

O momento da morte para fins de abertura da sucessão:

a morte encefálica ou a parada cardiorrespiratória

MATEUS GERALDO PAULINO¹

LUIZ FERNANDO PIMENTA GIL²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO – 1. DA PERSONALIDADE NATURAL – 1.1 DO INÍCIO DA PERSONALIDADE NATURAL – 1.2 FIM DA PERSONALIDADE NATURAL – 1.3 MORTE ENCEFÁLICA – 2. SUCESSÃO CAUSA MORTIS – 2.1 CONCEITO – 2.2 DOS LEGITIMIDOS – 2.3 DOS EXCLUÍDOS DA SUCESSÃO 2.4 DROIT DE SAISINE – 3. CRITÉRIO UTILIZADO PARA ESTABELECEER O MOMENTO DA MORTE PARA FINS DE ABERTURA DA SUCESSÃO ‘CAUSA MORTIS’ - 3.1 DA EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE MORTE - 3.2 CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO A LEI DE TRANPLANTES - 3.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI 6.015: DOS REQUISITOS PARA LAVRATURA DA CERTIDÃO DE ÓBITO - 3.4 DA ABERTURA DA SUCESSÃO A APARTIR DA MORTE ENCEFÁLICA – CONSIDERAÇÕES FINAIS – REFERÊNCIAS

RESUMO: O presente trabalho destinou-se a traçar diretrizes e buscar elementos que possam determinar a partir de qual momento ocorre o fim da personalidade e em consequência os efeitos que deste advém, como é o caso da abertura da sucessão. O artigo 6º do Código Civil determina que a existência da pessoa natural termina com a morte, esta por sua vez marca o fim da personalidade natural e consequentemente autoriza a abertura da sucessão com a incidência do *droit de saisine* e transmissão de todo o patrimônio do *de cujus* a seus herdeiros. Hodiernamente a medicina possui um novo conceito de morte, baseado nos sinais de atividade cerebral, o da morte encefálica, ocorre que o Direito é omissivo no que tange a informar se o *droit de saisine* se opera a partir de constatada a morte encefálica, ou se somente com parada cardiorrespiratória. Desta feita, foi realizado um estudo buscando esclarecer se a constatação da morte encefálica autorizaria ou não a abertura da sucessão. Concluiu-se pela aplicação do conceito de morte encefálica no campo do direito sucessório, ocorrendo assim o *droit de saisine* a partir do momento em que for decretada a morte encefálica.

¹ Graduado em Direito pela Libertas Faculdades Integradas

² Docente na Libertas Faculdades Integradas. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca. Advogado.

Palavras chave: Direito das sucessões, momento da abertura da sucessão, morte encefálica, parada cardiorrespiratória

INTRODUÇÃO

Assim como o nascimento, a morte é um fenômeno de imensa complexidade, que envolve não só a ocorrência de um fato, mas sim de uma cadeia deles. Tal fenômeno é responsável por colocar fim na existência humana e conseqüentemente em sua personalidade que é adquirida com o nascimento é também responsável pelo desencadeamento de uma série de circunstâncias jurídicas, umas das mais importantes atinentes ao campo sucessório, já que com a morte opera-se o chamado *droit de saisine*, e a consequência deste é a transmissão de todo o patrimônio do falecido aos seus herdeiros, seja por meio de declaração de última vontade do próprio falecido materializada através do testamento, ou no caso da falta deste na forma da lei vigente à época do falecimento.

O presente trabalho tem por escopo realizar uma análise acerca do momento em que se considera morto o indivíduo para o direito sucessório, ou seja, qual o momento em que se opera a abertura da sucessão levando em conta os dois critérios de morte hoje existentes no campo jurídico. Deve-se considerar o critério da parada cardiorrespiratória, caracterizado pela parada de todos os órgãos do corpo humano ou o conceito trazido pela Lei de Transplantes o da morte encefálica, que se baseia na falta de atividades cerebrais?

Visando elucidar a questão foi realizada uma análise acerca do início e do fim da personalidade natural, sendo traçadas considerações acerca do instituto da morte encefálica e, após tratada a questão atinente a sucessão, destacando-se o fato autorizador desta, qual seja a morte, conforme determina o artigo 6º do Código Civil.

A partir de então buscou-se mostrar a importância em se definir um parâmetro para considerar o indivíduo como morto e por consequência dar início a abertura de sua sucessão, devendo o critério a se adotar ser único para todos os ramos do direito, não sendo coeso para determinados fatos se ter como morto aquele que tem a morte encefálica decretada e para outros se exigir a parada de todos os órgãos, esta situação fatalmente geraria insegurança no ordenamento jurídico.

O grande imbróglio encontra-se justamente no fato de o legislador ser omissivo quando do momento em que se considera morto o indivíduo para fins de abertura da sucessão e

consequentemente ocorrência do *droit de saisine*. O legislador ao autorizar a retirada de órgãos para fins de transplantes nos moldes da Lei 9.434 considerou como morto aquele que possui a morte encefálica decretada, entretanto não se manifestou se esta poderia ser aplicada para ensejar a abertura da sucessão, lado outro, considera a Lei de Registros Públicos como meio de se fazer prova da morte no campo jurídico a certidão de óbito, sendo esta entretanto somente lavrada com a declaração e atestado de óbito que por sua vez apenas são redigidos quando ocorre a cessação total dos órgãos humanos.

Desta feita, o presente trabalho buscou demonstrar o qual importante se faz a adoção de um critério determinador do fim da vida humana, sendo demonstrado através de um caso prático os diferentes resultados que se pode obter no direito sucessório pela adoção de um ou de outro modelo.

Para se buscar os objetivos almejados através deste trabalho foi utilizado o método de pesquisa dialético.

Após discorrer sobre o início da personalidade natural, as circunstâncias que determinam o final desta, os fatores que autorizam a abertura da sucessão, os institutos da morte encefálica e da parada cardiorrespiratória, buscou-se responder da maneira mais coesa possível qual o método mais adequado para determinar que se operem os efeitos da *saisine* e consequentemente ocorra a abertura da sucessão.

1 DA PERSONALIDADE NATURAL

Para uma melhor análise acerca do tema proposto, mister se faz primeiramente tratar acerca da personalidade natural, uma vez que é através desta que o ser humano passa a ser considerado como indivíduo perante a sociedade, passando então a ser sujeito de direitos e obrigações. Gonçalves (2017, p.94) define a personalidade como: “[...] aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil [...]”, pode-se analisar que os conceitos de personalidade quando da ótica jurídica terão sempre relação com a pessoa.

Wald ensina que no direito moderno todos são capazes de possuir direitos e contrair obrigações, tendo portanto a chamada personalidade, ou, ainda segundo este, a capacidade de direito, com base no que traz expresso a redação do artigo 1º do Código Civil (WALD, 2003, p.117).

Pereira (2016, p.181) faz a seguinte análise acerca do tema: “A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolavelmente ligada. Sua duração é a da vida. Desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade”.

Já para Farias e Rosenvald a personalidade seria uma aptidão reconhecida a todas as pessoas, podendo estas serem titulares de relações jurídicas, reclamarem seus direitos de cidadania, alcançando tanto pessoas física como jurídicas. Funcionaria como uma base para o ordenamento jurídico, também se tratando de um valor ético, uma vez que possui fonte constitucional, principalmente atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 135-136; 127). Ainda acerca da personalidade, referidos autores explicam que esta é fator ligado a pessoa, sendo o centro do ordenamento jurídico, uma vez que as normas são criadas para facilitar a existência, e o convívio pessoal, por isso a personalidade jurídica deve ser moldada ao redor de princípios constitucionais que protejam essa condição da pessoa, como é o caso da dignidade humana³, que é princípio que rege praticamente todas as normas contidas no ordenamento jurídico, assim não seria diferente com a personalidade, nunca devendo esta, se afastar dos princípios norteadores do ordenamento pátrio, consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Apesar de não ser o foco principal do presente trabalho, mister se faz esclarecer que a personalidade jurídica não abrange apenas as pessoas naturais, mas também as pessoas jurídicas. Assim como explicam Gagliano e Pamplona Filho, adquirida a personalidade, o ente passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito, seja pessoa natural ou jurídica, podendo, a partir de então realizar atos dos mais diferentes tipos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2010, p.124).

Embora os ordenamentos contemporâneos reconheçam a todos os homens qualidade de sujeito de direitos e obrigações, atribuindo-lhes portanto personalidade, em tempos passados, podendo se citar o ordenamento Romano, este equiparava os escravos à coisas, e até mesmo o ordenamento brasileiro, que embora não negasse personalidade aos escravos à

³ Para Kant, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Consequentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade (disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7069/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-pensamento-de-kant/3>> acesso em 29/05/2018).

época, restringia-lhes inúmeros direitos de que usufruíam aqueles que eram “livres”, o mesmo ocorria com os estrangeiros que tinham seus direitos reduzidos em comparação com os nacionais, geralmente lhes eram garantidos os direitos que o seu país de origem garantisse aos estrangeiros do país em que se encontra, o que hoje se conhece por reciprocidade (WALD, 2003, p.117;118). Felizmente com o avanço da sociedade e os inúmeros movimentos sociais visando a igualdade entre os povos, esta questão já se encontra superada no campo legal, sendo consagrado na legislação pátria, mais precisamente no artigo 1º do Código Civil de 2002 a seguinte redação: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” atribuindo portanto, personalidade a todos.

Importante destacar, que não se deve confundir a personalidade com capacidade jurídica, conforme explica Paulo Nader são institutos diferentes, afirmando que a personalidade no que diz respeito a maneira de ser e agir não deve ser confundida com a personalidade jurídica, vez que esta, é aptidão de ser titular de direitos e deveres da ordem civil, podendo se estender à pessoas jurídicas. A personalidade jurídica é vista como uma forma mais absoluta, pois não pode ser medida, como a capacidade jurídica, portanto, todas as pessoas possuem personalidade, mas nem todas possuem capacidade jurídica (NADER, 2013, p.161).

Ainda sobre a personalidade e a capacidade jurídica deve ser destacada a lição trazida por Farias e Rosenvald, que explicam serem dois institutos conexos, porém que não devem ser confundidos, uma vez que, enquanto a personalidade segundo afirmam os doutrinadores, possui alcance generalizante, remetendo-se a valores jurídico reconhecidos a todos os seres humanos, e ampliado para que alcance também os agrupamentos de pessoas, (fazendo aqui referência às pessoas jurídicas), a capacidade jurídica autoriza aqueles que possuem personalidade a exercerem relações patrimoniais (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.136).

Basicamente, sobre personalidade jurídica e capacidade, pode se dizer que a primeira é da essência do ser humano, todos possuem, ao passo que a segunda, depende do preenchimento de alguns requisitos, como por exemplo a capacidade de discernir o certo do errado, o bom do ruim, sendo então apto a exercer os atos da vida civil por si só, sem a assistência ou representação de um terceiro.

1.1 DO INÍCIO DA PERSONALIDADE NATURAL

A base legal para análise acerca do início da personalidade natural encontra-se disposta no artigo 2º do Código Civil, que possui a seguinte redação: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” A partir de tal artigo, é trazido um conceito acerca do momento em que se inicia a personalidade natural, qual seja do nascimento com vida, valendo destacar a segunda parte do artigo que assegura desde a concepção⁴ os direitos do nascituro, podendo se ressaltar dentre estes o direito à vida (art. 5º da CF), à integridade física, alimentos, dentre outros, que também lhe são assegurados.

Ocorre o nascimento quando a criança é separada do ventre materno, não importando tenha o parto sido natural, ou por intervenção cirúrgica. Sendo essencial que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com vida orgânica própria, mesmo que ainda não tenha sido cortado o cordão umbilical (GONÇALVES, 2017, p.101.)

Pode-se observar que para alguns doutrinadores como é o caso do retro mencionado Calos Roberto Gonçalves não se é exigido que o cordão umbilical esteja cortado para que o recém-nascido seja considerado como um ente independente e possuidor de personalidade, já Washington de Barros Monteiro possui entendimento no sentido de que para se concretizar o nascimento, ponto de partida para o início da personalidade, deve se ocorrer a separação por completo da criança com o ventre materno, afirmando que não terá ocorrido o nascimento enquanto o recém-nascido estiver ligado pelo cordão umbilical à sua mãe, afirmando ainda que independe a forma do parto, se natural ou por intervenção cirúrgica, sendo também irrelevante a forma pela qual ocorreu a concepção, ou gestação, bastando apenas o nascimento com vida, que se pode comprovar, através da docimasia hidrostática de Galeno ou também por sinais de vida como vagidos e movimentos próprios (MONTEIRO, 2007, p.64).

Diferentemente do que ocorre em alguns ordenamentos, o brasileiro não exigiu nenhuma outra característica essencial, para o reconhecimento da personalidade natural, apenas o nascimento com vida, mesmo que o recém-nascido venha à falecer instantes após. No ordenamento francês e holandês por exemplo exige-se que a criança seja viável, ou seja, capaz de viver, não ocorre o mesmo no ordenamento brasileiro uma vez que este procurou afastar situações que pudessem gerar dúvidas, acerca de ter ou não adquirido personalidade o

⁴ Significado da palavra concepção: para a medicina, consiste no conjunto de alterações que ocorrem no ovo e no organismo da progenitora no princípio da gravidez. Aquele que é considerado o momento exato da concepção ocorre quando o espermatozoide fecunda o óvulo, e dá início à gestação. Disponível em <<https://www.significados.com.br/concepcao/>> Acesso em 16/01/2018.

recém-nascido, ainda mais com os avanços da medicina que podem proporcionar aquele que antes estava desacreditado, a possibilidade de manter se vivo. Por outro lado, o *Códex* Espanhol de forma inusitada ao menos em uma primeira análise, exige que a criança recém nascida tenha forma humana e tenha vivido pelo menos 24 horas, para que assim possa adquirir personalidade. O argentino⁵ e o húngaro por sua vez atribuem personalidade ao indivíduo desde a sua concepção (Diniz, 2008, p. 197).

Estabelecer o momento do início da personalidade é essencial para o desdobramento dos efeitos que decorrem deste fenômeno, sendo que a partir daí, tem se a aptidão do indivíduo para ser sujeito de direitos e obrigações, podendo o mesmo alcançar direitos patrimoniais, como por exemplo a herança, que só pode ser alcançado por quem detenha a chamada personalidade jurídica material, que é aquela que se obtém, conforme preceitua Maria Helena Diniz a partir do nascimento com vida, que por sua vez, ocorre com o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, ou seja se respirou, mesmo que por alguns instantes, viveu, e portanto adquiriu personalidade jurídica material. (DINIZ, 2008, p.198).

Mostra-se de extrema importância a verificação se o recém-nascido chegou a respirar e portanto adquiriu personalidade, ou se o mesmo foi natimorto⁶, imaginemos a hipótese de um casal reunido pelo regime de separação de bens, onde o marido faleça deixando sua esposa grávida, caso a criança nasça e adquira personalidade jurídica, mesmo que logo em seguida venha à falecer a mesma adquire os direitos sucessórios do pai, e transmite com sua morte à mãe, não podendo os avós paternos nada reivindicarem, situação diversa ocorre se a criança for natimorto, não adquirindo neste caso personalidade jurídica, e portanto, não sendo herdeira de seu pai, já falecido, neste caso quem será contemplado com a herança serão os avós paternos, uma vez que o regime de casamento dos pais da criança era o da separação total de bens, e conforme dispõe a ordem hereditária do Código Civil (CC, art.1.829) (GONÇALVES, 2017, p.102).

Conforme exemplificado anteriormente, de suma importância é a constatação se o recém-nascido chegou ou não a viver, e portanto adquiriu ou não personalidade jurídica,

⁵ Apesar de ter sido publicado um novo diploma civil argentino em 2014, este manteve o início da personalidade a partir da concepção, conforme determina seu artigo 70. Código Civil argentino. Disponível em: <<http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/codciv.htm>> Acesso em 12/08/2018.

⁶ Definição de Natimorto, Secretaria da Saúde, disponível em <<http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/print.php?conteudo=668>> acesso em 26/12/2017. É o produto do nascimento de um feto morto. Considera-se feto morto aquele que nasce pesando mais de 500g e que não tem evidência de vida depois de nascer. Para fins de cálculos estatísticos de taxa de mortalidade perinatal para comparação internacional, somente se incluirão fetos mortos que pesam 1000g ou mais ao nascer.

sendo que tal constatação advém tradicionalmente através de um exame clínico denominado docimasia hidrostática de Galeno, que basicamente leva em consideração se o feto chegou a respirar e portanto encheu os pulmões de ar, ou não, sendo que caso tenha respirado viveu, e portanto adquiriu personalidade. Tal exame é feito de forma que os pulmões extraídos do corpo que faleceu durante o parto ao serem imersos em água, eles flutuam, devido ao fato de ter o recém-nascido respirado e conseqüentemente enchido de ar os pulmões, ao contrário do que acontece com os que não respiraram que por estarem vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam (GONÇALVES, 2017, p.102).

Conforme dispõe a lei n.6015/73, lei de Registros Públicos todo nascimento deve ser registrado, mesmo que a criança venha a nascer sem vida ou morra durante o trabalho de parto. Caso a criança nasça sem vida, ou seja, o denominado natimorto deve o assento de óbito ser feito no livro “C Auxiliar” conforme determina o artigo 33, V da lei 6015/73. Porém se vier a morrer durante o parto, tendo respirado, deverão serem feitos dois registros, primeiramente o de nascimento, e posterior o de óbito (DINIZ, 2008, p.201).

Apesar de a Lei de Registros Públicos exigir que sejam levados a registro todos os nascimentos ocorridos em território nacional, mesmo daqueles que forem natimortos, tal procedimento é meramente administrativo, não sendo necessário o registro de nascimento em cartório, para que o recém-nascido obtenha a personalidade jurídica, sendo que esta, por sua vez já seria adquirida com o simples fato do nascimento, desde que com vida. Farias e Rosenvald sobre o tema fazem a seguinte análise:

A personalidade jurídica é adquirida através do nascimento com vida, conferindo-se ao regular registro civil de nascimento, no Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais, caráter meramente administrativo, de natureza declarativa e não constitutiva (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.259).

Conforme já abordado, o início da personalidade da pessoa natural dá se com o nascimento com vida, o qual é comprovado a partir do funcionamento do aparelho respiratório, se o recém-nascido respirar ele adquiriu personalidade, se não, é tido como natimorto, não adquirindo assim personalidade, ocorre que a doutrina não é unânime em seu posicionamento quanto a referido tema, sendo que existem várias teorias distintas que tratam sobre o assunto, principalmente no que diz respeito aos direitos do nascituro.

1.2 FIM DA PERSONALIDADE NATURAL

O artigo 6º do atual diploma Civil traz a seguinte redação ao se referir ao término da Personalidade Natural: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.” Pode se verificar que o ponto que marca o término da Personalidade Natural é a morte, sendo que esta é dividida em algumas modalidades como veremos a frente, e também conforme previsão do retromencionado artigo pode se ocorrer o fim da personalidade natural com a presunção da morte, quando não se é possível a comprovação desta, e nos casos em que a Lei permitir.

A extinção da Personalidade Natural possui como consequência o Fim da pessoa Natural, deixando a mesma de ser sujeito de direitos e obrigações, na visão de Washington de Barros Monteiro a personalidade adquirida pelo ser humano com o seu nascimento perdura por toda a vida, até o momento de sua morte, passando a partir daí não mais ser considerado pessoa, não mais ser sujeito de direitos e obrigações, não mais ser alguém (MONTEIRO, 2007, p.78).

A morte é fenômeno natural da essência da raça humana, quando nascemos a única certeza que temos é que um dia iremos morrer, não sabendo se este dia está longe ou prestes a ocorrer, diante disso o legislador se viu na obrigação de regular referida situação que traz inúmeros efeitos na ordem jurídica, principalmente no que tange à direitos patrimoniais, dentre tais efeitos Washington de Barros Monteiro e na mesma linha Maria Helena Diniz enumeram alguns:

Dissolução do vínculo conjugal e do regime matrimonial (Lei n.6.515/77 e art.1571, I, CC);

Extinção do poder familiar (art. 1.635, I, CC), e de contratos personalíssimos, como o de prestação de serviços (art. 682, II, CC);

Cessaçã da obrigação de alimentos, com o falecimento do credor, sendo que no caso do devedor seus herdeiros assumirã o ônus até as forças da herança (Lei n. 6.515/77, art.23; art.1700 CC);

Extinção da obrigação de fazer, quando convencionado o cumprimento pessoal (art. 247 e 248, CC), do pacto de preempção (art. 520 do CC), da obrigação oriunda de ingratidão donatário (art.560, CC), do usufrutuário (art. 1.410, I CC), da doaçã em forma de subvenção periódica (art. 545, CC), do encargo da testemunha (art. 1.985, CC), do benefício da justiça

gratuita (Lei n. 1.060/50) e talvez um dos mais importantes a abertura da sucessão (art. 1.738, CC), (MONTEIRO, 2007, p.80).

Esses como se pode ver, são efeitos resultantes da morte na órbita civil, porém não são só efeitos cíveis que a morte ocasiona, existem também reflexos no âmbito penal que seria a extinção da punibilidade do agente criminoso (art. 107 CP) e no âmbito do processo Civil onde a morte de uma das partes ou mesmo do advogado, resulta em suspensão automática dos prazos (art.313, I).

Apesar de a morte fazer extinguir a personalidade natural, existem algumas vontades que se manifestadas antes daquela, devem ser respeitadas, como é o caso da vontade manifestada em testamento (art. 1.857 CC), codicilos (art. 1.881, CC), bem como as disposições acerca do cadáver, que devem obedecer aquilo que era de interesse do falecido enquanto vivo, podendo em consonância com o artigo 14 do CC qualquer pessoa dispor de seu corpo num todo, ou em parte, para fins científicos (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 306).

O que também deve ser respeitado mesmo após a morte são os direitos inerentes a personalidade do falecido, como a honra, a imagem, o nome, dentre outros, que mesmo sendo diretos personalíssimos, com a morte do titular possibilita à alguns legitimados, como é o caso do cônjuge/companheiro sobrevivente, e dos parentes em linha reta ou colateral até o quarto grau pleitearem medidas protetivas em juízo, para defesa destes direitos em consonância com o artigo 12 do CC, referidos legitimados são denominados pela doutrina de lesados indiretos (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 306).

Relembra Washington de Barros Monteiro que no direito Romano o morto era considerado como se vivo fosse até a aceitação da herança por seus herdeiros, visando-se evitar com que a herança fosse declarada jacente. No ordenamento jurídico moderno houve uma inversão no que tange a isto, sendo que não mais o direito ficto do falecido se estende por além da morte, mas sim o direito dos herdeiros que retroagem à data do falecimento do titular da herança, visando se porém o mesmo fim previsto nos ordenamentos anteriores, qual seja o cuidado em evitar a jacência da herança (MONTEIRO, 2007, p.78).

1.3 MORTE ENCEFÁLICA

A morte encefálica não faz parte da classificação da grande maioria dos doutrinadores acerca dos tipos de morte, entretanto é de suma importância para o desenvolvimento do presente artigo uma análise sobre a questão.

A morte encefálica é definida por França da seguinte maneira:

“[...] é aquela que compromete de forma irreversível a vida de relação e a coordenação da vida vegetativa, diferente, pois, da “morte cortical”, que apenas compromete a vida de relação, mas o tronco cerebral continua a regular os outros processos vitais, como a respiração e a circulação sem a ajuda de meios artificiais (FRANÇA, 2014, p.539)

Com o advento da lei 9.434 de 1977 (Lei de Transplantes) o instituto da morte encefálica ficou mais conhecido, haja vista ela ser o marco que autoriza a retirada de órgãos daquele que faleceu, para fins terapêuticos e de transplante, desde que devidamente comprovada, e autorizada a retirada dos órgão pelo cônjuge ou algum parente nos termos da supracitada lei.

Instituída a lei de transplantes, esta, apenas se limitou a estabelecer que a remoção de órgãos pode ser realizada após a comprovação da morte encefálica, entretanto, não tratou acerca dos requisitos para preenchimento desta condição. Determinando ao Conselho Federal de Medicina a incumbência de estabelecer tais requisitos, sendo por este então editada a Resolução⁷ 1.480 de 1997, tratando dos critérios para constatação da morte encefálica.

Trouxe em seu artigo 4º o seguinte: “Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação da morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motorasupra-espinal e apnéia”. Em suma, para configuração da morte encefálica deveriam ser comprovada a perda da percepção com o mundo exterior, perda de movimentos entre a coluna e o crânio e perda da respiração.

Devem ser ainda realizados exames complementares nos moldes do artigo 6º da Resolução 1.480⁸, afim de se constatar ausência de atividade elétrica cerebral ou, ausência de atividade metabólica cerebral, ou ausência de perfusão sanguínea cerebral, todas essas

⁷ Conforme ensina Carvalho Filho (2015, p.57), cabe à Administração complementar o sentido da lei traçando diretrizes de aplicação desta quando necessário, sendo esta complementação feita com base no poder regulamentar, mister frisar que apesar do poder regulamentar ter função normativa, sua competência deve ser limitada à complementação da lei, sem que seja dada nenhuma inovação esta sob pena de configurar abuso de poder, podem então via de regra as resoluções serem consideradas como normas de natureza derivada ou secundária.

⁸ A resolução 1.480 do Conselho Federal de Medicina foi recentemente atualizada pela Resolução 2.173, visando dar mais segurança ao médico antes do diagnóstico de morte encefálica.

medidas visando não deixar dúvidas acerca da irreversibilidade do quadro clínico apresentado.

Genival Veloso de França destaca que quando da morte encefálica deverá ser elaborado termo de declaração que ficará arquivado no prontuário do paciente, contendo a causa do coma, os exames neurológicos realizados, assim como os resultados dos exames complementares, as assinaturas dos profissionais que procederam aos exames, além das observações pertinentes acerca do caso (FRANÇA. 2014, p.538). Cabe aqui ressaltar que os dois médicos que elaboraram o diagnóstico de morte encefálica, não podem ser participantes das equipes de remoção e transplante de órgãos, de acordo com o artigo 3º da lei de transplantes, justamente visando evitar algum tipo de favorecimento.

Devido aos avanços tecnológicos na medicina foram criados meios pelos quais se é possível proporcionar o prolongamento indefinido de uma vida, por intermédio de aparelhos de alta tecnologia que possibilitam por exemplo a ressuscitação cardíaca, o que veio a revolucionar o tradicional conceito de morte clínica, que era marcada pela parada cardíaca e respiratória, modificando-se, assim, o atual conceito de morte, inserindo a denominada morte encefálica (GOGLIANO, 2007).

Conforme preceitua a doutrina contemporânea, a morte encefálica é a nova tendência na definição de morte, diante dos avanços tecnológicos que permitem o prolongamento da vida humana através de técnicas artificiais. Cabe entretanto se destacar que o instituto da morte encefálica não pode ser confundido com o de eutanásia, conforme explica a professora Daisy Gogliano:

[...] toda e qualquer interrupção de sustentação cardiorrespiratória em face da morte encefálica não pode ser confundida com a eutanásia, no sentido de privar de vida um ser humano por motivos filantrópicos, propiciando-lhe a "boa morte", com o intuito de evitar sofrimento intenso e acima de tudo desnecessário (GOGLIANO, 2007).

Importante se destacar que a morte de maneira geral e não é diferente no caso da morte encefálica, não deve ser caracterizada com a parada de funcionamento de apenas um órgão, mesmo que seja este essencial, visto que aquela, apenas deve ser tida quando houver evidência de sinais claros que indiquem a privação da atividade vital como um todo e de maneira irreversível (FRANÇA, 2014, p. 540).

Em suma, a morte encefálica é a nova tendência para definir o momento em que se opera o fenômeno morte, devendo esta, ser comprovada em consonância com a resolução 1.480 do Conselho Federal de Medicina, e nos casos em que houver autorização de retirada

dos órgãos para fins terapêuticos ou de transplantes devendo este trâmite seguir as disposições contidas na lei 9434 de 1997.

2 SUCESSÃO CAUSA MORTIS

2.1 CONCEITO

A palavra sucessão em sentido amplo significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar da outra, investindo-se no todo ou em parte dos direitos que lhe competiam. Porém no direito das sucessões vamos trabalhar com a figura da sucessão *causa mortis* que é aquela que disciplina a transferência do patrimônio ativo e passivo do *de cuius* a seus herdeiros (GONÇALVES, 2010, p.19/20).

Carlos Maximiliano citado por Carlos Roberto Gonçalves define brilhantemente o conceito de sucessão, ressaltando seu duplo aspecto da seguinte maneira:

Direito das sucessões, em sentido *objetivo*, é o conjunto das normas reguladoras da transmissão dos *bens* e *obrigações* de um indivíduo em consequência da sua morte. No sentido *subjetivo*, mais propriamente se diria – direito de suceder, isto é, de receber o acervo hereditário de um defunto. (MAXIMILIANO, 1942, apud; GONÇALVES, 2010, p.20)

O direito sucessório que conhecemos hoje pouco se assemelha ao de tempos passados, podendo até mesmo afirmar que de todos os ramos do direito, aquele que mais sofreu alterações com o passar dos tempos foi o direito sucessório. As antigas disposições que tratavam do direito sucessório eram de todo injustas, ao passo que beneficiavam os homens da família, os chamados varões, deixando as mulheres sem direito algum, apenas o que podiam fazer erase sujeitar ao que lhes era imposto. Para se ter ideia, até mesmo entre os homens haviam injustos privilégios no tocante ao direito sucessório, como era o caso dos primogênitos, sendo que apenas este herdaria, ficando os demais filhos à mercê da vontade dele, a justificativa que se dava era a de conservar a propriedade familiar, colocando a administração dos bens apenas nas mãos do filho mais velho. Hodiernamente tais prerrogativas já não mais subsistem, sendo os privilégios resultantes da varonia e da primogenitura figuras do passado, e já abolidas pelo direito contemporâneo (MONTEIRO, 2003, p.2).

O direito sucessório moderno é fruto da interação entre o direito romano, do qual se extraiu a liberdade de se testar, podendo o particular realizar testamento de seu patrimônio da

forma que bem entender, desde que respeite os limites impostos pela lei, do antigo direito germânico, que considerava como herdeiros apenas os que possuíam vínculo sanguíneo com o *de cuius*, desconhecendo portanto a sucessão testamentária, e do direito canônico, que contribui com a ideia de representação daqueles que faleceram pelos seus sucessores, surgindo assim o direito sucessório que hoje rege as relações de transmissão *causa mortis* (MONTEIRO, 2003, p.5).

O fundamento do direito das sucessões sofre alterações que variam de acordo com o momento histórico que se considerar, bem como a corrente a que se filiar, podendo se destacar o de ordem religiosa, que consistia em manter a propriedade familiar sobre a administração do varão mais velho a quem cabia também dar continuidade aos cultos religiosos no lugar do *de cuius* (GONÇALVES, 2010, p.25).

O direito sucessório existe para regular principalmente a situação dos bens do *de cuius*, uma vez que a propriedade não se extingue com a morte do titular, mas sim é passada aos herdeiros, motivando assim o núcleo familiar ao trabalho e incentivando a construir riquezas, sabendo que futuramente destas serão beneficiados, sendo tal estímulo compatível com o interesse da sociedade e alinhado a previsão do artigo 5º, XVII e XXX, que asseguram o direito de propriedade e herança. Posicionamento contrário estabelecem os socialistas, que afirmam que o atual direito sucessório gera cada vez mais desigualdade social, uma vez que acumula riquezas nas mãos de poucos, segundo estes o patrimônio do *de cuius* deveria retornar ao Estado para que este pudesse redirecioná-lo, gerando assim benefício para a comunidade, tal posicionamento claramente possui equívocos uma vez que é a partir do incentivo em se produzir riquezas que a economia se movimenta e de foram indireta o homem acaba atuando no sentido do maior interesse social (GONÇALVES, 2010, p.25/27).

Sílvio de Salvo Venosa acerca do direito sucessório faz a seguinte análise: “Se não houvesse direito à herança, estaria prejudicada a própria capacidade produtiva de cada indivíduo, que não teria interesse em poupar e produzir, sabendo que sua família não seria alvo do esforço” (VENOSA, 2010, p.3).

A corrente que defende que o atual modelo de direito sucessório apenas contribui para aumentar cada vez mais a desigualdade social, neste clive até possui certa razão, uma vez que enquanto a fortuna daquele que falece for transferida a seus familiares, nas mãos destes sempre ficará, não podendo o Estado intervir, entretanto possui mais pontos negativos do que positivos, imagine uma país onde os cidadãos sabem que sua família somente usufruirá de

seus bens enquanto estiver em vida, sendo que a partir de então todo seu patrimônio será “devolvido” ao Estado, neste caso não teria incentivo nenhum o cidadão em produzir riquezas, uma vez que notório que esta não serviria em prol de sua família, tal circunstância desencadearia uma série de problemas ao país, principalmente econômicos, visto que quem movimenta a economia de um país é a sua própria população agindo de forma a gerar riquezas para si e sua família e contribuindo de forma indireta para o interesse social de todos (GONÇALVES, 2010, p.25/27).

2.2 DOS LEGITIMADOS

A sucessão como se sabe decorre do fenômeno morte, a partir desta opera-se o *droiit de saisine*, momento no qual acontece a transmissão dos bens do *de cujus* para os seus herdeiros, ocorre entretanto que citados herdeiros devem possuir ao momento da transmissão a chamada legitimação sucessória, ao dizer de Diniz(2009, p.45) a legitimação ou capacidade sucessória diz respeito a capacidade que uma pessoa possui para herdar, não sujeitando as condições de que depende a situação de herdeiro relativamente à herança do *de cujus*, muito menos à extensão dos direitos sucessórios, seria uma espécie de qualidade virtual para suceder. Ainda acerca do tema a referida autora explica que não se deve confundir a capacidade sucessória com a capacidade civil, uma nada tem a ver com a outra, sendo que a subsistência de uma delas não obsta a da outra. Para deixar mais claro pode-se observar a situação do civilmente incapaz, por exemplo o menor de dezesseis anos, que apesar da incapacidade civil, pode perfeitamente possuir capacidade sucessória, e ao mesmo tempo aquele que for considerado como indigno, perderá a sua capacidade sucessória, mantendo entretanto sua plena capacidade civil, reforçando se a assertiva de que uma nada tem a ver com a outra.

A Legitimação para suceder é apurada no momento da abertura da sucessão, vez que conforme dispõe o artigo 1.787/CC a lei que regula a sucessão e a legitimação para suceder, será aquela vigente ao tempo da abertura da sucessão, não podendo então ocorrer nenhuma alteração legal, seja ela anterior ou posterior ao óbito, que modifique eventual direito de herdar (DINIZ, 2009, p.45). Washington de Barros Monteiro (2003, p.18) acerca do momento da apuração da capacidade sucessória, faz a seguinte análise: “Em matéria de vocação hereditária não se legisla para alcançar o passado, mas apenas para reger o futuro.” Sendo

assim, pode-se observar que a lei que rege todo o direito sucessório sendo no que diz respeito a fixação da vocação hereditária, ou mesmo a extensão da quota de cada herdeiro se regerá pela lei vigente ao momento da morte do *de cuius*.

Analisando nosso ordenamento, no que tange a direitos sucessórios, pode se verificar que a regra geral é que todos possuem capacidade para suceder, desde que estejam estes na ordem de vocação hereditária determinada pelo artigo 1829/CC, ou que tenham sido beneficiados por testamento realizado pelo *de cuius*, a exceção ficaria por conta daqueles afastados por lei, como é exemplo clássico o do considerado indigno e por consequência excluído da sucessão. (GONÇALVES, 2017, p.69)

O artigo 1798/CC que trata de maneira genérica acerca dos legitimados para suceder possui a seguinte redação: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Conforme se extrai da leitura do referido artigo, pode-se verificar que o direito do nascituro por já estar concebido encontra-se resguardado, pode-se também extrair da leitura, que como o texto refere-se à “pessoas” somente estas é que podem ser contempladas como herdeiros, não podendo os animais, salvo de forma indireta no caso em que o testador atribuir ao beneficiário de seu testamento o encargo de cuidar de um especificamente, excluídas também estão as coisas inanimadas e as entidades místicas, como por exemplo os santos, caso ocorra alguma disposição testamentária neste sentido, entenderá como feita às entidades religiosas existentes no lugar de domicílio do testador (GONÇALVES, 2017, p.69).

Podem ser beneficiadas em testamento tanto as pessoas naturais como as jurídicas, sejam estas de direito público ou privado. Sendo que as disposições testamentárias que beneficiarem pessoas já falecidas serão caducas, tendo em vista a própria disposição do artigo 1798, e também a sucessão se tratar de ato com caráter pessoal *intuito personae* (GONÇALVES, 2017, p.70).

Maria Helena Diniz (2009, p.46/50) enumera alguns pressupostos que devem subsistir para que se tenha a chamada capacidade sucessória, sendo estes:

Morte do *de cuius*, pois é este o fenômeno que autoriza a abertura da sucessão.

Sobrevida do sucessor, necessário se faz que o sucessor do *de cuius* esteja em vida quando da abertura da sucessão, sendo que caso não o esteja, se este for herdeiro ilegítimo

serão beneficiados os demais herdeiros em sua classe, caso não existam, os da classe imediata, se for testamentário caducas estão as disposições deste. Valendo-se destacar aqui, que os direitos do nascituro encontram-se assegurados, e que existe também a hipótese da transmissão hereditária condicional, subordinada a evento futuro e incerto, como é o caso da prole eventual, no qual o testador em suas disposições testamentárias beneficia a prole eventual de determinada pessoa, ficando a herança subordinada a ocorrência, que neste caso é o nascimento. Tal subordinação entretanto não pode ser *ad aeternum*, ou seja deve possuir uma limitação temporal, que neste caso é de dois anos, decorrido este prazo sem que o acontecimento a que se encontra subordinada a sucessão ocorra, será a herança reintegrada a legítima do *de cuius*.

O herdeiro precisa ser da espécie humana, pois conforme anteriormente mencionada apenas as pessoa naturais e também as jurídicas podem suceder. Ressalvado os casos de encargos nos quais a herança é destinada a alguém encarregado de realizar determinada tarefa.

Título ou fundamento jurídico do direito do herdeiro, que possui base legal no disposto no artigo 1786/CC, que determina que a sucessão dar-se a por lei ou disposição de última vontade, no primeiro caso será observado a ordem estabelecida pelo artigo 1829/CC e no segundo, desde que respeitados os limites legais, ficará a vontade do titular do patrimônio a sua disposição.

Conforme já mencionado a regra é que todos possuem capacidade sucessória, com exceção daqueles determinados como incapazes de suceder por previsão legal, ou determinação judicial, quando serão então excluídos da ordem sucessória.

2.3 DOS EXCLUÍDOS DA SUCESSÃO

O Código Civil de 2002 trouxe um capítulo destinado aos excluídos da sucessão, os chamados casos de indignidade.

Podem ser excluídos da sucessão tanto os herdeiros quanto os legatários, a seguinte redação nos traz o artigo 1814/CC:

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Maria Helena Diniz define a indignidade da seguinte maneira:

A indignidade vem a ser uma pena civil que priva do direito à herança não só o herdeiro, bem como o legatário que cometeu os crimes os atos criminosos, ofensivos ou reprováveis, taxativamente enumerados em lei, contra a vida, a honra e a liberdade do *de cuius* ou de seus familiares (DINIZ, 2009, p.50).

Deve-se analisar que a sucessão hereditária possui de certa maneira uma razão de ordem ética, qual seja, a afeição do *de cuius* com o herdeiro ou legatário, tal afeição deve gerar ao menos o acatamento e respeito à pessoa do *de cuius* e conseqüentemente às suas vontades e determinações. Porém a prática de atos de desprezo e desapego para com o autor da herança podem fazer com que o herdeiro ou o legatário sejam considerados indignos, e conseqüentemente excluídos da sucessão (GONÇALVES, 2017, p.113)

As causas que autorizam a exclusão do herdeiro da sucessão estão previstas no retromencionado artigo 1814/CC, e conforme ensina Washington de Barros Monteiro podem ser sintetizadas da seguinte maneira: atentados contra a vida, a honra e a liberdade do *de cuius* ou de seus familiares. Afirma ainda que as causas que autorizam a exclusão, por sua natureza não comportam interpretação extensiva ou por analogia, ou seja o rol trazido pelo artigo 1814 é taxativo. (MONTEIRO, 2003, p.64)

Mister se faz aqui, realizar uma breve distinção entre alguns dos institutos ora em debate, quais sejam a falta de legitimidade para suceder, a indignidade e a deserção, que apesar de se tratarem de institutos que limitam o direito de herança possuem peculiaridades.

A falta de legitimidade para suceder é instituto de ordem objetiva, ou seja no momento da abertura da sucessão é apurado se o herdeiro possui ou não a capacidade sucessória, se possui, adquire a herança, se não possui, não a adquire, já nos casos de indignidade pode-se dizer que esta possui caráter subjetivo, uma vez que depende de decisão judicial que a confirme, possuindo o herdeiro até o trânsito em julgado a posse da herança, ao passo que na falta de legitimidade esse sequer adquire o direito à sucessão. (GONÇALVES, 2017, p.122)

Da mesma forma que não se confunde a legitimidade para suceder com a indignidade, também não se deve confundir a indignidade com a deserção, uma vez que possuem legitimados diferentes e também procedimentos diversos, apesar de buscarem o mesmo fim, qual seja a exclusão do herdeiro.

O instituto da deserção possui base legal no artigo 1961 do Código Civil, que possui a seguinte redação: “Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão”. Além das causas que traz o retromencionado artigo, os artigos 1962 e 1963 ambos também do Código Civil enumeram outras possibilidades que ensejam o pedido de deserção por parte do titular da herança.

Denota-se da leitura do artigo 1961, que a deserção é um instituto que visa a exclusão de herdeiro necessário (descendente, ascendente, cônjuge/companheiro) sendo legitimado para tanto apenas o *de cujus*, funda-se em vontade expressa deste, ao ponto que nos casos de indignidade o fundamento é de vontade presumida. (GONÇALVES, 2017, p.122)

Em suma as diferenças consistentes entre a indignidade e a deserção estão em: a) sua causa eficiente. Ao ponto em que a indignidade é decorrente de lei, nos casos previstos no artigo 1814, a deserção é privativa do autor da herança que pune aquele que incorreu em fatos que autorizem tal medida, nos moldes do artigo 1961 e seguintes do Código Civil; b) campo de atuação. Ao ponto que a indignidade é considerada instituto da sucessão legítima a deserção ainda é considerada como parte da sucessão testamentária, isso porque é efetivada apenas mediante testamento como ato de última vontade do *de cujus*(art.1964/CC) apesar de muitos autores considerarem que a deserção poderia integrar a sucessão legítima por possuir força para privar os herdeiros necessários da sua quota obrigatória; c) pelo modo de efetivação(GONÇALVES, 2017, p.123).

A indignidade ocorre nos moldes do artigo 1815 do Código Civil, que determina que os casos de indignidade devem ser declarados por meio de sentença judicial, podendo ser requerida tal medida por terceiros interessados, ao contrário do que acontece no caso de deserção onde o único legitimado é o autor da herança por meio de testamento com a previsão da causa da deserção, entretanto, apesar da deserção ser possível apenas por testamento, caso este seja declarado por algum motivo inválido, poderão os interessados

requerem a indignidade do herdeiro que o autor da herança pretendia excluir da sua ordem sucessória, desde que a causa autorize que seja declarada a indignidade (GONÇALVES, 2017, p.123).

Por fim, importante ressaltar no que diz respeito ao indigno, que este pode ser reabilitado por vontade do autor da herança, tendo em vista a expressa previsão do artigo 1118 do Código Civil, que possibilita a reabilitação por meio de testamento ou ato autêntico, como por exemplo por meio de escritura pública. Caso o ofendido já possua conhecimento da causa de indignidade do herdeiro, mas mesmo assim o contemple em testamento, este terá direito a suceder até o limite da disposição testamentária, sendo o caso da chamada reabilitação tácita. (DINIZ, 2009, p.60)

2.4 DROIT DE SAISINE

A transmissão dos bens do *de cuius* a seus herdeiros ocorre por meio do chamado *droit de saisine*, que determina que aberta a sucessão transmite-se desde logo a herança aos herdeiros legítimos e testamentários, valendo ressaltar aqui que independe o conhecimento acerca da morte do *de cuius* por parte dos herdeiros.

O *droit desaisine* possui origem no Direito germânico, sendo porém consagrado pelo Direito francês durante a Idade Média. Constituía-se praxe em referido período histórico na França, o fato de que com a morte do servo seria devolvido ao seu senhor a posse de seus bens, sendo exigido dos herdeiros o pagamento de determinada quantia, para que só assim pudessem esses adquirir a propriedade dos bens deixados. Diante destes fatos buscando afastar a imposição deste pagamento, a jurisprudência francesa, principalmente ligada aos costumes parisienses, veio a consagrar que com a morte haveria a direta transferência dos bens do servo aos seus herdeiros, o que ficou determinado na seguinte fórmula: *Le serf mort saisit le vif, sonhoir de plus proche*. Diante destes fatos passou a doutrina por volta do século XIII, a adotar o chamado *droit de saisine*, que traduz precisamente a imediata transmissão dos bens, cuja propriedade e posse passam diretamente da pessoa do morto aos seus herdeiros (PEREIRA, 2017, p.38).

No Direito romano por sua vez, havia certa distinção quando do momento em que ocorreria a transmissão dos bens aos herdeiros do falecido, sendo que, quanto aos herdeiros da

classe necessária a transmissão era direta, sem necessidade da prática de nenhum ato por parte deste. Quanto aos demais herdeiros, estes não se integravam na posse da herança enquanto não houvesse a aceitação, ficando portanto a herança a partir da abertura, até a aceitação em estado de jacência, possuindo representante e sendo lhe reconhecida personalidade. Somente após a aceitação é que a herança incorporaria ao patrimônio do herdeiro (PEREIRA, 2017, p.37).

Em nosso ordenamento o princípio da *saisine* foi consagrado no artigo 1784 do Código Civil, com a seguinte redação: “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”, não sendo exigido como se vê a prática de nenhum ato por parte dos herdeiros (DINIZ, 2009, p.21).

Venosa explica que para o direito sucessório a *saisine* nada mais é do que o direito inerente aos herdeiros do *de cuius* de entrarem na posse dos bens que constituem sua herança, em outras palavras a *saisine* seria o meio pelo qual se adquire a posse mesmo que de forma indireta, dos bens deixados pelo *de cuius* (VENOSA, 2010, p.16).

Importante destacar que com a morte do *de cuius* e consequente aplicação da *saisine* a herança transmite-se aos herdeiros como um todo unitário, sendo regida pelas normas relativas ao condomínio por não terem sido ainda individualizados os quinhões hereditários, fato que ocorrerá por meio da partilha, sendo assim, o direito do herdeiro entre o momento da abertura da sucessão e a partilha é indivisível (GONÇALVES, 2017, p.39).

Acerca do tema preleciona Washington de Barros Monteiro que: “Se é verdade que a herança passa ao herdeiro, desde a abertura da sucessão, o mesmo não se pode dizer da qualidade e quantidade dos bens de que se há de compor o quinhão respectivo” (MONTEIRO, 2003, p.15).

Assim como explica Carlos Roberto Gonçalves (2017, p.39/49) o princípio da *saisine* previsto no artigo 1784 do Código Civil, deve ser interpretado em consonância e de forma harmônica com os artigos 1206 e 1207 ambos do Código Civil, pelos quais o sucessor continua no direito da posse assim como o seu antecessor, veja bem, nas mesmas circunstâncias, se esta era exercida de forma clandestina por exemplo, presume-se assim continuar, do mesmo modo se a posse for justa e de boa fé assim permanecerá.

Conforme já mencionado, aberta a sucessão ocorre desde logo a transmissão dos bens aos herdeiros legítimos e testamentários, sendo que a efetiva posse desses bens via de regra somente ocorrerá no momento da partilha onde se singularizará a quota parte de cada herdeiro. Pode se dizer de certa forma que o Inventariante possui a posse direta dos bens que compõem o espólio, enquanto os herdeiros possuem a posse indireta, possuindo ambos simultaneamente a condição de possuidores. Diante disto estão legitimados os herdeiros após a abertura da sucessão a se valerem dos interditos possessórios para a defesa da posse dos bens que compõem a herança. Sendo que caso tais medidas já estivessem em curso por parte do autor da herança, os herdeiros as continuarão caso os motivos que a permitem ainda subsistirem. Mister destacar que cabe em princípio ao inventariante representar em juízo ativa e passivamente a herança, entretanto não excluindo a legitimidade dos herdeiros no que diz respeito aos interditos possessórios (GONÇALVES 2017, p.40).

Outra consequência jurídica que advém da adoção do princípio da *saisine* pelo ordenamento pátrio diz respeito à incidência do imposto sobre transmissão causa mortis e doação, o ITCMD, que trata-se de um imposto de competência estadual que incide nas transmissões de bens ou direitos não onerosas, como ocorre na doação e na herança.

Como mencionado o ITCMD é um imposto de competência estadual, por isso será regido por leis estaduais, e de acordo com os tribunais superiores deve observar nos casos de incidência em atos *causa mortis*, como é o caso da herança, as regras vigentes ao tempo da abertura da sucessão e não o da apuração do imposto. Os entendimentos dos Tribunais alinham-se à súmula 112 do STF com a seguinte redação: “O imposto de transmissão "causa mortis" é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão”. Pode se verificar que tal posicionamento possui total congruência com o princípio da *saisine*, uma vez que se aplicam as normas vigentes ao tempo da abertura da sucessão ideia primordial de referido princípio (TARTUCE, 2015, p.1043).

Importante anotar a lição trazida por Silvio Rodrigues, que destaca ser imprópria a adoção do termo transmissão de bens e valores, quando trata-se de sucessão hereditária, uma vez que esta ao ocorrer transmite tanto o ativo, como também o passivo daquele que faleceu aos seus herdeiros, portanto o termo correto a se utilizar é transmissão do patrimônio (RODRIGUES, 2007, p.3).

Várias decorrências práticas surgem da aplicação do princípio da *saisne*, o fato dos herdeiros poderem dar continuidade as ações impetradas pelo autor da herança para manter a

posse dos seus bens, a legitimação que estes possuem para mover os interditos possessórios, a apuração dos valores que vão incidir a título de ITCMD são apenas algumas delas.

3 CRITÉRIO UTILIZADO PARA ESTABELECEER O MOMENTO DA MORTE PARA FINS DE ABERTURA DA SUCESSÃO ‘CAUSA MORTIS’

O fim da existência da pessoa natural termina com a morte conforme previsão expressa do artigo 6º do Código Civil, acontecimento este que autoriza a abertura da sucessão, que se regulará nos moldes dos artigos 1784 e seguintes, também do retromencionado diploma legal.

Quanto ao fato de a abertura da sucessão somente operar-se com o advento do fenômeno morte, isso é notório, podendo ser a morte considerada uma espécie de condição para decorrência da sucessão *causa mortis*, cabendo sempre ressaltar as hipóteses previstas em lei que autorizam a abertura da sucessão nos casos de ausência, quando se presume a morte daquele que se encontra ausente, para fins de dar proteção ao seu patrimônio que se encontra acéfalo.

Entretanto, muitas dúvidas pairam quando busca-se esclarecer quais fatores são levados em consideração para estabelecer o exato momento em que ocorreu o fenômeno morte e, em consequência pela aplicação do princípio da *saisine* operou-se a abertura da sucessão e transferência dos bens do *de cuius* aos herdeiros.

Pereira (2017, p.37) faz a seguinte análise do tema:

A primeira *quaestio iuris et facti* que se levanta é atinente ao *momento* em que se verifica a transmissão do patrimônio do *de cuius* aos seus herdeiros. E, ao propósito, cumpre referir a mutação dos princípios, através dos tempos e dos sistemas (PEREIRA, 2017, p.36).

Hodiernamente, duas hipóteses são estudadas com a intenção de explicar este imbróglio. Uma delas um conceito amplamente difundido e aceito pela sociedade, haja vista ter sido o critério adotado por séculos sem nem se cogitar a existência de outro, por via distinta um conceito contemporâneo, que buscou se alinhar aos avanços da sociedade,

principalmente no campo da medicina, que nos dias atuais é capaz de nos contemplar com inovações jamais antes cogitadas.

Trata-se de um lado, da morte conceituada através do advento da parada cardiorrespiratória, com a cessação do funcionamento de todos os órgãos, e de outro através da decretação da morte encefálica, dois conceitos diferentes que em uma primeira plana nos leva a pensar que importância nenhuma possuem, porém, quando levamos a questão para o campo sucessório vemos que muita discussão pode ser suscitada.

Para deixar mais claro a hipótese ventilada, e o imbróglio que pode ocorrer no campo sucessório, Navarro 2004 traz o seguinte exemplo:

Duas pessoas, casadas pelo regime da comunhão universal de bens que não possuam ascendentes nem descendentes. O marido tem a morte cerebral detectada, mas continua vivendo à custa de aparelhos. Neste ínterim, a esposa falece. Se entendermos que o momento da morte cerebral é o que determina a extinção da personalidade e, portanto, da pessoa, a esposa sobreviveu ao marido, herdou os seus bens no momento da sua morte transmitiu-os aos seus colaterais. Se se entender, entretanto, que a pessoa só morre quando todo o organismo para, como o marido era mantido através de aparelhos, ele sobreviveu à sua mulher, herdou os bens dela e os transmitirá aos seus colaterais quando o organismo parar por completo (NAVARRO, 2004, p. 51).

A hipótese trazida é de suma importância no direito sucessório, haja vista a adoção de um ou de outro critério mudar totalmente a destinação da herança, quanto aos seus beneficiários.

3.1 DA EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE MORTE

A definição de morte é algo teoricamente impossível de se conceituar, assim como o é a vida, portanto basta que passemos a compreendê-la e aceitar esta que é uma verdade insofismável (CROCE, 2012, p.1094). A morte é algo tão complexo quanto a vida, envolvendo uma série de acontecimentos, não podendo ser constatada com a simples parada de funcionamento de um órgão, mas sim com o desencadeamento de diversos eventos que conseqüentemente a acarretam. França faz a seguinte observação acerca:

A morte, como elemento definidor do fim da pessoa, não pode ser explicada pela parada de um determinado órgão, por mais hierarquizado e indispensável que seja. É na extinção do complexo pessoal, representado por um conjunto, que não era constituído só de estruturas e funções, mas de uma representação global. O que morre é o conjunto que se associava para a integração de uma personalidade. Daí a necessidade de não se admitir em um só sistema o plano definidor da morte (FRANÇA, 2015, p.535).

O conceito de morte até meados da década de 60 era totalmente voltado para uma visão tradicional e conservadora, até mesmo devido à grande influência religiosa, sendo que somente se falaria em morte nos casos de cessação total dos batimentos cardíacos e respiração, sendo totalmente inconcebível cogitar qualquer outra hipótese de ocorrência. Entretanto este conceito de morte veio a sofrer modificações em 1967 antes impensáveis, quando o médico Dr. Christian Barnard, na África do Sul, mais precisamente na cidade de Capetown, realizou o que seria o primeiro transplante de órgão, quando retirou de um paciente o coração que ainda batia e passou para o outro paciente necessitado do órgão a fim de manter-lhe a vida, tal procedimento foi realizado da forma mais rápida possível, vez que necessário para sua eficácia(GOMES, 2004, p.72).

Tal situação era inédita, até então, por isso para que o médico não fosse considerado um homicida por ter retirado de um paciente um órgão que ainda estava em funcionamento, no caso o coração, era preciso reconhecer que o doador do órgão já se encontrava morto apesar dos batimentos do coração ainda estarem ocorrendo. A partir de então começou-se a ser aceito o conceito de morte encefálica para determinar o fim da existência humana (GOMES, 2004, p.72).

A partir de tal acontecimento, vários estudos foram realizados acerca da morte encefálica, tentando estabelecer critérios para sua apuração, podendo se destacar o estudo realizado por um comitê da escola de medicina de Harvard em 1968, criado para buscar um conceito exato de morte.

Tal estudo apontou que nem sempre nos casos de coma se dispõe de um EEG⁹, devendo o conceito de morte fundar-se em sinais clínicos e na ausência de circulação, ou na falta de atividade cardíaca, devendo serem levados em consideração os seguintes sinais: 1) inconsciência total e falta de resposta aos estímulos externos; 2) ausência da respiração (comprovada por uma hora de observação, ou pela parada dos movimentos respiratórios espontâneos quando se para o respirador durante 3 minutos); 3) ausência de reflexos; 4) EEG plano. Tais observações devem ser feitas visando garantir que o estado clínico seja irreversível e por conseguinte a morte reconhecida (FRANÇA, 2015, p.535).

Basicamente, para ser realizado um diagnóstico de morte cerebral mister que se submeta o paciente ao eletroencefalógrafo, este por sua vez capta as atividades elétricas do

⁹ EEG (Eletroencefalograma) é um método utilizado para monitorar a atividade elétrica no cérebro, comum na constatação de morte cerebral (FRANÇA, 2015, P.535).

cérebro e caso o resultado seja uma atividade elétrica silenciosa e persistente, em conjunto com os sinais clínicos anteriormente mencionados caracterizada estaria a morte encefálica (FRANÇA, 2015, p.536).

Conforme explica França o desejo na adoção do critério de lesão cerebral irreversível, para formulação de um novo conceito de morte, visivelmente possui interesses criados, podendo serem citados os interesses que possuem os familiares daquele que se encontra internado com diagnóstico de lesão cerebral grave irreversível em ver cessar o sofrimento deste, o dos cirurgiões que buscam órgãos em condição de serem transplantados, assim como os da sociedade em geral que se preocupam com as grandes quantias gastas na manutenção dos pacientes com diagnóstico tido como irrecuperável (FRANÇA, 2015, p. 536).

Hodiernamente no Brasil, é aceito o critério da morte encefálica diante da previsão da lei 9.434/97 (lei de transplantes) que autoriza a retirada de órgãos daquele que teve diagnóstico de morte encefálica, diagnóstico este que deverá observar os critérios estabelecidos pela resolução 1.480 do Conselho Federal de Medicina, que inclusive já foi tema abordado em momento anterior.

O que se pode analisar é que diante da atual sistemática acerca da análise de um conceito de morte, a tendência é a adoção do critério da morte encefálica, principalmente diante dos motivos/interesses já mencionados, entretanto existem contradições quanto a sua adoção em todos os âmbitos do direito.

3.2 CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO A LEI DE TRANPLANTES

A lei de transplantes é responsável, conjuntamente com a Resolução 1.480 do Conselho Federal de Medicina (CFM), em estabelecer os critérios e métodos que devem ser seguidos, quando da realização de procedimentos de retirada de órgãos para fins de transplantes, ou tratamentos.

Tal lei foi editada visando regularizar a questão atinente a disposição de órgãos para fins de transplantes ou tratamento e instituiu como requisito obrigatório para que seja autorizado referido procedimento o diagnóstico de morte encefálica, conforme já tratado

anteriormente os requisitos para comprovação da morte encefálica são dispostos na Resolução 1.480 do CFM.

O artigo 3º da lei em comento possui a seguinte redação:

A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

A adoção do critério da morte encefálica no direito brasileiro através da Lei de Transplantes ocorreu numa tentativa de estimular a doação de órgãos *post mortem*, evitando assim a doação entre vivos, uma vez que a pratica de tal fato configura mutilação do corpo do doador, podendo acarretar sérios problemas à saúde deste (Griesbach, 2003). Apesar do estímulo à doação de órgãos *post mortem* ter sido um dos principais motivos para implantação da lei 9.434, cabe ressaltar que referida lei mesmo assim permite, desde que observados alguns critérios a doação de órgãos *inter vivos*, na seguinte forma:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

(...)

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

Pode se verificar que apesar do Legislador pátrio não ter instituído o momento da morte para fins de abertura da sucessão a Lei de Transplantes foi bem clara ao autorizar a retirada de órgãos com a constatação da morte encefálica, diante disso evidente ficou que o legislador considera como morto aquele que possui diagnóstico devidamente constatado de morte encefálica, se não assim fosse estaria autorizando a prática de homicídios e lesões corporais, uma vez que o doador ainda estaria vivo. Em contraponto, não se utilizou da mesma clareza o legislador para dizer se o critério da morte encefálica autorizaria ou não a abertura da sucessão, sendo assim deixou uma lacuna no ordenamento pátrio com relação à qual seria o critério de morte adotado para autorizar a abertura da sucessão (DIAS; MOLOGNI 2006, p.14/15).

3.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI 6.015: DOS REQUISITOS PARA LAVRATURA DA CERTIDÃO DE ÓBITO

A lei de Registros Públicos, a saber nº 6.015 de 31 de Dezembro de 1973, estabeleceu que a prova da morte do ser humano se comprovará com a certidão do Oficial do Registro do lugar do falecimento, somente após a lavratura desta é que poderá ser o corpo do falecido inumado, e por sua vez a certidão de óbito dependerá da apresentação do Assento de óbito que é baseado no atestado médico (DIAS; MOLOGNI, 2006, p 15), este é definido por FRANÇA da seguinte forma:

Atestado ou certificado é um instrumento que tem a finalidade de firmar a veracidade de certo fato ou a existência de determinado estado, ocorrência ou obrigação. É um documento destinado a reproduzir, com idoneidade, uma específica manifestação do pensamento (FRANÇA, 2015, p. 137).

O artigo 77 da lei de Registros Públicos com a alteração dada pela lei 13.484 ficou da seguinte forma:

Nenhum sepultamento será feito sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento ou do lugar de residência do de cujus, quando o falecimento ocorrer em local diverso do seu domicílio, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte.

Sendo assim, de suma importância é a lavratura da certidão de óbito daquele já falecido, uma vez que é com esta que se comprovará a morte dele, e assim estará autorizada uma série de atos que advém a partir deste fenômeno.

O atestado médico daquele que for falecido possuindo acompanhamento profissional, será feito pelo médico que o acompanhava, ainda que o óbito venha a ocorrer fora do ambiente hospitalar, somente não se aplicando tal disposição em casos de morte violenta, neste caso a competência para atestar o óbito será daquele legalmente autorizado, sendo vedado em qualquer hipótese a cobrança de qualquer remuneração pelo fornecimento do atestado de óbito, estas são as normas previstas na Resolução 1.601/00 do Conselho Federal de Medicina.

Para informar o óbito além do atestado médico existe também a declaração, ambos não devem ser confundidos ao passo que o primeiro somente poderá ser subscrito por quem tem fé, prova, reprovando e comprovando do fato, geralmente o médico que acompanhou o paciente,

lado outro a declaração exige apenas um testemunho, ou seja, pode ser feito por qualquer pessoa que acompanhou o falecimento. O termo Declaração de óbito surgiu exatamente para contemplar as hipóteses onde não haja médicos para atestarem o falecimento, podendo então ser o fato informado por duas testemunhas que tenham presenciado alguém morto através de declaração (FRANÇA, 2017, p.138).

Diante de todos os esclarecimentos feitos em relação a lavratura da certidão de óbito, esta que é a responsável por comprovar a morte no âmbito jurídico, inclusive necessária para dar entrada em um procedimento de inventário, conforme dispõe o artigo 615 parágrafo único.

O requerimento de inventário e de partilha incumbe a quem estiver na posse e na administração do espólio, no prazo estabelecido no art. 611.

Parágrafo único. O requerimento será instruído com a certidão de óbito do autor da herança (grifo nosso).

Surge a seguinte indagação: poderia ser lavrada a Certidão de Óbito pelo oficial do registro civil, com base na declaração de morte encefálica? A resposta é não, uma vez que a Lei de Registros Públicos autoriza a extração da Certidão de Óbito apenas após a lavratura do assento de óbito, que por sua vez é baseado em atestado médico, ou seja, na Declaração de Óbito que somente é confeccionada após constatada a parada completa e irreversível de todos os órgãos do corpo humano, sendo portanto um procedimento incompatível com o da morte encefálica, onde ocorre a parada de apenas alguns órgãos (MOLOGNI; DIAS, 2006, p 16).

Desta feita, pode-se analisar que existe contradição no ordenamento jurídico pátrio quanto da definição do momento em que se opera a morte do indivíduo, assim explicam Celina Mologni e Ana Pieroli Dias que:

Para efeito de transplante o Direito considera como pessoa morta aquela que incorre em morte encefálica e, em contrapartida, a Lei de Registros Públicos considera que morte se prova com a certidão de óbito, lavrada dentro do procedimento legal previsto, a qual só é possível de ser confeccionada com a parada cardíaco-respiratória irreversível ou parada total de todas as funções vitais. Mesmo que o indivíduo só tenha a respiração e a circulação funcionando devido à atuação de aparelhos, isto é, mesmo que haja uma simulação de vida, a certidão de óbito não pode ser confeccionada (MOLOGNI; DIAS, 2006, p 16).

França também reconhece que dois são os critérios utilizados para constatação da morte e faz a seguinte análise:

[...] não é justo que se tenham dois conceitos de morte: um, de caráter consumista e pragmático para satisfazer os interesses da transplantação, e outro, de caráter protocolar, para as questões civis e sanitárias. É necessário que se tenha, para qualquer interesse, um só conceito de morte (FRANÇA, 2014, p.535).

Pode se verificar que o legislador foi omissivo quanto a este ponto, e o ordenamento jurídico ainda não se decidiu acerca do momento em que se pode considerar um indivíduo como morto, haja vista que para uma determinada situação o critério de morte é um e para outra situação o critério acaba sendo outro, o que gera um embate, que necessita de solução.

Destaca-se ainda, que conforme já mencionado nos moldes do artigo 615 parágrafo único do Código de Processo Civil o requerimento de Abertura de Inventário deverá ser encaminhado juntamente com a Certidão de Óbito do autor da herança, e esta por sua vez somente será confeccionada após a parada irreversível de todos os órgãos do corpo humano, sendo assim para a concretização dos efeitos da sucessão que iniciam-se com a morte do de cujus através da *saisine* necessária a Certidão de Óbito, para fins de abertura de Inventário e posterior Partilha. Assim sendo surge a seguinte indagação: o fenômeno da *saisine* se opera diante da morte encefálica do autor da herança? Deve-se levar em conta o momento da morte para fins de transplante de órgãos ou o momento da morte para fins de abertura do inventário? ((MOLOGNI; DIAS, 2006, p 17).

A resposta a esta indagação pode mudar totalmente o resultado da questão prática mencionada no Capítulo 3, sendo assim mister realizar algumas considerações acerca da possibilidade de abertura da Sucessão a partir da Morte Encefálica.

3.4 DA ABERTURA DA SUCESSÃO A PARTIR DA MORTE ENCEFÁLICA

Tal enfrentamento trata-se de questão complexa, e sem posicionamento doutrinário, ou jurisprudencial fixo, assim sendo, serão pontuadas considerações acerca do caso prático já mencionado, mostrando os aspectos de um e de outro posicionamento.

O posicionamento de quem é contra a abertura da sucessão com a simples declaração de morte encefálica, baseia-se em casos que gestantes, mesmo com a parada das atividades cerebrais, ou seja com a morte cerebral detectada, com o auxílio de aparelhos, conseguem continuar com a gestação do feto até que este possua condições de nascer com vida (MOLOGNI; DIAS, 2006, p 17).

Como exemplo do referido caso tem-se a notícia de uma jovem do estado do Paraná que teve a morte cerebral decretada e foi mantida viva com o auxílio de aparelhos para dar à luz a gêmeos, ela teve morte cerebral decretada quando estava no segundo mês de gestação, os médicos e a família decidiram por mantê-la em condições necessárias para que os bebês pudessem se desenvolver e nascerem com vida, o que ocorreu no sétimo mês de gestação, quando então os médicos realizaram o parto dos gêmeos que nasceram com vida (G1.GLOBO, 2017). Desta feita, os defensores de tal corrente consideram como viva a mulher que possuía diagnóstico de morte cerebral, uma vez que conseguiu gerar e dar à luz, e pessoas mortas, não possuem capacidade para tanto.

Outra análise feita por quem não admite como morto o indivíduo que possui declarada sua inatividade cerebral, é a difícil definição de quais fatores seriam levados em consideração para se obter a comprovação da morte cerebral, França (2014, p.536) faz a seguinte análise: “O conceito de morte cerebral é fundamentado na atividade elétrica do cérebro, captada pelo eletroencefalógrafo. Porém, essa interpretação tem criado várias controvérsias”.

Diante de tais controvérsias vários foram os estudos mundo a fora a fim de se estabelecerem critérios para a definição dos requisitos suficientes para autorizarem aos médicos a possibilidade de preencherem o diagnóstico de morte cerebral do paciente, sendo realizados estudos em Harvard, Massachusetts, Minnesota, Pittsburgh, na Holanda e também reino Unido, (FRANÇA, 2014, p.536) ambos apontando uma gama de critérios diversos, todos baseados na falta de atividade cerebral, comprovada através dos traçados isoeletrícos do cérebro, entretanto apontando para períodos diversos de falta de atividade cerebral, para a constatação da morte encefálica, o que de certa forma gera uma insegurança, tanto no âmbito da medicina, quanto no direito, uma vez que conforme aduz França (2014, p.535) “Um segundo pode ser a unidade de tempo que faça de um sujeito vivo um cadáver, mas também pode fazer da morte um homicídio”.

Ainda acerca dos opositores ao critério da morte encefálica válidos os ensinamentos de França, nos seguintes termos:

A oposição aos critérios exclusivamente cerebrais é fundamentada no princípio de que, sendo a vida a harmonia da unidade biopsíquica em seu aspecto funcional e orgânico, a morte será sempre o comprometimento das funções vitais, por um tempo razoável que não deixe dúvidas quanto à permanência de vida. O traçado isoeletrico do cérebro não deve constituir, por si só, elemento decisivo para o diagnóstico de morte, pois, em diversas ocasiões como foram observadas, pode ser transitório. Por isso, o conceito de morte deve ser inserido dentro de um contexto clínico-instrumental que não deixe nenhuma dúvida (FRANÇA, 2014, p.539)

Também é levado em consideração por quem critica o instituto da morte encefálica, os interesse que pairam sobre esta constatação seja dos médicos, interessados em órgãos em condições de serem transplantados à outros pacientes, e até mesmo da sociedade em ver desocupado o leito daquele que possui mínimas ou nenhuma chance de vida, tanto que a Lei 9.434 chegou a considerar como obrigatória a retirada de órgãos, ante as enormes filas de candidatos nos hospitais a espera de transplantes, posteriormente tal obrigatoriedade deixou de existir, cabendo aos familiares do paciente decidirem, caso não haja deliberação do próprio paciente (PEREIRA, 2011, p.188).

Lado outro, tem se a tendência em acompanhar os avanços da ciência na área da medicina e as novas técnicas artificiais propiciadas com estes avanços, baseando se aqueles que entendem a morte encefálica como fator autorizador da decretação de morte do paciente na própria Lei 9.434 que autoriza a retirada de órgãos para fins de transplantes ou terapêuticos daquele que possui diagnóstico de morte encefálica, considerando este morto, ao ponto que se assim não fosse estaria o médico responsável pela retirada dos órgãos cometendo crime, seja homicídio, ou lesão corporal.

França (2014, p.535) explica que: “Atualmente, a tendência é dar-se privilégio à avaliação da atividade cerebral e ao estado de descerebração ultrapassada, como indicativos de morte real”, sendo assim, levando em conta que a Lei de Transplantes considera como morto aquele que tem a morte encefálica decretada e que o fato autorizador da abertura da sucessão é justamente a constatação da morte, quando então se opera o *droit de saisine*, seria a morte encefálica fato autorizador da abertura da sucessão, este o posicionamento de quem defende o instituto da morte encefálica, como ensejador do fim da personalidade natural.

Quanto as considerações ao caso prático¹⁰ elencado no início do Capítulo 3 temos que, a adoção do critério pelo qual o fim da personalidade natural se operaria apenas com a parada cardiorrespiratória, o marido como teve sua morte cerebral detectada, entretanto continuou a viver através do auxílio de aparelhos, sobreviveu à esposa e por isso herdou os bens dela e conseqüentemente por não ter nem descendentes, nem ascendentes com a parada de todos os

¹⁰Duas pessoas, casadas pelo regime da comunhão universal de bens que não possuam ascendentes nem descendentes. O marido tem a morte cerebral detectada, mas continua vivendo à custa de aparelhos. Neste ínterim, a esposa falece. Se entendermos que o momento da morte cerebral é o que determina a extinção da personalidade e, portanto, da pessoa, a esposa sobreviveu ao marido, herdou os seus bens no momento da sua morte transmitiu-os aos seus colaterais. Se se entender, entretanto, que a pessoa só morre quando todo o organismo para, como o marido era mantido através de aparelhos, ele sobreviveu à sua mulher, herdou os bens dela e os transmitirá aos seus colaterais quando o organismo parar por completo (NAVARRO, 2004, p. 51).

seus órgãos os transmitirá a seus colaterais, fato diverso ocorrerá entretanto se considerar que o fim da personalidade ocorre desde já com a decretação da morte encefálica, sendo assim operar-se à o *droit de saisine* desde logo e ocorrerá a transferência dos bens do marido que teve a morte encefálica decretada à sua esposa que veio a falecer posteriormente, sendo assim com a sua morte serão os bens transmitidos a seus herdeiros colaterais.

Note se que o mesmo caso, com interpretações diversas acerca do momento da abertura da sucessão, mudará totalmente a destinação da herança, sendo que no primeiro ela se destinará aos herdeiros colaterais do marido e no segundo aos da esposa, tal questão pode ensejar inúmeras discussões daí a necessidade de se estabelecer um critério único.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho destinou-se a traçar diretrizes acerca dos fatores levados em consideração para autorizarem a abertura da sucessão, sendo debatida a controvérsia existente sobre qual o momento da morte para fins de abertura da sucessão.

O grande problema enfrentado é justamente a omissão do legislador pátrio em determinar o critério considerado para ensejar a abertura da sucessão, se esta, apenas poderia vir a ocorrer com a parada cardiorrespiratória e cessação de todos os órgãos, ou então com o novo conceito de morte trazido pela Lei de transplantes, o da morte encefálica.

Visando demonstrar a importância em se estabelecer um único conceito para morte e as consequências práticas que a adoção de um ou outro critério traz, foi apresentado um caso prático no qual um casal unido pelo regime da comunhão universal, sem descendentes, nem ascendentes vêm a falecer, primeiro tem se constatada a morte cerebral do marido que entretanto continua a viver através do auxílio de aparelhos, e posteriormente tem se o falecimento da esposa, se consideramos que a morte encefálica autoriza a abertura da sucessão esta se operou em face do marido transmitindo seu bens à sua esposa que somente veio a falecer depois, caso entenda-se que a abertura da sucessão somente está autorizada com a parada cardiorrespiratória o marido sobreviveu a esposa e assim herdou seus bens, posteriormente com a sua morte transmitindo a seus colaterais.

A situação é complexa, uma vez que adotado um ou outro critério, será alterada totalmente a destinação da herança, diante disso a importância em se estabelecer um único

critério para constatação da morte, afim de se evitar que ocorra para uma situação a adoção de um conceito e para os demais a adoção de outro, o que fatalmente acarretaria insegurança jurídica no ordenamento.

A necessidade trazida por França advém do fato de que para fins de transplantes a Lei 9.434 considera expressamente como morto aquele que possui diagnóstico de morte encefálica, sendo esta constatada conforme os critérios estabelecidos pela Resolução 1.480 do Conselho Federal de Medicina, lado outro a Lei de Registros Públicos nº 6015 dispõe que a Certidão de Óbito lavrada pelo oficial do lugar do falecimento ou do local de residência do falecido é o instrumento pelo qual se comprova a morte no âmbito jurídico, necessário entretanto para a lavratura da Certidão de Óbito que seja apresentado a Declaração de Óbito que somente é confeccionada após a parada total dos órgãos.

Desta feita, se observa que existem dois critérios distintos no tocante ao momento em que se opera a morte no campo do Direito, um baseado em um conceito contemporâneo de morte, consagrado no Direito brasileiro através da Lei de Transplantes, e outro extraído através da interpretação dos dispositivos da Lei de Registros Públicos que somente autoriza a lavratura da Certidão de Óbito (responsável por constituir prova da morte no âmbito civil) após a cessação de todos os órgãos do corpo humano.

Mister denotar que o legislador deveria ter se posicionado quanto a este fato, estabelecendo de maneira clara o critério a se adotar para fins de abertura de sucessão, afim de se evitar possíveis debates como o do caso prático citado por Navarro, entretanto se assim não o fez o que nos cabe é utilizar dos mecanismos jurídicos existentes para tentar solucionar esta celeuma.

Sendo assim, diante de todos os argumentos trazidos afim de elucidar a questão e trazer uma resposta para o imbróglio, tem-se que a melhor solução é a adoção do conceito contemporâneo de morte, aquele que se tem quando constatada a morte encefálica, sendo, a partir desta em conformidade com a Lei de Transplantes autorizada a retirada de órgãos para fins de transplantes e terapêuticos. Não restam dúvidas que ao autorizar a retirada de órgãos daquele que possui diagnóstico de morte encefálica o legislador o considera morto, uma vez que se assim não fosse conforme tratado no decorrer do presente trabalho estaria o médico responsável pela retirada dos órgãos cometendo homicídio, ou lesão corporal, desta feita, o mais coeso é importar o conceito de morte trazido pela Lei de Transplantes e aplicar ao direito

sucessório, autorizando-se assim a partir do diagnóstico de morte encefálica a operação dos efeitos da *saisine* , e consequente transmissão dos bens do autor da herança aos seus herdeiros.

A adoção do critério da morte encefálica se mostra mais adequado até mesmo pelo do fato do direito sucessório ser um ramo do direito que esta sempre em mudança visando acompanhar as evoluções ocorrentes na sociedade para melhor atender o interesse da coletividade, diante desta linha, o mais prudente é acompanhar o novo conceito de morte trazido pela medicina moderna e integrá-lo ao campo sucessório, nada porém impedindo a adoção futuramente de um novo conceito, haja vista as inconcebíveis peripécias da medicina nos dias atuais.

Neste diapasão, tem se que em resposta ao caso apresentado no Capítulo 3 a esposa sobreviveu ao marido e assim herdou todos os seus bens, os transmitindo posteriormente a seus herdeiros colaterais, quanto aos colaterais do marido estes nada herdarão diante das atuais regras do direito sucessório.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Silmara J.A. Chinelato. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARGENTINA. Código Civil. Disponível em: <<http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/codciv.htm>> Acesso em: 12/08/2018.

BRASIL. Lei nº 9.593, Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 21/02/2018.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21/02/2018.

_____. Lei nº 6.015, Lei de Registros Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm>, Acesso em 24/01/2018.

_____. Lei nº 9.434, Lei de Transplantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm> acesso em 21/02/2018>. Acesso em 21/02/2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.601/00. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2005/1779_2005.htm>. Acesso em 11/06/2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.480/97. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em 31/05/2018.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.173/15. Disponível em <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173>>. Acesso em 31/05/2018.

_____. Conselho Nacional de Saúde. Resolução nº 446/11. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/arquivos/resolucoes/resolucoes.htm>. Acesso em 19/06/2018.

CARNACHIONI, Daniel. Curso de Direito Civil, parte geral. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Convenção Americana dos Direitos do Homem. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 24/01/2018.

CROCE JUNIOR, Delton, Manual de Medicina Legal, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Ana Pieroli; MOLOGNI, Celina KazukoFujioka. Da Abertura da Sucessão a Partir da Morte Encefálica. Revista do Direito Privado da UEL – Volume 1 – Número 2, 2006. Londrina/PR, disponível em <<http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Sucess%C3%A3oMorteEncef%C3%A1licaCelinaMologni.pdf>>. Acesso em 11/06/2018.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, Teoria geral do direito civil. V.1, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. V. 6, 23. Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito civil – teoria geral. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, parte geral e LINDB. V.1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA, Genival Veloso. Direito Médico. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. V.1, parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, Karine; HAMDAR, Lina. Jovem é mantida viva no Paraná para dar à luz gêmeos. Disponível em <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2017/02/com-morte-cerebral-jovem-e-mantida-viva-no-parana-para-dar-luz-gemeos.html>>. Acesso em 13/06/2018.

GRIESBACH, Carlos Fabrício. Aspectos Jurídicos e Bioéticos da Lei de Transplantes. Revista de Direito e Política, São Paulo, n. 1, julho/ set. 2003. Disponível em <<http://www.ibap.org/rdp/00/22.htm>>. Acesso em 24/01/2018.

GOGLIANO, Daisy. Pacientes terminais – Morte Encefálica. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9722-9721-1-PB.pdf>>. Acesso em 31/05/2018.

GOMES, Hélio. Medicina Legal. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, direito das sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Ministério da Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde. Disponível em <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/dicas/146morte_encefalica.html>. Acesso em 31/05/2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas-SP: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito Civil, direito das sucessões. V.6, ed.35. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito Civil, parte geral. V.1, ed.41. São Paulo: Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NAVARRO, Hélio Alberto de Oliveira Serra E. O “termo” da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Consulex, Cidade, n. 182, ago. 2004.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O nascituro e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

OLIVEIRA, Quitéria Soares Bazílio, Tutela Civil do Nascituro. 2011, Disponível em: <<http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/QUITERIA%20ARTIGO%202011.pdf>>. Acesso em 19/06/2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela Jurídica do Nascituro à luz da Constituição Federal. V.30. Revista de direito privado. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

QUEIROZ, Victor Santos. A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7069/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-pensamento-de-kant/3>>. Acesso em 29/05/2018.

QUINTELLA, Felipe, O Fim da Personalidade Natural, 2017, disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/04/18/decodificando-o-codigo-civil-15-o-nebuloso-fim-da-personalidade-da-pessoa-natural-parte-1/>>. Acesso em 19/06/2018.

Revista Médica de Minas Gerais, disponível em <<http://rmmg.org/artigo/detalhes/428>> acesso em 31/05/2018.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Jéssica Scheidemantel Conceição. A proteção Jurídica do Nascituro no Brasil. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11266/1/21205594.pdf>>. Acesso em 19/06/2018.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Volume único.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito das sucessões. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. [s.n.]. V.21. São Paulo: Saraiva, 2003.

WALD, Arnoldo. Curso de Direito Civil Brasileiro- Introdução e Parte Geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.