, o uso e a habitação são direitos reais sobre uma coisa alheia concedidos em razão das particularidades do beneficiário, para que se beneficie pessoalmente das vantagens de um determinado bem. Com isso, falecendo o titular, não se justifica transmitir o direito para os seus sucessores, na medida em que foi constituído em favor da pessoa morta. Inexiste sucessão de usufruto, de uso ou de habitação.

Outrossim, falecendo o titular de uma **enfiteuse**, sem deixar sucessores, gera a extinção do direito real, consoante a previsão do inciso III do art. 692 do Código Civil de 1916, com ultratividade normativa no ponto, por força do que consta no art. 2.038 do *Codex* de 2002. O motivo é lógico: morrendo o enfiteuta (também chamado de foreiro) sem deixar sucessor e aplicando as regras comuns do Código Civil, o direito de enfiteuse seria arrecadado pelo Poder Público, em nítido prejuízo ao proprietário do imóvel (chamado de senhorio). Assim sendo, para impedir que o Estado adquira a titularidade da enfiteuse, a legislação prevê que a morte do enfiteuta, sem deixar sucessor, implicará

na extinção imediata do direito real na coisa alheia, consolidando a propriedade nas mãos do senhorio.

Para além disso, é conveniente destacar a existência de uma outra hipótese na qual as normas sucessórias do Código Civil não serão aplicadas, ensejando a incidência de uma normatividade própria. Trata-se do chamado **alvará judicial**, disciplinado na Lei n. 6.858/80, regulamentada pelo Decreto no 85.845/81. É um procedimento especial de jurisdição voluntária tendente a disciplinar a transmissão do patrimônio de alguém que faleceu deixando, tão somente, valores pecuniários (dinheiro) não excedentes a 500 OTN's (obrigações do Tesouro Nacional). Em moeda corrente, o valor remonta a algo em torno de vinte mil reais e pode ter diferentes origens, como FGTS, PIS/PASEP, saldo de salário, restituição de imposto de renda etc. Equivale a dizer: se uma pessoa falecer, sem deixar qualquer outro bem a ser partilhado, e transmitindo, apenas, valores pecuniários não superiores ao aludido limite, será caso de liberação por meio de alvará judicial, sem a necessidade de abertura de um procedimento de inventário. Havendo bens a partilhar, além dos valores pecuniários, o entendimento dos Tribunais vem sendo cimentado no sentido de que seria necessária a abertura de um inventário para que se promova a partilha do patrimônio transmitido (TJ/RS, Ac. 7ª Câmara Cív., ApCív 70062359955 – comarca de Soledade, Rel. Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 4.11.14, DJRS 6.11.14). Em nosso visio, no entanto, considerando que os procedimentos de jurisdição voluntária admitem o julgamento por equidade, sem apego à legalidade estrita, consoante autorização do Parágrafo Único do art. 723 do Código de Processo Civil de 2015, vislumbramos a possibilidade de concessão de alvará mesmo quando existem outros bens a serem partilhados (como um automóvel ou mesmo ações de uma empresa), desde que respeitado o limite pecuniário estabelecido no antes referido Diploma Legal.

EXCEÇÕES À REGRA GERAL DA TRANSMISSÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS PATRIMONIAIS
Direito autoral – Lei nº 9.610/98, art. 41
Usufruto, uso e habitação – CC, art. 1.410, I
Enfiteuse – CC/16, art. 692, III
Alvará judicial – Lei no 6.858/80

2.3. A questão da (in)transmissibilidade dos alimentos no campo sucessório

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.700, afirma que “a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor”. Contudo, em nosso entender, tratando-se de uma obrigação personalíssima, os alimentos não deveriam admitir transmissão em razão da morte do devedor, devendo gerar a sua automática extinção pelo falecimento do alimentante ou mesmo do alimentando. Somente as prestações vencidas e não pagas é que se transmitiriam aos herdeiros, dentro das forças do espólio, por se tratar de dívida do falecido, transmitida juntamente com o seu patrimônio, em conformidade com a transmissão operada por *saisine* (CC, art. 1.784). Não vemos, portanto, com bons olhos a opção do legislador civil, desprovida de sustentação jurídica e atentatória à natureza personalíssima da obrigação. Não fosse suficiente, é de se encalamstrar, ainda, que a transmissão da obrigação de prestar alimentos poderá ensejar uma desconfortável situação, que é a diminuição da herança, que foi transmitida, para o pagamento de uma dívida, não vencida, que não é devida pelo titular do patrimônio recebido. Depois de intensos debates, o Superior Tribunal de Justiça conferiu interpretação ao dispositivo legal, no sentido de que a transmissão seria, tão só, das dívidas vencidas (STJ, Ac. 2ª Seção, REsp. 1.354.693/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 26.11.14, DJe 20.2.15).

De qualquer maneira, ainda que se admita a transmissão da obrigação de prestar os alimentos vincendos, alguns limites precisam ser construídos para que se admita a transmissão da obrigação alimentícia. Primeiramente, para que ocorra a transmissão *post mortem* da obrigação alimentícia não é preciso que o direito cobrado (direito à percepção de alimentos) tenha sido reconhecido, antes, judicialmente, uma vez que o espólio pode ser acionado depois da abertura da sucessão (inclusive, o falecido poderia estar cumprido, voluntariamente, a obrigação). Para tanto, será preciso a propositura de uma ação de alimentos pelo interessado contra o espólio.

De outra banda, o espólio do falecido somente responderá pela dívida transmitida no limite das forças da herança, considerando que a dívida é oriunda do morto, não sendo obrigação originária dos herdeiros. É o que emana do art. 1.792 da Codificação, ao estabelecer que o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança. Importa, demais disso, sublinhar que a responsabilidade pela obrigação alimentar

transmitida somente incidirá sobre os frutos dos bens transmitidos, uma vez que o direito à herança está garantido constitucionalmente (art. 5º, XXX).

Os legitimados a responder pelos alimentos transmitidos (fixados judicialmente em favor de quem não seja herdeiro do morto) serão todos aqueles que possuírem direitos sucessórios em relação ao espólio, seja herdeiro legítimo ou testamentário ou mesmo legatário (e não apenas os herdeiros, como insinua o artigo multicitado). Discussão de relevo diz respeito à legitimidade ativa para a cobrança dos alimentos ao espólio.

Posição mais cautelosa e comedida, à qual aderimos expressamente, sustenta que somente haverá transmissão das obrigações em favor de alimentandos que não sejam herdeiros do espólio deixado pelo falecido, sob pena de violação, por via oblíqua, do princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Seria o caso de um irmão que, além de herdeiro, estaria recebendo alimentos do espólio, em detrimento dos demais irmãos, que se restringiriam à qualidade de herdeiros. Em posição antagônica, entretantes, alguns julgados admitem que, falecido o alimentante, o alimentando (seja ele quem for, inclusive um filho que participará, também, da herança) terá o direito de exigir do espólio o cumprimento da obrigação, até ultimado o inventário, com o trânsito em julgado da partilha, em face da ampla dicção do art. 1.700 da Lei Civil (STJ, Ac. 2ª Seção, REsp. 219.199/PB, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 10.12.2003, DJU 3.5.2004, p. 91).

2.4. A situação especial das obrigações *propter rem*

Como a obrigação *propter rem* está vinculada à titularidade do bem, sendo esta a razão pela qual será satisfeita determinada prestação positiva ou negativa, impõe-se a sua assunção a todos os que sucedam ao titular na posição transmitida – demonstrando que há uma regra específica de sucessão da obrigação *propter rem*. Ilustrando: se alguém adquire um imóvel em condomínio edilício, o débito eventualmente existente de taxas condominiais vencidas será pago pelo novo titular do bem, com direito de regresso contra o anterior proprietário. Também será do novo titular a dívida relativa à violação dos direitos de vizinhança pelo anterior proprietário.

2.5. Contas bancárias conjuntas

Situação a exigir atenção diz respeito à existência de contas bancárias conjuntas quando um

dos correntistas vem a falecer. Estabelecendo como premissa da compreensão do problema o fato de que o regime jurídico norteador das contas conjuntas é a *solidariedade obrigacional*, percebe-se que ambos os correntistas são titulares plenos da movimentação bancária, podendo exercer todos os direitos inerentes. Bem por isso, sobrevivendo o óbito de um dos cotitulares da conta bancária, o saldo existente na conta deve ser partilhado isonomicamente, independentemente da origem dos depósitos, em razão do regime da solidariedade, existente entre eles, salvo a existência de manifestação expressa das partes em sentido diverso. A orientação que provém da Corte Superior de Justiça é exatamente nessa tocada:

(...) Nos depósitos bancários com dois ou mais titulares, cada um dos correntistas, isoladamente, exercita a totalidade dos direitos na movimentação da conta-corrente. No advento da morte de um dos titulares, no silêncio ou omissão sobre a quem pertenciam as quantias depositadas, presume-se que o numerário seja de titularidade dos correntistas em iguais quinhões. A cotitularidade gera estado de condomínio e como tal, a cada correntista pertence a metade do saldo. (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.511.976/MG, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 28.4.15, DJe 12.5.15)

Por idêntica lógica, havendo saldo negativo na conta, no momento da morte de um deles, o espólio responderá, no limite das forças da herança (CC, art. 1.792), pela cota-parte do falecido, embora a entidade bancária possa cobrar a integralidade do débito do cotitular sobrevivente – que, por sua vez, terá direito regressivo contra o espólio.

2.6. Seguro de vida

O valor da indenização decorrente de contrato de seguro de vida, ou de outros ajustes para acidentes pessoais por morte, não integra a herança e, via de consequência, não está sujeito ao pagamento de dívidas deixadas pelo falecido. Nessa esteira, inclusive, a clareza solar do comando do art. 794 do Código de 2002. A mesma lógica, inclusive, é aplicável ao pagamento do seguro obrigatório decorrente de acidente com morte causado por veículo automotor, chamado de DPVAT (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.419.814/SC, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.6.15, DJe 3.8.15), e ao pagamento de previdência privada contratada pelo morto.

Ademais, note-se que os beneficiários do seguro de vida (indicados pelo segurado no negócio celebrado) não são, necessariamente, os seus herdeiros

legítimos. É perfeitamente possível, portanto, que o beneficiário de um seguro de vida não mantenha qualquer vínculo familiar com o titular do negócio jurídico. E, com isso, nota-se que a indenização decorrente de seguro de vida seja paga a pessoas estranhas à sucessão legítima do falecido, sem qualquer benefício para os seus herdeiros previstos em lei (STJ, Ac. 4ª T., REsp 1.132.925/SP, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 3.10.13, DJe 6.11.13).

3. O DIREITO DAS SUCESSÕES

3.1. A sucessão na perspectiva constitucional

“Qualquer norma jurídica no Direito das Sucessões exige, com muito mais vigor que em qualquer época anterior, a presença de fundamento de validade constitucional”, como dispara, com toda razão, Guilherme Calmon Nogueira da Gama.⁶ Significa, pois, que todas as relações jurídicas, inclusive no âmbito sucessório, precisam estar *funcionalizadas* a partir da afirmação da dignidade de cada um dos partícipes dela. O raciocínio se justifica porque a pessoa humana é o fim almejado pela tutela jurídica e não o meio. Assim, as regras jurídicas criadas para as mais variadas relações intersubjetivas, inclusive sucessórias, devem assegurar permanentemente a dignidade da pessoa humana, além de promover a solidariedade social e a igualdade substancial.

A partir da compreensão sobre a dignidade humana é possível perceber a concreta possibilidade de estabelecimento de *limitações legais ao exercício de direitos subjetivos sucessórios*, com vistas à proteção do núcleo familiar e do próprio titular, que ficam protegidos por um *patrimônio mínimo*, elementar, como corolário de sua dignidade. É o que acontece, exemplificativamente, com a limitação ao direito de celebrar testamento. De fato, o titular não pode testar um volume de patrimônio que comprometa a dignidade de seu núcleo familiar quando existem herdeiros necessários que dele dependam. Nota-se que o direito à sucessão (garantido constitucionalmente – CF, art. 5º, XXX) cede espaço para a efetivação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), cuja primazia é indiscutível, em face da maior relevância e densidade valorativa. Enfim, é o ser prevalecendo sobre o ter.

⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 17.

3.2. A função social da sucessão

Remotamente, a função social da sucessão deflui da própria função social da propriedade, porque a propriedade é, seguramente, a base fundante da herança. Não se olvide, no entanto, que a titularidade de bens (adquiridos entre vivos ou por herança) é um fenômeno social e a riqueza não mais se concentra na propriedade física. Assim, surge em potência a função social da herança, como fenômeno concretizador da diretriz da *socialidade*, estabelecida como um dos paradigmas do Código Civil de 2002. Não se apresenta para coibir o exercício da *propriedade*, mas, ao revés, para legitimá-lo.

A transmissão patrimonial de alguém que faleceu gera a conservação das unidades econômicas, em prol da proteção de seu núcleo familiar. No dizer de Washington de Barros Monteiro, “ocorreria, sem dúvida, improdutivo dispêndio de energias se essas unidades dessem desaparecer pela morte das pessoas que as criaram e as mantiveram, impondo-se-lhes a restauração por outros homens”⁷.

Do reconhecimento da função social da herança deflui, como corolário, o limite à liberdade de testar quando o titular do patrimônio possui herdeiros necessários (CC, art. 1.857). Nesse caso, há uma visível preocupação do sistema jurídico com o impacto do exercício da liberdade de elaborar um testamento sobre a esfera jurídica de interesses dos sucessores. Por evidente, não havendo herdeiros necessários, já não mais se justifica a restrição imposta pela norma jurídica, por ausência de prejuízo social no ato de disposição da integralidade do patrimônio.

3.3. Conteúdo do Direito das Sucessões

A partir da própria sistematização apresentada pelo Código Civil de 2002, notadamente em seu Livro V (arts. 1.784 a 2.027), é possível reconhecer a estruturação do Direito das Sucessões em quatro diferentes partes: *i*) sucessão em geral; *ii*) sucessão legítima; *iii*) sucessão testamentária; e *iv*) inventários e partilhas.

A **sucessão em geral** apresenta as regras genéricas aplicáveis a toda e qualquer sucessão, seja em razão da lei (sucessão legítima), seja baseada na vontade do falecido (sucessão testamentária). São as regras relativas, por exemplo, à aceitação e renúncia da herança, à cessão dos direitos hereditários e à indignidade do sucessor. Por outro lado, a **sucessão**

legítima apresenta as normas atinentes à sucessão que se opera por força de lei, independentemente da vontade do autor da herança (o falecido), beneficiando as pessoas que estão previstas na ordem de vocação hereditária (rol dos sucessíveis). Isto é, indica as pessoas idôneas a receber a herança, em ordem sucessiva.

Em seguida, a **sucessão testamentária** normatiza a transmissão hereditária baseada na vontade do falecido, manifestada em vida, por meio de um negócio jurídico (o chamado testamento). Por meio dessa espécie sucessória, o destino do patrimônio deixado pelo morto será aquele indicado por ele mesmo. Registre-se que nada impede a incidência concomitante de regras da sucessão legítima e da sucessão testamentária. Por derradeiro, complementando o sistema sucessório, o **inventário e a partilha** dizem respeito às regras procedimentais para a transmissão da herança e divisão dos bens transmitidos entre os beneficiários. É a veia processual sucessória.

4. TERMINOLOGIAS ESSENCIAIS

4.1. Autor da herança ou *de cujus*

É a pessoa que faleceu e deixou patrimônio a ser transmitido para os seus sucessores. Também é chamado de inventariado, de defunto e de extinto.

Note-se que somente interessa ao Direito das Sucessões a pessoa que falece deixando relações jurídicas patrimoniais. Até mesmo porque somente as relações patrimoniais do falecido são transmitidas. Com isso, aquele que morre sem deixar patrimônio não pode ser enquadrado como *de cujus* e, naturalmente, não interessa ao Direito Sucessório (que apresenta, assim, um certo ar aristocrático).

4.2. Sucessor: herdeiro ou legatário

A pessoa que será convocada para imprimir continuidade às relações jurídicas (patrimoniais) do falecido que foram transmitidas em razão de seu óbito é chamada de sucessor. Pode ser uma pessoa natural (física) ou jurídica e, até mesmo, o nascituro ou a prole eventual, que nada mais é do que o filho que alguém vai ter, consoante a previsão dos arts. 1.798 e 1.799 do Código Civil.

Trata-se da transmissão da situação jurídica do falecido. O sucessor é aquele que adquire a titularidade do patrimônio transferido, em substituição ao morto. Pode receber o patrimônio transmitido a título universal ou singular. Quando o beneficiário adquire o patrimônio a

⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

título universal, chama-se herdeiro. É aquele que continuará as relações patrimoniais, titularizando um percentual do total transmitido. Lado outro, se o sucessor recebe o patrimônio a título singular, é designado como legatário. Recebe um bem específico, certo e determinado, móvel ou imóvel. É o caso de alguém que é beneficiado com uma casa ou um automóvel pelo autor da herança, por meio de um testamento.

A diferença é elementar: o herdeiro sucede na totalidade do patrimônio transferido, quando for único, ou em uma cota-parte dele, quando há mais de um (título universal); o legatário sucede em bens ou valores certos e determinados (título singular). Nada impede que uma pessoa seja herdeiro e legatário ao mesmo tempo.

4.3. Herdeiro legítimo (necessário ou facultativo) e herdeiro testamentário

O herdeiro legítimo é aquele beneficiado com a herança por conta de previsão da norma legal. Os arts. 1.829 e 1.790 do Código de 2002 dispõem serem herdeiros legítimos os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente, os colaterais até o quarto grau e o companheiro sobrevivente. Estes são beneficiados por força de lei (*ex vi legis*) e receberão uma cota-parte, uma fração ideal (também chamada de quinhão hereditário) do total do patrimônio transmitido.

Dentre os herdeiros legítimos (beneficiados por força do ordenamento jurídico), alguns deles são beneficiados obrigatoriamente, não podendo ser excluídos da sucessão pela vontade do titular do patrimônio. São os chamados *herdeiros necessários*. Note-se que *todo herdeiro necessário é um herdeiro legítimo*, mas nem *todo herdeiro legítimo é um herdeiro necessário*.

Assim, a sucessão legítima se divide em *sucessão legítima necessária* e *sucessão legítima não necessária* (também dita *facultativa*). Os herdeiros necessários não podem, ordinariamente, ser preteridos pela vontade do titular. Dessa forma, uma pessoa que tenha descendentes, ascendentes ou cônjuge não poderá testar mais do que cinquenta por cento do seu patrimônio por conta do direito reconhecido ao herdeiro necessário. Ao revés, os herdeiros *facultativos* podem ser excluídos da herança pela vontade do titular. Em sendo assim, através de um testamento, o autor da herança tem a prerrogativa de dispor na inteireza de seu patrimônio em favor de terceiros, em detrimento do herdeiro facultativo. O art. 1.845 da Lei Civil

prescreve que os herdeiros necessários são os *descendentes, ascendente se o cônjuge sobrevivente*. Como se vê, o *companheiro* e os *colaterais até o quarto grau* foram tratados, pelo texto de lei em vigor, como *herdeiros facultativos*.

Todavia, entendemos que se o cônjuge é tratado como herdeiro necessário, o companheiro também deve ser compreendido como tal, por força da proteção constitucional dedicada à união estável (CF, art. 226, § 3º). Não vislumbramos, com absoluta honestidade e observação social, qualquer argumento para colocar o companheiro supérstite em posição inferior ao cônjuge. Essa posição só ficou mais forte depois que o STF, em 2017, ao julgar o RE 878.964, extirpou as diferenças entre os regimes sucessórios de cônjuges e companheiros.

A outro giro, o herdeiro testamentário também adquire uma cota hereditária do patrimônio transferido por força de expressa disposição de vontade do autor da herança, declarada em um testamento. É aquela pessoa a quem o testador dedicou uma fração ideal de seu patrimônio, sem especificar o bem a ser transmitido. A pessoa a quem se beneficiou com dez ou vinte por cento do total dos bens transmitidos. Lacônico, porém preciso, Fábio Ulhoa Coelho propõe: “os legítimos são os familiares do morto indicados pela lei, enquanto testamentários são os escolhidos pelo próprio falecido”.⁸

Pelo fio do exposto, se alguém falecer sem deixar testamento (*ab intestato*, conforme a expressão latina), o patrimônio será destinado aos herdeiros legítimos, declinados pelo Código Civil. Outrossim, se o autor da herança dispõe de herdeiros necessários (CC, art. 1.845), a eles será destinada, pelo menos, a metade do patrimônio líquido disponível quando da abertura da sucessão (o óbito). Não havendo herdeiros necessários, poderá o titular dos bens dispor da integralidade patrimonial por meio de testamento.

4.4. A legítima (garantia mínima reservada aos herdeiros necessários)

A *legítima* representa a parcela da herança que é dedicada, forçosamente, aos *herdeiros necessários* (CC, art. 1.846), com clara mitigação da autonomia privada do titular do patrimônio. A restrição da legítima alcança tanto as liberalidades decorrentes de testamento, quanto de doação.

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 247.

A legítima corresponde, em linhas gerais, à *metade dos bens da herança*, conforme a dicção do art. 1.846 da Codificação de 2002, utilizando um critério fixo, não variável. Porém, o dispositivo seguinte exige uma operação matemática um pouco mais complexa: “*calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação*”. Com isso, para se delimitar a legítima é preciso considerar “1º) os bens existentes no patrimônio do autor da sucessão à data de sua morte; 2º) o valor dos bens doados (que o legislador englobou na noção de colação); 3º) as dívidas da herança; 4º) as despesas do funeral; 5º) o valor dos bens sujeitos à colação”.⁹ Abrangendo, portanto, diferentes valores é que se pode chegar ao cálculo exato da legítima.

Excedendo o testador o limite disponível (intencionalmente ou não), importa em ineficácia daquilo que ultrapassar a cota permitida por lei quando houver herdeiro necessário. Nesse caso, percebendo o tratamento dedicado por lei como matéria de ordem pública, infere-se que a eventual invasão da legítima, por conta da elaboração de um testamento excessivo, autoriza o juiz a conhecer, *ex officio*, a matéria, promovendo a redução necessária. Em 2019 o STJ decidiu que herdeiro necessário não precisa trazer à colação o valor correspondente à ocupação e ao uso a título gratuito de imóvel que pertencia ao autor da herança (STJ, REsp 1.722.691).

4.5. A preservação da legítima e a doação inoficiosa

A doação inoficiosa é caracterizada pela prática de uma liberalidade ultrapassando a metade disponível do patrimônio líquido do doador, ao tempo da prática do ato (CC, art. 549). Isto porque toda e qualquer alienação gratuita que ultrapasse a metade será passível de nulificação por estes interessados, eis que eles detêm, de pleno direito, a legítima (CC, art. 1.789 e 1.846). Assim, a caracterização da nulidade depende da concorrência de dois diferentes elementos: *i*) existência de herdeiros necessários; *ii*) doação ultrapassando o limite disponível.

Na doação inoficiosa a nulidade é parcial, apenas incidindo naquilo que exceder o limite da legítima (CC, art. 2007, §3º). Por isso, a doação é válida no que tange à parte disponível do patrimônio do disponente. Ora, se ao tempo da morte são redutíveis

as disposições testamentárias que excedam a metade disponível (CC, art. 1.967), simetricamente não se poderá alcançar tal excesso mediante doações, eis que a tutela da metade indisponível dos herdeiros necessários já existe em vida do doador e não apenas para o tempo de seu óbito.

O cálculo da legítima (e, por conseguinte, do excesso, ou não, da doação) será realizado no momento da realização da doação e, por conta disso, eventuais variações patrimoniais para mais ou para menos, posteriores à liberalidade, não validam o que é inválido ou invalidam o válido. Fundamental é a aferição do valor do patrimônio contemporâneo a cada ato dispositivo. Por isso, a doutrina afirma que “*torna-se irrelevante qualquer variação patrimonial do doador, após a celebração do negócio, podendo ele enriquecer ou empobrecer*”. A explicação é lógica: se assim não fosse, o doador continuaria doando a metade que possui, a cada momento, até promover o total esvaziamento de seu patrimônio.¹⁰

O sistema da vedação às doações inoficiosas apenas não se aplica quando a liberalidade é realizada por ascendentes a descendentes e entre cônjuges, no patrimônio particular de cada um. Incide nestas hipóteses – qualquer que seja o valor da doação com relação ao patrimônio –, o regramento do adiantamento da legítima e posterior colação, conforme o observado no art. 544 do Código Civil.

Provado o excesso de doação, invadindo a legítima dos herdeiros necessários, o interessado pode ajuizar uma *ação de redução das doações inoficiosas*. A doação remuneratória deve respeitar a legítima dos herdeiros e não pode ser universal (STJ, REsp 1.708.951). A legitimidade ativa é dos herdeiros necessários, diretamente prejudicados, apesar de se tratar de nulidade e, via de consequência, de matéria de ordem pública.¹¹ A outro giro, no polo passivo da relação processual haverá um *litisconsórcio necessário e unitário*, entre o doador e o beneficiário. Registre-se, inclusive, a possibilidade de propositura da citada demanda ainda durante a vida do doador, não sendo necessário aguardar o seu falecimento. De qualquer modo, lembrando que se trata de norma de ordem pública, o juiz poderá conhecer, *ex officio*, a nulidade da doação inoficiosa, quando provada em alguma outra demanda, como, por exemplo, no inventário.

¹⁰ SOUZA, Sylvio Capanema de, cf. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p. 194.

¹¹ Com o mesmo pensar, MELO, Marco Aurélio Bezerra de, cf. *Novo Código Civil Anotado*, cit., p. 201.

⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI, p. 267.

4.6. Herdeiro universal

Em se tratando de herdeiro único, a integridade do patrimônio deixado pelo falecido será transferida para a mesma pessoa. É o chamado *herdeiro universal*. Por absoluta lógica, no caso de herdeiro universal não há necessidade de partilha do patrimônio transmitido, bastando a adjudicação dos bens pelo beneficiado. Até mesmo porque não teria como ser dividido o patrimônio com uma única pessoa.

4.7. Herança e espólio

A *herança* é o conjunto de relações jurídicas, ativas e passivas, patrimoniais pertencentes ao falecido e que foram transmitidas aos seus sucessores, por conta de sua morte, para que sejam partilhadas. Integram, assim, a herança o patrimônio ativo e passivo do falecido, bem como os bens móveis, os imóveis, os créditos, os débitos, as propriedades intelectuais e imateriais, as cotas empresariais, os direitos possessórios, as aplicações financeiras, dentre outros.

Vale o registro, por oportuno, que se o passivo suplantar o ativo deixado pelo morto, incidirá a norma insita no art. 1.792 da Codificação. Reitere-se, como dito alhures, que as relações jurídicas não patrimoniais (existenciais, personalíssimas) não serão transmitidas com o falecimento do titular, extinguindo-se automaticamente.

Em nosso ordenamento jurídico, a herança é tratada como um bem jurídico imóvel (CC, art. 80), indivisível e universal (CC, art. 91), mesmo que composta somente de bens móveis, divisíveis e singulares (seria o exemplo de uma herança composta, somente, por dinheiro). Esse caráter universal (*universitas juris*) da herança se caracteriza pela abrangência de todo o ativo e o passivo deixados pelo morto e se mantém até a partilha, mesmo que sejam múltiplos os herdeiros. Por conta disso, todos os coerdeiros passam a ser coproprietários e copossuidores da integralidade do patrimônio transmitido.

Trata-se de um caso típico de formação de um condomínio *pro indiviso*. Cada um deles não pode excluir a posse e a titularidade do outro, por conta de um estado de indivisão e de universalidade que se instala. Somente com a partilha se desfaz a indivisão e a universalidade da herança. Nada impedirá, contudo, que a decisão judicial (inventário judicial) ou a escritura pública (inventário extrajudicial) mantenham o condomínio sobre determinados bens. De qualquer maneira, será alterada a natureza do condomínio, nesse caso.

Em se tratando de um bem jurídico, é natural que a herança reclame um ente para representá-la, quando necessário. Pois bem, o *espólio* é o ente despersonalizado que representa a herança, em juízo e extrajudicialmente. Realmente, o espólio não dispõe de personalidade jurídica (não é, portanto, pessoa jurídica), mas tem capacidade para titularizar relações jurídicas, como é o exemplo das relações trabalhistas e previdenciárias, além das relações consumeristas e tributárias. Igualmente, o espólio dispõe de legitimidade processual, podendo demandar e ser demandado (CPC, art. 75, VII).

O espólio, por seu turno, será representado pelo inventariante (se já houver nomeação) ou pelo administrador provisório (CPC, art. 613), que é aquele que estiver na posse dos bens componentes da herança. No caso de inventariante dativo (um terceiro não beneficiado pelo espólio, nomeado pelo juiz), por não ter qualquer interesse na proteção do patrimônio transmitido, todos os herdeiros representam o espólio, consoante a dicção do § 1º do art. 75 do Código de Ritos.

Registre-se, de qualquer modo, que, em se tratando da representação processual da herança (que é o conjunto de relações patrimoniais transmitidas com a morte), o espólio somente terá legitimidade (ativa e passiva) para as ações de conteúdo econômico. De qualquer maneira, é imprescindível lembrar que os herdeiros possuem legitimidade para as demandas patrimoniais, mesmo em se tratando de ações para as quais o espólio esteja legitimado.

4.8. Herança e meação

É preciso chamar a atenção para o fato de que a herança não se confunde com a meação do cônjuge ou companheiro da pessoa que faleceu, decorrente do regime de bem adotado no casamento ou na união estável.

Isso porque a meação é direito próprio, titularizado pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente. Por isso, é preciso, no âmbito do inventário, separar a meação do consorte supérstite, que não será objeto da transmissão sucessória – e, bem por isso, não será tributado, nem calculada para fins de cobrança de custas processuais. É dizer: a herança diz respeito ao patrimônio pertencente ao falecido e que é transmitido aos seus sucessores com o seu falecimento; a meação é um direito próprio do titular, correspondendo à parte dedicada ao cônjuge ou companheiro que se mantém vivo, em razão do regime de bens estabelecido entre o casal.

Por conta disso, o cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*, devido pelos herdeiros, e das

custas processuais do inventário não podem levar em consideração a meação do cônjuge ou companheiro sobrevivente, uma vez que se trata de direito próprio da pessoa que remanesceu. Incorporando tais ideias, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de reconhecer, em seus julgados, a distinção necessária entre herança e meação: “Em processo de inventário, a toda evidência, a meação do cônjuge supérstite não é abarcada pelo serviço público prestado, destinado essencialmente a partilhar a herança deixada pelo *de cujus*. *Tampouco pode ser considerada proveito econômico, porquanto pertencente, por direito próprio e não sucessório, ao cônjuge viúvo.*” (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp 898.294/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 2.6.11, DJe 20.6.11)

Acresça-se, por necessário, que o cônjuge ou o companheiro sobrevivente poderá fazer jus, a depender da situação específica, de um percentual a título de herança, além do que lhe couber em razão da meação.

4.9. Herança e a aceitação com benefício de inventário

É certo e incontroverso que é dever dos herdeiros honrar as dívidas deixadas pelo falecido, por conta da qualidade de sucessor universal. Todavia o sistema jurídico brasileiro abraça a regra da transmissão da herança com benefício de inventário (*beneficium inventarii*). É o que deflui da leitura, ainda que perfunctória, do art. 1.792 da Codificação Civil: “O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.”

Em visão pragmática, nota-se que o herdeiro pode, até mesmo, não receber nada, mas não terá de desembolsar o seu próprio dinheiro para o pagamento das dívidas do falecido.

Vem se entendendo que, por não responder pessoalmente pelas dívidas que superem o limite da herança transmitida, o herdeiro é parte ilegítima para figurar no polo passivo de uma eventual ação de cobrança ajuizada pelos credores do falecido (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp 1.125.510/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 6.10.11, DJe 19.10.11). Quem responde pelas dívidas do morto é o seu espólio, até o limite do patrimônio transmitido – a quem se reconhece a legitimidade passiva *ad causam* no caso.

Somente na hipótese de ser a dívida apurada depois de ultimada a partilha, os sucessores respondem pessoalmente, porém na proporção correspondente à herança recebida (CC, art. 1.997). De qualquer sorte, é possível ao herdeiro, por mera

liberalidade, pagar as dívidas do falecido que superem a força da herança transmitida, praticando uma verdadeira doação.

4.10. Inventário e partilha

Inventário e partilha é um procedimento especial de jurisdição contenciosa previsto no Código de Processo Civil (arts. 610 a 673) para que seja efetivada a transmissão da herança. Trata-se de um procedimento bifásico-escalonado, por meio do qual o patrimônio transferido por conta da morte do titular será avaliado, bem como serão detectados os sucessores e eventuais credores (primeira parte, chamada inventariança), para que seja procedida a divisão entre eles, de acordo com o quinhão de cada um (segunda fase, denominada partilha).

O CPC/2015, de modo acertado, não trouxe regra semelhante à norma do art. 989 do CPC/1973. O que isso significa? Que o juiz não mais dispõe de legitimidade para iniciar o inventário diante da inércia dos interessados, como antes dispunha o art. 989 do CPC/1973 (tratava-se de uma espécie de processo civil necessário, uma legítima anômala, em clara exceção ao princípio da inércia). Atualmente, portanto, não mais existe a iniciativa de ofício do juiz no inventário (a partir do CPC/2015), colocando-se a ordem jurídica brasileira ao lado da quase totalidade dos sistemas jurídicos ocidentais.

Em nosso sistema jurídico, o inventário pode ser efetivado em juízo, através de um procedimento especial de jurisdição contenciosa (que pode ser mais abreviado, em determinados casos), ou em cartório (é o chamado inventário administrativo), quando não houver interesse de incapaz e quando inexistir declaração de última vontade do autor da herança e conflito de interesses (litígio) entre os sucessores.

5. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Em interessante precedente, a jurisprudência argentina teve oportunidade de determinar a aplicação da desconsideração em processo sucessório (CApel, CC, L.L., 1979, D-237). O caso envolvia um conhecido engenheiro e empresário, proprietário de próspero estabelecimento agrícola, que veio a constituir com sua esposa e cinco (de seus seis) filhos uma sociedade empresarial denominada *La Estrella*, omitindo, propositadamente, o seu filho mais velho. Na sequência, veio o empresário a transferir seus principais bens para a pessoa jurídica, diminuindo,

sensivelmente, o seu patrimônio pessoal, em favor do patrimônio empresarial. Ora, aberta a sua sucessão, com o seu óbito, o seu filho mais velho questionou a transferência de ações, terras e gado para a pessoa jurídica (da qual não participava da estrutura social), prejudicando os seus interesses legítimos. A Corte argentina determinou o *corrimento del velo societario*, uma vez que a sociedade escondia a realidade.

Aqui encontra-se o substrato axiológico da aplicação da desconsideração no direito sucessório, servindo como “ferramenta de que pode se valer o prejudicado para obter o reconhecimento de seu direito integral à herança”.¹² Aliás, no âmbito sucessório, não se pode negar a redobrada importância da teoria da desconsideração em razão da imperiosa necessidade de procedimentos mais simplificados e menos formalistas, tendendo a soluções mais justas (juízo de equidade), considerando que o objeto da disputa judicial incide sobre relações de ordem íntima, cuidando do aspecto psicológico, espiritual, da pessoa humana, dizendo respeito, em última análise, à sua própria existência.

Vale o destaque que, de ordinário, a desconsideração da personalidade jurídica nas lides sucessórias ocorre na *via inversa*, desconsiderando o ato jurídico praticado (e o patrimônio do devedor) para alcançar o patrimônio societário, cuja formação decorreu de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Assim, não raro, é possível impor o cumprimento da obrigação perante o patrimônio da própria empresa, que está escondendo, irregularmente, os interesses de um dos sócios, ainda que seja oculto.

6. O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Em meio a uma sociedade aberta, plural e multifacetada, não se pode negar que, em determinados casos, envolvendo empresários ou titulares de vultosos bens, é racional e prospectivo estabelecer estratégias e soluções antecipadas para a administração do patrimônio que será transmitido posteriormente pela via sucessória, evitando conflitos de interesses entre os herdeiros. É o que se convencionou denominar *planejamento sucessório*.

Afigura-se como uma providência preventiva, permitindo ao titular de um patrimônio definir, ainda vivo, o modo como deve se concretizar a transmissão dos bens aos sucessores, *respeitado o limite da legítima*, caso existam herdeiros necessários, com vistas a precaver conflitos, cujos reflexos

deletérios podem ocasionar, até mesmo, a perda ou deterioração de bens e de pessoas jurídicas.

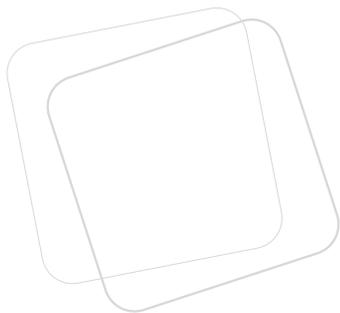
A ideia fundamental do planejamento sucessório é a economia de custos póstumos, buscando uma melhoria do relacionamento entre os herdeiros, garantindo a continuidade do negócio (sem perdas e, se possível, maximizando lucros) e a preservação da afetividade que entrelaça os membros do núcleo familiar. Até mesmo porque vem se demonstrando que a sucessão é uma fonte inesgotável de conflitos. Um outro evidente benefício decorrente do planejamento sucessório é a celeridade na partilha do patrimônio entre os interessados, na medida em que cessa a litigiosidade. Evita-se, pois, que o tempo venha a causar prejuízos à administração do patrimônio.

Para efetivar o planejamento familiar, pode o titular do patrimônio se valer de diferentes figuras jurídicas, com vistas à organização antecipada da distribuição do seu patrimônio. Antes da adoção de providências efetivas para concretizar o planejamento alvitrado é essencial uma etapa preambular de estudos prévios, criteriosos para a obtenção de um diagnóstico da situação familiar, sob o prisma patrimonial, legal e tributário. Deve ser levado em conta, por exemplo, a quantidade de bens imóveis do titular, a existência, ou não, de ativos financeiros, o regime de bens do casamento do titular e dos herdeiros, a extensão e a tipificação dos negócios da família etc. Tudo isso sem olvidar a importante discussão sobre a intenção de manter a participação dos herdeiros na administração dos negócios ou a contratação de mão de obra profissional, experimentada.

Respeitando o limite da legítima (quando há herdeiro necessário), é possível utilizar a via da elaboração de um testamento, da celebração de doação em vida (que pode constituir antecipação de herança em favor de um herdeiro necessário), da efetivação de uma partilha em vida (autorizada pelo art. 2.018 do Código Civil) e, até mesmo, da criação de pessoas jurídicas. Aliás, uma das formas de planejamento sucessório é a criação de uma *holding* patrimonial familiar.

Outro poderoso mecanismo de planejamento sucessório é a utilização das cláusulas restritivas (ou limitadoras) na constituição da própria *holding* patrimonial familiar ou, isoladamente, sobre bens específicos a serem transferidos para os herdeiros. As cláusulas restritivas têm o condão de tornar o bem indisponível para os sucessores, não podendo atingir, por óbvio, o interesse dos *credores do autor da herança*, que serão pagos com prioridade. Ou seja, a clausulação da herança não compromete os interesses dos credores do autor da herança que podem, inclusive, excutir o bem sobre o qual incidiu o gravame.

¹² BORDA, Guillermo Julio. *La persona jurídica y el corrimento del velo societario*, op. cit., p. 107.



ELEMENTOS GENÉRICOS DO DIREITO DAS SUCESSÕES (A SUCESSÃO EM GERAL)

*“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...”*

(Mílton Nascimento / Maria Rita,
Encontros e despedidas,
de Mílton Nascimento)

1. LINHAS GERAIS SOBRE A MORTE

1.1. Sobre os efeitos jurídicos decorrentes da morte

A morte completa o ciclo vital da pessoa humana, extinguindo a sua personalidade. Decreta, pois, o fim de existência humana e, naturalmente, é o pressuposto fundante do Direito das Sucessões. 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 *mutação subjetiva nas relações jurídicas patrimoniais* mantidas pelo falecido (*de cuius*), que passam a ser titularizadas por seus sucessores, *ex vi* do disposto no art. 1.784 da Codificação.

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.

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. Hodiernameamente, 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.

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*.

O Código Civil, em seu art. 6º, 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. Em 2017, através da Resolução n. 2.173, o CFM atualizou os critérios para a verificação da morte encefálica. Os artigos 1º e 2º, sobretudo, trazem pré-requisitos procedimentos de realização mínima que devem ser feitos no paciente. Cuida-se de aspectos técnicos e específicos que não cabe tratar neste livro.

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)

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, permite a ordem jurídica pátria (LRP, art. 77) que se realize um *procedimento justificatório* em juízo (também chamado de *justificação de óbito*). Trata-se de um procedimento especial de jurisdição voluntária, demonstrando-se, por meio de testemunhas (que presenciaram ao funeral ou ao enterro), de perícia ou de documentos (firmados por médico, por exemplo), a ocorrência da morte, bem como o dia, hora e local, para que o juiz, ouvido o promotor de justiça, se houver interesse de incapaz (CPC, art. 178), aceite a justificação do óbito, determinando a lavratura do registro respectivo.

É impossível olvidar, ainda, a possibilidade de 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 para que possam produzir os efeitos jurídicos 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*). O óbito ocorrido nas circunstâncias catastróficas previstas no art. 7º da Codificação de 2002 e no art. 88 da Lei de Registros Públicos exige, obviamente, um reconhecimento pelo juiz. Dessa maneira, as pessoas de quem não mais se têm 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 parente próximo ou um credor).

Observe-se que, em tais hipóteses, é muito provável a morte da pessoa que estava nas circunstâncias referidas, apenas não se tendo localizado 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 se teve notícias dela. A *morte presumida sem ausência* produz os mesmos efeitos jurídicos de uma morte real, detectada depois da verificação médica do cadáver.

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 2.9.61 e 5.10.88 (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 profanos. 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 da 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, ressaltando-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 jurídicas, como se ele morto estivesse.

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

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

Através dessas diretivas antecipadas (também chamadas de *testamento vital* ou *living will*), 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, a qual,

por óbvio, terá validade e eficácia e prevalecerá, inclusive, sobre qualquer outro parecer não médico e sobre a própria manifestação de vontade dos familiares. O Enunciado 528 das *Jornadas de Direito Civil* aponta: “É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado *testamento vital*, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade”. As diretrizes antecipadas de vontade são instruções elaboradas por uma pessoa em relação a tratamentos médicos que deseja aceitar ou recusar, para a eventualidade de encontrar-se incapaz no futuro de se exprimir e tomar as próprias decisões (em questões, por exemplo, ligadas a cuidados e tratamentos médicos). É possível – sobretudo diante do doenças crônico-degenerativas – que *mais adiante não nos seja possível exprimir nossas vontades de modo autônomo*. As DAVs existem para lidar com essa realidade, e evitar que se faça conosco algo que não gostaríamos que fosse feito (ou *não se faça* algo que gostaríamos que fosse feito).

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. 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.

Já se colhe interessante precedente jurisprudencial de aplicação das diretivas antecipadas, respeitando inteiramente o direito de morrer dignamente:

“Biodireito. Ortotanásia. Testamento vital. 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. 2. O caso se insere no denominado Biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural.

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 Constituição Federal, isto é, vida com dignidade