

CLÁSSICOS  
FORENSE  
SE

DESDE  
1904



CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

# INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

*Volume I*

INTRODUÇÃO AO DIREITO CIVIL  
TEORIA GERAL DE DIREITO CIVIL

De acordo com o  
**Novo CPC**  
e a Lei 13.363/2016

30ª edição  
Revista e atualizada por

**Maria Celina Bodin de Moraes**



# INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

*Volume I*

INTRODUÇÃO AO DIREITO CIVIL  
TEORIA GERAL DE DIREITO CIVIL

0862

**abdr**   
Associação Brasileira de Direito  
Racolta o Direito atua!

## 42. PERSONALIDADE E PESSOA NATURAL

A ideia de *personalidade* está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres.<sup>1</sup> Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano, o que exprime uma conquista da civilização jurídica. Nem sempre, porém, isto aconteceu. No direito romano, o escravo era tratado como coisa, era desprovido da faculdade de ser titular de direitos, e na relação jurídica ocupava a situação de seu objeto, e não de seu sujeito.<sup>2</sup> No direito brasileiro, a ideia da concessão de personalidade a todo ser humano vigorou mesmo ao tempo da escravidão negra, muito embora o regime jurídico do escravo não o equiparasse ao homem livre (cf. nº 44, *infra*). Hoje o direito reconhece os atributos da personalidade com um sentido de universalidade, e o Código Civil o exprime, afirmando que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º).

Como o ser humano é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a faculdade a ele reconhecida, diz-se que toda pessoa é dotada de *personalidade*. Mas não se diz que somente a pessoa, individualmente considerada, tem esta aptidão. O direito reconhece igualmente personalidade a entes morais, sejam os que se constituem de agrupamentos de indivíduos que se associam para a realização de uma finalidade econômica ou social (sociedades e associações), sejam os que se formam mediante a destinação de um patrimônio para um fim determinado (fundações), aos quais é atribuída com autonomia e independência relativamente às pessoas físicas de seus componentes ou dirigentes.

Deixando de lado os entes morais – a que o Código denomina pessoas jurídicas – a serem estudados no cap. XI, *infra*, devemos deter-nos aqui no exame da pessoa natural, em razão da sua *personalidade*.

Não depende esta da consciência ou da vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do ser humano dentro da ordem jurídica, qualidade que

1 Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral*, § 3º; Cunha Gonçalves, *Tratado*, I, p. 29.

2 De Page, *Traité Élémentaire*, I, nº 234; Capitant, *Introduction à l'Étude de Droit Civil*, p. 90; Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, I, nº 441.

não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável.<sup>3</sup>

Não chegam autores e legislações a um acordo para a denominação da pessoa humana como ente jurídico. Em nosso direito, é corrente a expressão *pessoa natural*, que foi mantida no Código atual. Contra ela insurgia-se Teixeira de Freitas, para quem tal denominação suscita, por antinomia, a ideia da existência de “pessoas não naturais”, o que não seria exato, pois os entes que o espírito humano criou, atribuindo-lhes personalidade, são tão naturais quanto o mesmo espírito que os gerou. Para sua designação preferia uma denominação anfibológica – *ser de existência visível* – em contraposição aos entes morais que batizava de *seres de existência ideal*.<sup>4</sup> A nomenclatura sugerida por Teixeira de Freitas foi aceita pelo Código Civil argentino de 1869 e perfilhada por Clóvis Beviláqua, no Projeto de Código Civil de 1916. Complexa, a expressão não satisfaz, na verdade, pois que apenas atende à corporalidade do ser humano. Não aprova, igualmente, designá-lo *pessoa individual*, também combatida por Freitas, sob o fundamento de que parece contrapor-se à “pessoa coletiva”, quando é certo que nem todas as entidades morais são coletivas. *Pessoa física* é a denominação corrente no direito francês, no italiano e em outros, e usada na legislação brasileira regulamentar do Imposto sobre a Renda.<sup>5</sup> Mas não é precisa porque dá realce ao aspecto material e físico da pessoa, sem atentar para as suas qualidades morais e espirituais, tão integrantes de sua personalidade que o ordenamento jurídico as reconhece e protege com prioridade.

Mantendo-nos na corrente dos civilistas nacionais, aderimos à designação *pessoa natural* para enxergar a pessoa tal como existe, com todos os predicados que a sua individualidade enfeixa, a fim de lhe conferir, nesse estado, os atributos da personalidade. Fazemos alusão, também, à terminologia *pessoa física*, que adquiriu importância na legislação sobre Imposto de Renda, bem como nos Projetos de Código Civil, mas não foi mantida no Código de 2002. A Constituição de 1988, como se sabe, optou pela designação *pessoa humana*. Esta última denominação foi adota-

3 Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, I, n° 406; L. Juliot de la Morandière e outros, *Introduction à l'Étude du Droit Civil*, I, p. 29.

4 Teixeira de Freitas, *Esboço*, nota ao art. 17.

5 V. Lei n° 9.250, de 26 de dezembro de 1995 e Decreto n° 3.000, de 26 de março de 1999, entre outros.

da pelo recém-promulgado Código Civil e Comercial argentino, de 2014, sendo o Título I da Parte Geral designado “*persona humana*”.

Se a toda pessoa, e aos entes morais por ela criados, a ordem jurídica concede personalidade, não a confere, porém, a outros seres vivos. É certo que a lei protege as coisas inanimadas, porém em atenção ao indivíduo que delas desfruta. Certo, também, que os *animais* são defendidos de maus-tratos, que a lei proíbe, como interdiz também a caça na época da cria. Mas não são, por isso, portadores de personalidade, nem têm um *direito* a tal ou qual tratamento, o qual lhes é dispensado em razão de sua utilidade, e ainda com o propósito de amenizar os costumes e impedir brutalidades inúteis.<sup>6</sup> O respeito pela *pessoa humana*, que o neotomismo acentua como conteúdo fundamental da ordem jurídica, polariza as tendências jurídicas de nosso tempo, que desta forma reitera, após dois mil anos, a sentença de Hermogeniano – “*Omne ius hominum causa constitutum est*”.<sup>7</sup> Constituído o direito por causa do ser humano, centraliza este todos os cuidados do ordenamento jurídico e requer a atenção do pensamento contemporâneo.

#### 43. COMEÇO DA PERSONALIDADE

A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissoluvelmente ligada. Sua duração é a da vida. Desde que vive e enquanto vive, o ser humano é dotado de personalidade. O problema de seu início fala de perto à indagação de quando tem começo a existência da pessoa humana, confundindo-se numa só a resposta a ambas as perguntas.

Para o direito romano, a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual não havia falar em sujeito ou em objeto de direito. O feto, nas entranhas maternas, era uma parte da mãe, “*portio mulieris vel viscerum*”,<sup>8</sup> e não uma pessoa, um ente ou um corpo. Por isso mesmo, não podia ter direitos, não podia ter atributos reconhecidos às pessoas. Mas, isto não obstante, os seus interesses eram resguardados e protegidos, e em atenção a eles, muito embora se reconhecesse que o nascimento era requisito para a aquisição de direitos, enunciava-se a regra da antecipação presumida de seu nascimento, dizendo-se que “*nasciturus pro iam nato*

6 Planiol, Ripert e Boulanger, *loc. cit.*; De Page, *Traité Élémentaire*, I, n° 233; Cunha Gonçalves, *Tratado*, I, n° 29, p. 188; Serpa Lopes, I, n° 111.

7 *Digesto*, Livro I, tit. V, fr. 1: “Todo direito constitui-se em benefício dos homens”.

8 “Porção da mulher ou de suas entranhas”.

*habetur quoties de eius commodis agitur*".<sup>9</sup> Operava-se desta sorte uma equiparação do *concebido* ao já nascido, não para considerá-lo pessoa, porém no propósito de assegurar os seus interesses, o que excluía a uma só vez os direitos de terceiros e qualquer situação contrária aos seus cômodos.

O direito moderno assenta a regra do início da personalidade no sistema romano, mas difunde outras que às vezes complicam e ensombram a necessária exatidão dos conceitos.

No nosso direito anterior, Teixeira de Freitas, seguido de Nabuco de Araújo e Felício dos Santos, admitindo que a proteção dos seus interesses é uma forma de reconhecer direitos ao nascituro, foram levados a sustentar o começo da personalidade anteriormente ao nascimento. Clóvis Beviláqua, no seu Projeto de Código Civil (art. 3º), aceitou a doutrina, que sustentou, sob a invocação da impossibilidade de se configurar a existência de direito sem sujeito, e, como via na defesa dos interesses do ente concebido e não nascido o reconhecimento de seus direitos, a atribuição de personalidade ao nascituro seria consequência natural. Na doutrina estrangeira encontra defesa a tese, como se vê nos Mazeaud e em Rossel e Mentha, que mais extremadamente se pronunciam pelo reconhecimento da capacidade ao nascituro, não somente para adquirir direitos, como para ser sujeito de obrigações.<sup>10</sup> Acontece que a opinião destes eminentes civilistas assenta num desvio de perspectiva. O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito *não chega a constituir-se*, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito. Tão certo é isto que, se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não se chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento. A doutrina da personalidade jurídica do nascituro não é,

9 *Digesto*, Livro I, tit. V, fr. 7: "O nascituro é considerado como já nascido, toda vez que se trata de seu interesse".

10 Rossel e Mentha, *Manuel de Droit Civil Suisse*, I, n° 139; Mazeaud et Mazeaud. *Leçons*, I, n° 443.

pois, exata, como exata também não é a que conclui pelo reconhecimento de direitos sem sujeito, com base nos textos que disciplinam a proteção de seus interesses, como ainda inexata se configura a que lhe atribui um direito condicional, como é a concepção defendida por alguns escritores, como Oertmann,<sup>11</sup> de vez que o “direito condicional” não deixa, por ser condicional, de ter sujeito, e o problema está precisamente no fato de não se admitir a existência do direito sem sujeito.<sup>12</sup>

Na ocasião em que se discutiu o Projeto Beviláqua, foi a matéria ventilada, e repelida aquela doutrina, recolhendo as preferências a concepção romana, do início da personalidade a partir do nascimento com vida, pondo a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (Código Civil de 1916, art. 4º). Antes do nascimento o feto ainda não é uma pessoa, mas, se vem à luz como um ser capaz de direitos, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retrotraí ao momento de sua concepção. Tal é a doutrina que Windscheid demonstra ser mais conforme aos textos e conter mais seguro cunho de verdade científica.<sup>13</sup> Tal a que predominou no seio do Código Civil atual, em seu art. 2º.

Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro. Situações existem, na verdade, em que se reconhece a existência de um direito potencial ao ente concebido, que abrange o *infans iam conceptus nondum natus*:<sup>14</sup> a curatela do nascituro (art. 1.779 e art. 1.780 do Código Civil); a admissibilidade de ser constituído herdeiro ou legatário o concebido (art. 1.799 do Código Civil), de receber doação (art. 542 do Código Civil) etc. Mas em qualquer destes casos não se pode falar em “pessoa” do nascituro, pois que o resguardo dos seus interesses se equipara à doação à prole eventual de determinado casal (art. 546 do Código Civil) ou à substituição fideicomissária (arts. 1.951 e ss. do Código Civil) nas quais o direito assegura os interesses de quem não se acha ao menos concebido, e, se ao nascituro, porque se lhe assegura um direito potencial, fosse preciso reconhecer personalidade, dotado de personalidade seria igualmente um donatário ainda nem concebido ou um fideicomissário não gerado.

11 Oertmann, *Introducción*, p. 56.

12 Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado*, I, § 77.

13 Windscheid, *Pandette*, I, § 52.

14 “A criança já concebida, ainda não nascida”.

A tese continua polêmica. No direito francês não falta quem sustente o início da personalidade com a concepção, *sub conditione*<sup>15</sup> de nascer com vida,<sup>16</sup> o que se assemelha à personalidade condicional de Oertmann. Em nosso direito, sustentou-o R. Limongi França,<sup>17</sup> doutrina a que adere Francisco Amaral.<sup>18</sup>

A personalidade jurídica, no nosso direito, continuamos a sustentar, tem começo no nascimento com vida. Dois os requisitos de sua caracterização: o *nascimento* e a *vida*.

Ocorre o *nascimento* quando o feto é separado do ventre materno, seja naturalmente, seja com auxílio de recursos obstétricos. Não há cogitar do tempo de gestação ou indagar se o nascimento ocorreu a termo ou foi antecipado. É necessário e suficiente para preencher a condição do nascimento, que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com economia orgânica própria.

A *vida* do novo ser configura-se no momento em que se opera a primeira troca oxicarbônica no meio ambiente. Viveu a criança que tiver inalado ar atmosférico, ainda que pereça em seguida. Desde que tenha respirado, viveu: a entrada de ar nos pulmões denota a vida, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical<sup>19</sup> e a sua prova far-se-á por todos os meios, como sejam o choro, os movimentos e essencialmente os processos técnicos de que se utiliza a medicina legal para a verificação do ar nos pulmões.

A partir deste momento afirma-se a personalidade civil.

No antigo direito francês, como no italiano, não bastava o nascimento com vida. Dizia-se ser necessário ainda que o ser nascido fosse viável. A viabilidade é a aptidão para a vida e situa-se na compleição fisiológica para viver, qualidade que não têm os seres a que faltam órgãos essenciais, ou os fenômenos teratológicos como os que padecem de anencefalia, ou os acardíacos etc. O Código espanhol (art. 30) exigia no recém-nascido “forma humana” e que tivesse vivido 24 horas. O antigo direito português condicionava à vida a figura humana, limitando-se o Código atual ao nasci-

15 “Sob a condição.”

16 Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Pratique*, vol. I, nº 11, p. 10; Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, I, vol. 2, nº 443.

17 *Manual de Direito Civil*, I, p. 126.

18 Francisco Amaral, *Direito civil: introdução*, 8. ed., p. 273.

19 De Page, *Traité Élémentaire*, I, nº 236.



mento completo e com vida. A exigência de guardar o recém-nascido forma humana, na atualidade em completo abandono,<sup>20</sup> era uma reminiscência romana: “*Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit*”.<sup>21</sup>

O direito civil brasileiro sempre afastou estas questões, que apenas geravam dúvidas, contestações e demandas, sem concorrerem os requisitos da *viabilidade e forma humana* para a fixação doutrinária do início da personalidade. Na verdade, o progresso da ciência se afirma tão vivamente que não se pode dizer que uma criança recém-nascida, hoje em condições inferiores de aptidão para viver, não seja plenamente recuperada contra os prognósticos que a fadavam ao perecimento. Toda previsão a este respeito é falha e vã, desmentida por surpresas constantes, tanto num sentido quanto noutro, seja por atingir invejável longevidade quem parecia inviável, seja por apagar-se em curto prazo um ente que parecia dotado da mais franca viabilidade. Não se justifica, igualmente, que a aquisição de personalidade seja recusada aos seres malformados, às aberrações teratológicas, outrora abrangidas na designação genérica de *monstros*. O que nasce defeituoso pode retomar a forma normal, sendo neste sentido frequentes as vitórias admiráveis da arte cirúrgica. Mas, por outro lado, e o argumento parece decisivo, se o direito conserva a personalidade ao que, por acidente, desprimora a forma humana, não há razão para que se negue àquele que de nascença traz um corpo malformado.

Assentado o começo da personalidade no nascimento com vida, somente a partir de então existe uma pessoa em que se integram direitos e obrigações. Até aí o que há são direitos meramente potenciais, para cuja constituição dever-se-á aguardar o fato do nascimento e a aquisição da personalidade. Nascendo vivo, ainda que morra em seguida, o novo ente chegou a ser pessoa, adquiriu direitos, e com sua morte os transmite. A fixação das condições da personalidade (nascimento e vida) tem o maior interesse prático, especialmente no tocante à repercussão sucessória, de

---

20 De Page, *loc. cit.* Hoje, as diversas convenções internacionais ratificadas por todos esses países conduzem à posição de considerar requisito da personalidade apenas o nascimento com vida. Assim, *e.g.*, a própria Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989, especialmente em seu art. 7º, segundo o qual toda criança, ao nascer, tem direito a um nome.

21 *Digesto*, Livro I, tít. V, fr. 14: “Não são filhos aqueles que, contra a forma do gênero humano, são gerados contra o normal, como se a mulher tivesse parido algo monstruoso ou prodigioso”.

vez que, vivo que seja o recém-nascido, ainda que por instantes, recebeu, adquiriu e transmite direitos aos seus sucessores.

Subordinando a personalidade ao nascimento com vida, não cabe indagar de que maneira se processa a concepção: se por via de relações sexuais normais, se devido a inseminação artificial, ou se mediante processos técnicos de concepção extrauterina (fertilização *in vitro*). Ademais, deve-se distinguir os embriões excedentários da figura do nascituro, sendo certo que um e outro não se confundem. O nascituro é o embrião que, implantado no útero, é apto a desenvolver-se ou maturar-se até o nascimento, diferentemente do embrião excedentário, que não tem essa capacidade por si só.

#### 44. FIM DA PERSONALIDADE

A personalidade é um atributo do ser humano e o acompanha por toda a sua vida. Como a existência da pessoa natural termina com a morte, somente com esta cessa a sua personalidade. Este princípio, com esta generalidade, pode-se dizer recente na história jurídica. Entre os povos antigos, a liberdade era condição fundamental da personalidade. Em Roma, o indivíduo que fosse reduzido à escravidão sofria a chamada *capitis deminutio maxima*, e com a perda do *status libertatis* tornava-se inábil a ser titular de qualquer direito, situação que desapareceria, voltando ele a readquirir a personalidade jurídica, se recuperava a liberdade. Na Idade Média, a profissão religiosa, retirando o indivíduo da vida secular, privava-o dos direitos civis. Até a Idade Moderna a reminiscência das ideias antigas conservou a instituição da *morte civil*. Foi, porém, abolida em todas as legislações ocidentais.

No direito das Ordenações vigorava a *servidão* da pena, consistente na privação de todos os direitos, imposta ao condenado à morte. Nosso Código Comercial de 1850 aludia à *morte civil* como causa de extinção do mandato mercantil (art. 157), o que, entretanto, nunca vigorou no Brasil. Enquanto perdurou a escravidão, o estado de dominação em que vivia o escravo lhe impunha um estatuto especial: não era privado da personalidade, pois que a ordem penal o considerava sujeito ativo e passivo na órbita da criminalidade, e o direito administrativo lhe conferia proteção; quanto aos direitos civis, não era privado de personalidade, mas sujeito à restrição de capacidade, uma vez que se lhe reconhecia a faculdade de adquirir um pecúlio para a sua alforria.<sup>22</sup>

22 Ribas, *Curso*, p. 52.

Nosso direito atual não reconhece qualquer hipótese de perda da personalidade em vida. Somente com a morte termina a personalidade jurídica, não significando abolição dela a cassação de direitos políticos, prevista na Constituição, art. 15.

O direito, todavia, não pode deixar de absorver a contribuição da ciência, ao procurar resposta atual à indagação: em que consiste a morte? Situava-se o momento da morte na cessação das grandes funções orgânicas: ausência dos batimentos cardíacos, término dos movimentos respiratórios e da contração pupilar. A ciência moderna, entretanto, chega a uma conclusão diferente. A vida do indivíduo está subordinada à atividade cerebral. E enuncia que a vida termina com a “morte cerebral”, ou *morte encefálica*. A ciência admite que, ocorrendo esta, será lícita a remoção de órgãos para fins de transplante, ou outras finalidades científicas.

Uma tal proposição leva, contudo, o jurista a uma dupla ordem de ponderações. A primeira, de cunho eminentemente civilista, a saber se, determinada a morte cerebral, considerar-se-ia aberta a sucessão, nos termos e para os efeitos do art. 1.784 do Código Civil, com a imediata transmissão da propriedade e posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. Seria de se inscrever no Registro das Pessoas Naturais? Mudar-se-ia a titularidade do título dominial, inscrito no RGI? O patrimônio deixaria de ser individual e se transformaria em uma herança aberta?

Se a ciência está correta, ao proclamar que a vida termina com a morte cerebral, se o jurista proclama que a personalidade cessa com a morte (e são duas proposições indubitavelmente certas), as indagações formuladas acima têm resposta afirmativa? Eis uma questão que merece ser ponderada.

Procurando atender a tais considerações, foi editada a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Neste diploma, a preocupação com a necessidade de órgãos para transplante, no propósito de salvar vidas e recuperar sentidos em falta, pois que se formam longas filas de candidatos nos hospitais especializados, chegou a tornar obrigatória a retirada, desde que não existisse proibição expressa da pessoa quanto ao futuro destino de seu corpo. A matéria, todavia, não poderia ser decidida de maneira tão simplista. Há que respeitar a personalidade das pessoas. Cada um tem direito a dispor sobre o destino de seu corpo. Uma autorização presumida não deixa de atentar contra a essência da vontade humana.

Neste sentido, a Lei nº 9.434/1997 foi alterada em parte pela Lei nº 10.211/2001 ao determinar caber aos *familiares* tomar a decisão a respeito. Contudo, mais condizente com o nosso sistema parece ser a aplicação,

neste caso, do art. 14 do Código Civil, o qual, expressamente, dispõe: “É válida com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”. Somente em ausência dessa orientação, a vontade dos parentes prevaleceria.<sup>23</sup>

No direito do futuro, novas orientações serão certamente adotadas. Uma, de imediatismo flagrante, será o desligamento obrigatório de aparelhos, que nada mais fazem do que conservarem uma aparência de vida; e de outro lado maior desenvoltura no direito positivo para a solução racional desses e outros problemas análogos, hoje apenas vislumbrados.

*Presunção de morte.* Para efeitos sucessórios, presume-se a morte quando ocorre a abertura da sucessão definitiva do ausente. O Código atual aboliu a incapacidade do ausente, regulando adequadamente o instituto. Desaparecida a pessoa de seu domicílio (art. 22), é mister se cuide de seus bens abrindo-se a sucessão provisória, que não gera a presunção de morte. Somente no caso de sucessão definitiva ocorre a sua presunção, que pode ser ilidida por prova em contrário (presunção relativa ou *iuris tantum*). A presunção de morte vigora tão somente para efeitos patrimoniais. Não implica o fim da personalidade, pois que o regresso do ausente ao seu domicílio é reconhecido e produz os efeitos previstos em lei (art. 39 do Código Civil).

A aplicação prática demonstrou que o instituto da ausência, como consagrado no Código de 1916, revelou-se insuficiente para atender a numerosas ocorrências e equacionar problemas de difícil solução. Exigindo sua decretação requisitos específicos, e gerando consequências exclusivamente sucessórias, desatendia a outras necessidades. Os conflitos mundiais ocorridos no século passado, e a multiplicidade de riscos a que se expõem os indivíduos, suscitaram questões que o jurista teve de resolver, e que somente com o Código de 2002 encontram suporte legal. Achando-se uma pessoa em perigo de vida, como no caso de um acidente

---

23 Grande parte da doutrina entende que está em vigor o art. 4º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, com a redação dada pela Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, impondo que a vontade dos familiares prevalece mesmo sobre a vontade do doador: “Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte”. Aqui, no entanto, parece preferível a interpretação que favorece o art. 14 do Código Civil em virtude de sua adequação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual atribui à pessoa, em lugar de a seus parentes, o direito de dispor sobre o destino de seu próprio corpo. Sobre o tema, v. nº 47-A, *infra*.

ou de moléstia de reconhecida gravidade, e não havendo posteriormente notícias dela, nem sendo apurado se veio a falecer, será presumida a sua morte (art. 7º do Código Civil). A mesma presunção pode ser reconhecida se uma pessoa desaparece em campanha ou for aprisionada pelo inimigo, e, terminada a guerra, não retorne nem seja encontrada. Pode tratar-se de um militar servindo sob as bandeiras, ou um civil, já que a guerra moderna atinge também as populações civis, com bombardeios, campos de concentração, aprisionamentos, deslocamentos para trabalhos forçados. Em qualquer desses casos, dar-se-á presunção de morte, se não for encontrado até dois anos após o término da guerra (art. 7º, II, do Código Civil).

Uma interpretação lógica e racional permitirá que não se restrinja o princípio aos conflitos internacionais, estendendo-se também a levantes internos, revoluções ou comoções intestinas. Pela mesma *ratio legis* deverá compreender os acidentes em que passageiros e tripulantes desaparecem na selva ou em lugar ermo e as batalhas citadinas, na luta do Estado pela reconquista de territórios ocupados pelo tráfico de drogas, não sendo localizado ou identificado o corpo.

A presunção de morte resultará de provimento judicial, da iniciativa dos interessados (esposa, companheira, parente sucessorial ou quem demonstre haver a legitimação necessária – *legitimatío ad causam*). Realizadas buscas e averiguações e colhidas provas satisfatórias, o juiz declarará a presunção de morte, por sentença que será inscrita no registro público (art. 9º, IV, do Código Civil).

*Prova.* Se é com a morte que termina a personalidade jurídica, cumpre estabelecer o momento em que ocorre ou fazer a sua prova. Em princípio, ou como regra geral, prova-se a morte pela certidão extraída do assento de óbito. Na sua falta ter-se-á de recorrer aos meios supletivos ou indiretos, que habilitem o juiz a proferir sentença que declare o óbito, assunto que é sujeito à teoria das provas. Não se confunde, entretanto, a *prova indireta* da morte com a *ausência*, pois que, no primeiro caso (morte), há a certeza jurídica do perecimento, enquanto, no segundo (ausência), apenas a certeza do desaparecimento, acompanhado da incerteza da existência atual. Admite-se a prova indireta por meio de justificação judicial de morte para assento de óbito de “pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame” (art. 88 da LRP).