

42
1672
2012
v=1

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

Diretor Responsável

ANTONIO BELINHO

Diretora de Conteúdo Editorial

GISELLE DE MELLO BRAGA TAPAI

Diretora de Operações Editoriais

ORIENE PANAN

Analistas Documentais: Bethânia Mignolo dos Santos, Bruno Martins Costa, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Candido de Oliveira, Henderson Ffirst de Oliveira e Ítalo Façanha Costa.

Editoração Eletrônica

Coordenadora

ROSELI CAMPOS DE CARVALHO

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Ana Paula Lopes Correa, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu, Marcelo de Oliveira Silva e Vera Lúcia Cirino.

Produção gráfica: Calo Henrique Andrade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Miranda, Pontes de, 1892-1979

Introdução: pessoas físicas e jurídicas / Pontes de Miranda; atualizado por Judith Martins-Costa... [et al.]. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (coleção tratado de direito privado: parte geral; 1)

Outros atualizadores: Gustavo Luís da Cruz Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva.

ISBN 978-85-203-4346-3

1. Direito civil – 2. Direito Civil – Brasil I. Martins-Costa, Judith. II. Haical, Gustavo Luís da Cruz. III. Silva, Jorge Cesa Ferreira da. IV. Título. V. Série.

12-02551

CDU-347 (81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito civil 347 (81) 2. Brasil : Direito privado 347 (81)

Pontes de Miranda

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE GERAL

TOMO I

INTRODUÇÃO: PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS

Atualizado por
Judith Martins-Costa
Gustavo Haical
Jorge Cesa Ferreira da Silva

EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 91).

Quantos aos cônjuges, o art. 977 do CC/2002 impõe como limitação a contratarem sociedade entre si ou com terceiros, se estiverem casados sob o regime da comunhão universal de bens (arts. 1.647 e ss. do CC/2002) ou da separação obrigatória (art. 1.641 do CC/2002 e ss.). Logo, não estão proibidos de concluir contrato de sociedade os cônjuges casados sob os regimes: da separação de bens (art. 1.687 do CC/2002 e ss.); da comunhão parcial (arts. 1.658 do CC/2002 e ss.) e da participação final dos aquestos (1.672 do CC/2002 e ss.). A limitação aplica-se tanto à conclusão de contrato de sociedade simples como de sociedade empresária. O art. 977 do CC/2002 não restringe a autonomia da vontade de um só dos cônjuges em concluir contrato de sociedade com terceiro. Em atenção às peculiaridades que o art. 977 do CC/2002 apresenta, foram elaborados pelo Centro de Estudos Judiciários do CJF (STJ) dois enunciados, como segue: Enunciado 204: "a proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002"; e Enunciado 205: "Adotar as seguintes interpretações ao art. 977: (1) a vedação à participação de cônjuges casados nas condições previstas no artigo refere-se unicamente a uma mesma sociedade; (2) o artigo abrange tanto a participação originária (na constituição da sociedade) quanto à derivada, isto é, fica vedado o ingresso de sócio casado em sociedade de que já participa o outro cônjuge".

§ 64. C – Jurisprudência

(a) A limitação para cônjuges contratar sociedade entre si aplica-se tanto à sociedade simples como empresarial: STJ, REsp 1058165/RS, 3.ª T., j. 14.04.2009, m.v., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 21.08.2009; TJRS, ApCiv 70021651047, 17.ª Câmara, j. 13.12.2007, rel. Des. Elaine Harzheim Macedo, DJ 10.01.2008. (b) Um só dos cônjuges pode concluir contrato de sociedade com terceiro independente do regime de bens: TJRS, ApCiv 70009940602, 18.ª Câmara, j. 19.04.2005, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, DJ 28.06.2005.

§ 65. MORTE E PERSONALIDADE

1. MORTE E DIREITOS. – Com a morte termina a capacidade de direito, a personalidade: "A existência da pessoa natural termina com a morte" (art. 10, 1.ª parte). O morto não pode adquirir nenhum direito; não é aquisição de direito pelo morto a indenização pela morte, nem o seguro de vida que não é favor de terceiro (sem razão, HANS CARL NIPPERDEY, em L. ENNECERUS, *Lehrbuch*, I, 39.ª ed., § 77, V, 1), nem o preço do cadáver. Morto

não tem direitos nem deveres. Para o direito, com a morte, tudo, que se refere à pessoa, acaba.

2. DESAPARECIDOS. – Presume-se a morte dos desaparecidos, se é feito o processo especial até a sentença de que falam os arts. 481 e 482 (art. 10, 2.ª parte: "Presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos dos arts. 481 e 482").

3. DANO CAUSADO PELO MORTO. – O morto não pode praticar atos jurídicos. A queda do cadáver, que cause danos, dá ensejo a indenização com fundamento no art. 1.529, e não no art. 159: há, apenas, contrariedade a direito transubjetiva. O tiro com que se suicidou alguém e feriu a outrem, ainda que o suicida tenha morrido primeiro, foi ato ilícito absoluto, regido pelo art. 159, porque o praticou o vivo. Os mesmos princípios concernem à responsabilidade criminal. Se o suicida, ou o assassinado, ou o moribundo de morte natural, aproveita a iminência da morte, para que a queda do seu corpo cause dano a alguém, ou a sua doença se contagie a alguém, a responsabilidade é segundo o art. 159, – a contrariedade a direito foi derivada do ato do homem.

4. MORTE E VONTADE. – Com a morte, termina a vontade do homem e, pois, a sua manifestabilidade. Pode a pessoa, antes da morte, ter querido e manifestado a sua vontade, ou ter querido em ato-fato jurídico, ou em ato ilícito relativo ou absoluto (ato ilícito *stricto sensu*). A morte posterior não apaga a êsse, salvo no que se refere ao direito penal ou onde a lei o determinar. Ainda no tocante às manifestações de vontade, as receptícias vinculam desde logo (cf. art. 1.080); e é questão de interpretação se a oferta dirigida a alguém, que morreu antes de a receber, também se há de considerar dirigida aos seus herdeiros (ou sucessores, no estabelecimento).

Os fatos jurídicos que foram produzidos pelo homem, enquanto vivia, continuam de irradiar efeitos, se tais efeitos não dependiam de sua vida. Por isso, o testamento produ-los após a morte, o que permite à pessoa, enquanto vive, regular o que pode prever. O "interêsse" que êle teve em vida é o a que se atende, ou ao "interêsse" dos sucessores. Não cabe falar-se de interêsse do morto, como se algum acontecimento ocorreu que êle não previra. Não há interêsse do morto (sem razão, G. SCHWARTZ, *Rechtssubjekt und Rechtszweck, Archiv für Bürgerliches Rechts*, 32, 42 s.): o interêsse sòmente pode ser o que subjazia ao tempo do testamento ou o dos sucessores.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 65. A – Legislação

As referências e exemplos legais citados nesse parágrafo são reenviados à legislação ora em vigor: art. 6.º do CC/2002 (morte); arts. 37 e 38 do CC/2002 (presunção de morte); art. 186 do CC/2002 (ato ilícito); art. 938 do CC/2002 (responsabilidade civil por dano proveniente de queda de coisa); art. 427 do CC/2002 (vinculabilidade da proposta de contrato). Em relação à morte real ou natural, no quadro atual da legislação, essa se dá quando diagnosticada da morte encefálica do ser humano, independentemente de término de outras funções vitais, conforme o art. 3.º da Lei 9434/1997. Ademais, é importante acentuar que além da morte natural, o Código Civil de 2002 regrou a morte presumida sem decretação de ausência (art. 28 do CC/2002) e por decretação de ausência (art. 7.º do CC/2002).

§ 65. B – Doutrina

A ampliação dos Direitos de Personalidade por força de novas concepções expressas na lei, na doutrina e na jurisprudência –, a que se vem fazendo reiteradas referências nessas notas de atualização –, impacta, por igual, no conteúdo desenvolvido por Pontes de Miranda no § 65. Conquanto permaneça atual o entendimento ponteano acerca da ausência da capacidade do morto, que não tem nem direitos, nem deveres, há proteção à sua esfera de personalidade, pois esta proteção permanece *post mortem*. É reconhecido o “direito a ser sepultado”, esclarecendo-se: “(...) os familiares do *de cuius* recebem pela saisina, aquele direito-de-ser-sepultado, com conotações de dever jurídico. Com o sepultamento, nova transfiguração se opera: de direito-de-sepultar para direito-de-permanecer-sepultado. Morto não tem direitos. Este princípio, entretanto, aqui não é afetado. O direito, enquanto vivo X é de ser-sepultado após seu falecimento. Com a sua morte, este direito transfere-se aos sucessores X', X" ou X''' que, além de possuírem em caráter próprio direito de ser sepultado, têm agora também o direito recebido de X sob a forma de direito de sepultar. Exercitado este direito, isto é, feita a inumação, X', X" e X''' tem o direito de que X permaneça sepultado, não só por direito transmitido, mas ainda em decorrência do dever/direito de custódia sobre o corpo do falecido” (FARIAS DA SILVA, Justino Adriano. Alguns Aspectos da Responsabilidade Civil do Poder Público em Matéria de Direito Funerário, *Revista Estudos Jurídicos*, vol. 57, p. 20). É devido o respeito à memória e ao cadáver, e há projeção, no tempo, da proteção à esfera da personalidade.

§ 65. C – Jurisprudência

STJ, 52169/RJ, 4.ª T., j. 16.02.2006, v.u., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 20.03.2006: “Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso,

contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material”. Já o TJRS pronunciou-se sobre o “direito a ser sepultado” como um dos Direitos da Personalidade, nos seguintes termos: “O *ius sepulchri* pertence à esfera própria à dignidade humana e transpõe a mera qualificação de direito público. Distinção entre direito a ser sepultado e direito de sepultar, sendo este último titularizado pelo Estado. Demanda que cuida, todavia, do direito a ser sepultado. (...) Direitos a receber exéquias, a ser sepultado e a permanecer sepultado, que não se compadecem com defesa de mercado” (TJRS, ApCiv 70002434710, 20.ª Câm. Civ., j. 25.04.2001, rel. Des. Armínio José da Rosa).

§ 66. REGISTO DE ÓBITO

I. CERTIDÃO DO REGISTO DE ÓBITO. – A lei brasileira submete o enterramento, *de regra*, à exigência da certidão do registro de óbito no lugar do falecimento. Para o registro, é preciso o atestado do médico, se o há no lugar, ao tempo em que o registro ou o entêrro se tem de fazer, ou, se o não há, de duas pessoas qualificadas, que tiverem presenciado a morte, ou teimam verificado que estava morta a pessoa. Antes de proceder a assento de óbito de criança de menos de um ano, cujo nascimento não foi registrado, devendo ter sido, ou não, no seu cartório, o oficial do registro previamente registra o nascimento (Decreto n. 9.886, de 7 de março de 1888, art. 74 e parágrafo único; Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, art. 88 e parágrafo único; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 88 e parágrafo único). Se não fôr competente o oficial do registro, nem por isso deixará de proceder ao assento, à vista da simples informação de não estar registrado o nascimento. O registro tem de ser feito dentro de vinte e quatro horas; só devido à distância, ou outro motivo relevante (inundação, interrupção de trens, calamidades), será lavrado após as vinte e quatro horas, com urgência e dentro de quinze dias, ampliado o prazo para ses-

rubrica do respectivo médico chefe, ficando a cargo da unidade que proceder ao sepultamento o registro de acôrdo com as regras sôbre óbitos que se derem no próprio local do combate (Decreto n. 9.886, art. 81; Decreto n. 18.542, art. 96; Decreto n. 4.856, art. 96). Tais óbitos serão publicados em boletim do Exército e inscritos no registro civil, mediante relações autenticadas remetidas ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, contendo os nomes dos mortos, idade, naturalidade, estado civil, designação dos corpos a que pertenciam, lugar e residência ou de mobilização, dia, mês, ano e lugar do falecimento e do sepultamento, para à vista dessas relações se fazerem os assentamentos, na conformidade do que se estabelece para os nascimentos (Decreto n. 9.886, arts. 82, 67 e 68; Decreto n. 18.542, arts. 98 e 80; Decreto n. 4.856, arts. 97 e 80). No caso de ocorrerem no estrangeiro óbitos de militares da Aeronáutica, as atribuições acima referidas cabem aos adidos aeronáuticos e, na falta dêles, aos agentes diplomáticos ou consulares, brasileiros, com exercício no local do falecimento, ou na cidade mais próxima (Decreto-lei n. 8.573, de 8 de janeiro de 1946, art. 2.º).

c) O assento de óbito ocorrido em hospital, prisão, ou qualquer estabelecimento público, se não há declaração de parente, é segundo a que prestar a administração, observados os arts. 77 e 78 do Decreto n. 9.886 (= Decreto n. 18.542, arts. 91 e 92; Decreto n. 4.856, arts. 92 e 92). O da pessoa encontrada acidental, ou violentamente morta, faz-se segundo a comunicação, *ex officio*, das autoridades policiais, logo que tenham conhecimento do fato (Decreto n. 9.886, art. 83; Decreto n. 18.542, art. 98; Decreto n. 4.856, art. 98).

5. CORPOS NÃO-ENCONTRADOS. — Todos os assentos de que acima se falou só se referem a pessoas *cujos corpos foram encontrados*. Não se registam óbitos se as relações militares só aludem ou no que só aludem a pessoas desaparecidas em combate, por mais forte que seja a presunção *hominis* da morte. O registro tem sempre de ser concernente a pessoa cujo corpo foi encontrado. Daí o problema de técnica legislativa no tocante àquêle que, no caso de desastre, em campanha, desapareceu, *crendo-se* que morreu.

No Código Civil alemão, adotaram-se as *declarações de morte* para os que desapareceram em guerra, três anos após a terminação da guerra (§ 15); para os que estavam a bordo de navio naufragado, um ano após o desaparecimento (§ 16); para os outros casos de perigo de morte, três anos (§ 17). Compreende-se que se estabelecessem prazos: não se teve por fito, nos §§ 15-17, constituir *prova*, e sim *declarar a morte*. Tanto assim

que o legislador cogitou do tempo anterior à declaração de morte (§ 19), para as espécies de ausência qualificada (§§ 15-17). Tem-se suporte fáctico (grande probabilidade de ter morrido a pessoa + ausência = ausência qualificada) e procura-se a regra jurídica que mais adequada pareça para incidir sôbre êle. As regras jurídicas relativas à ausência são *fracas*; exatamente o que se colima é a regra jurídica que atenda à especialidade da ausência qualificada. As regras jurídicas sôbre a ausência (arts. 463-484) podem ser invocadas, porque a ausência qualificada também é ausência. Invocá-las não resolveria o problema técnico; deixá-lo-ia intacto.

Se a morte é considerada como certa (= extremamente provável), pôsto que não se haja encontrado o cadáver, seria falta grave do sistema jurídico não conter regra jurídica que permitisse a *justificação* perante o juiz, com eficácia semelhante à do registro. A prova mais segura da morte é a presença do cadáver. Casos há, porém, em que se pode admitir, com segurança quase igual ou igual (*e.g.*, muitos viram a pessoa lançar-se ao mar e desaparecer, ou cair na fogueira do prédio e não se lhe encontrar de vestes ou de corpo), que a morte se deu.

A *pessoa viva presume-se viva até que se não prove o contrário*; de modo que, havendo ausência, ou, até, ausência qualificada, é preciso que se estabeleça presunção de morte em virtude de decisão judicial, para que aquela presunção de continuação de vida desapareça. A decisão do art. 481 ou do art. 482 tem tal eficácia constitutiva de prova (fôrça); mas seria tardia para as espécies de ausência qualificada. No direito alemão, criou-se presunção de vida até que se atinja aquêles têrmos, que poderiam, em declaração de morte, ser considerados como data da morte (§ 18, alínea 2.ª), solução que sômente funcionaria bem em sistema jurídico que tivesse o instituto da declaração de morte. O direito suíço foi beneficiado pela reação da consciência jurídica do país diante do caso Molly-Müller (P. TUOR, *Das neue Recht*, 76 s.). Os dois sistemas, o alemão da declaração de morte e o francês da declaração de ausência, que se refletiam nas legislações cantonais, tiveram de ser reexaminados, inclusive nos seus resultados de fixação artificial de data de morte e de fixação *ex nunc* de data em que se inverte o ônus da prova, sem qualquer dia *jurídico* de morte.

O Código Civil brasileiro sômente falou da declaração de ausência, a *déclaration d'absence*, de tipo francês (arts. 10, 2.ª parte, 463-484). Porém a França mesma havia admitido o julgamento declarativo da morte (*constatation judiciaire de décès*), nos casos de perda do navio, além da presunção após os comunicados militares (Código Civil francês, arts. 90 e 91, modi-

ficado pela Lei de 8 de junho de 1893). O julgamento declarativo é título hábil à transcrição (art. 92, Lei de 8 de junho de 1893 e Lei de 20 de novembro de 1919). Os redatores do Decreto (brasileiro) n. 18.542, de 14 de dezembro de 1928 (cf. Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939), tentaram dar solução (art. 99), inclusive para os desaparecidos em campanha (art. 99, parágrafo único). Fixaram, porém, o termo em três anos para que só após êle se pudesse admitir justificação para o assento de óbitos. *De iure condendo*, tal prazo só se justificaria no sistema que tivesse a declaração de morte, não naquêle que apenas tivesse a justificação de eficácia constitutiva de prova, e não de força declarativa; pôsto que no sistema de declaração de ausência (não qualificada) se possa admitir a declaração de morte, em caso de ausência qualificada. Tem-se, pois, o problema de interpretação do art. 99 e seu parágrafo: ou *a*) se adotou a declaração de morte, segundo a concepção alemã da *Todeserklärung*; ou *b*) se adotou a justificação apenas após o triênio, o que agravou a situação em vez de se resolver o problema que ela criara. Se *b*), então se cercearam direitos, pretensões e ações, suprimindo-se as justificações antes de se completar o triênio, e o prazo havia de constar de lei, e não de simples decreto consolidante. Se *a*), a declaração de morte não exclui a justificação para outros efeitos que a inserção do assento de óbito no registro. A verdadeira solução *c*) é a de se considerar a ação de justificação do art. 99 e seu parágrafo mandamental, *que dependeria do triênio para nascer*, inconfundível com a ação de justificação de morte, segundo os arts. 735-738 do Código de Processo Civil (constitutiva de prova) que nasce com os indícios fortes da morte. Essa justificação, ainda que se passem os três anos, não dá ingresso no registro de óbitos. O elemento mandamental suficiente somente se caracteriza com a justificação “para o assento de óbitos” (art. 99) e essa dependeria do triênio (§ 67, n.- 1).

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 66. A – Legislação

As referências e exemplos legais citados nesse parágrafo são reenviados à legislação ora em vigor: Código Civil de 2002: art. 7.º do CC/2002 (declaração de morte presumida sem decretação de ausência); arts. 22 a 39 do CC/2002 (ausência). Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos): art. 77 da Lei 6.015/1973 (a exigência de certidão de óbito ao enterramento); art. 77, § 1.º e § 2.º, da Lei 6.015/1973 (a certidão de óbito da criança com menos de 1 ano); art. 78 da Lei

6.015/1973 (prazo a ser efetuado a certidão de óbito); art. 83 da Lei 6.015/1973 (quando o registro não puder ser feito antes do enterro); art. 81 da Lei 6.015/1973 (morto desconhecido); art. 79 da Lei 6.015/1973 (dever de declarar o óbito); art. 80 da Lei 6.015/1973 (conteúdo da assento de óbito); art. 82 da Lei 6.015/1973 (quem deve assinar o assento); arts. 84 a 87 da Lei 6.015/1973 (falecimentos a bordo, em campanha ou em estabelecimento público); art. 88 da Lei 6.015/1973 (probabilidade da morte). Código de Processo Civil: arts. 861 a 866 do CPC/1973 (ação de justificação de morte).

§ 66. B – Doutrina

O Código Civil de 2002 trouxe importantes inovações, relativamente ao Código Civil de 1916, ao prever que a morte presumida, isto é, morte sem cadáver, possa ser declarada sem a necessidade de enfrentamento do longo processo de ausência (art. 22 a 39 do CC/2002). Vem a calhar, assim, a distinção apresentada por Pontes de Miranda ao final do item 5 entre *ação mandamental de justificação para assento de óbito*, fundada na redação do art. 99 do Dec. 4.857/1939 (atual art. 88 da Lei 6.015/1973), e a *ação constitutiva de justificação de prova de morte*, assentada nos arts. 735 ao 738 do CPC/1939, correspondentes aos arts. 861 a 866 do CPC/1973. A distinção permanece nos dias de hoje. O art. 7.º, II, do CC/2002 ao impor à ação de declaração de morte quando não tiver sido encontrado, até dois anos após o término da guerra, aquele que houver desaparecido em campanha ou tenha sido feito prisioneiro, voltou a impor o prazo que não mais constava no art. 88 da Lei 6.015/1973. Por consectário, cabe afirmar que o atual art. 88 da Lei 6.015/1973, embora sendo lei especial, merece interpretação conjunta com o art. 7.º, II, do CC/2002.

§ 66. C – Jurisprudência

a) Declaração de morte por decretação de ausência: TJES, ApCiv 8100017980, 1.ª Câmara, j. 02.08.2011, rel. Des. Carlos Simões Fonseca, DJ 16.08.2011. b) Negativa de decretação de morte por não ter havido concreção do suporte fático do art. 7.º do CC/2002: TJSP, ApCiv 9000552, 3.ª Câmara de Direito Privado, j. 31.01.2012, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, DJ 06.02.2012. TJSP, AgIn 0138468, 8.ª Câmara de Direito Privado, j. 31.01.2012, rel. Des. Caetano Lagrasta, DJ 31.01.2012.

§ 67. PROVA DA MORTE

1. MORTE, FATO JURÍDICO. – A morte é fato, que há de ser alegado e provado. A prova do registro civil vem em primeiro lugar. Depois, a prova

por presunção (arts. 481 e 482), à semelhança do que ocorre noutros sistemas jurídicos; ou por *indícios*. No direito inglês, a presunção é após sete anos sem notícias (mas sem se presumir ter morrido em algum momento antes, "at any particular time during the seven years", EDWARD JENKS, *A Digest of English Civil Law*, I, n. 12, 4). Para os casos de morte em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto, ou outra catástrofe, o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, possui duas regras jurídicas sobre *justificações*: "Poderão os juízes togados admitir a justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágios, inundações, incêndio, terremoto ou outra catástrofe, quando não fôr possível encontrar-se o cadáver para exame, passados três anos do sucesso, e estiver provada a sua presença no local do desastre" (art. 99); "Para os desaparecidos em campanha, a justificação de que trata este artigo poderá ser também produzida em juízo, mas contado prazo de três anos da data da terminação da campanha".

Trata-se, aí, da prova *por indícios*, feita em ação de justificação, que fora estabelecida pelo Decreto n. 18.542, de 24 de dezembro de 1928, a título de consolidação, art. 99 e parágrafo único. Não há dúvida, porém, quanto a poder ser proposta, no direito anterior ao Decreto n. 18.542, justificação, *sem ser para o assento*, à semelhança das outras justificações. Ação mandamental e constitutiva de prova, tal a do art. 99 e parágrafo único, com carga de declaração. Pode ser acessória (*Comentários ao Código de Processo Civil*, IV, 297 s. e 406 s.), ou não. Resta saber-se se o prazo de três anos podia ter sido fixado pelo consolidador de 1928 para tôdas as justificações. Em verdade, infringiria êle o art. 72, § 1.º, da Constituição de 1891 e nenhuma lei o aprovou: só a lei podia estabelecer o prazo de três anos, *cerceando direitos*. Por isso mesmo, a justificação pode ser feita a qualquer tempo, após o acidente. A sentença apenas constitui prova; não se exclui a prova em contrário, — tal como acontece com o próprio registro civil de óbito, segundo o Decreto n. 9.886, de 7 de março de 1888, arts. 16, 17, 25 e 26, o Decreto n. 18.542, arts. 117-120, e o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 117-120. Cada justificação nova desconstitui, no todo ou em parte, a anterior. Tal a condição de tôda justificação, como ação constitutiva *de prova*. Em conclusão: a justificação, a qualquer tempo, rege-se pelo art. 735 do Código do Processo Civil (é constitutiva de prova, com eficácia declarativa e certa dose de mandamentalidade); a justificação para o *assento* é perante o juiz togado competente para mandar ao oficial do registro, porque se trata de ação mandamental (*fôrça*), envolvendo forte carga de constituição de prova e elemento declarativo.

2. COMORIENTES. — "Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos" (art. 11). Outros sistemas jurídicos têm a mesma solução técnica: o chileno, art. 79; o alemão, § 20; o suíço, art. 32, alínea 2.ª; o argentino, art. 109, que seguiu ao chileno, por sugestão de TEIXEIRA DE FREITAS. A solução é de origem suíça (Waadt, art. 510; Lucerna, § 12; Aargau, § 22; Graubünden, § 14). Também no direito inglês não se presume qualquer ordem nas mortes; e EDWARD JENKS (*A Digest*, I, 4) achou grande inconveniente em tal regra jurídica, porque nada se transmite de uma pessoa a outra (*e. g.*, pai e filho. O *Law of Property Act* de 1925, seção 184, presumiu premorto o mais velho. É interessante observar-se que o Código Civil chileno foi promulgado em 1855 e a decisão *Wing v. Angrave*, 8 H. L. 183, proferida em 1860. Disse o art. 79 do Código Civil chileno: "Si por haber perecido dos o mas personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla, o por otra causa cualquiera, no pudiese saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento, i ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras". Rompeu-se, assim, com o Código Civil francês, arts. 720 ("...la présomption de survie est déterminée par les circonstances du fait et, à leur défaut, par la force de l'âge et du sexe"), 721 e 722, que explicitam êsses casos de fôrça da idade e do sexo.

Se duas ou mais pessoas foram, por exemplo, assassinadas no mesmo lugar, e não há prova de que uma houvesse falecido antes da outra, incide o art. 11 (5.ª Câmara da Corte de Apelação de São Paulo, 25 de março de 1936, *R. dos T.*, 100, 550). Todavia, se o exame dos cadáveres, a diferença de lugares em que foram encontrados (*e. g.*, uma, morta ao abrir a porta, outra, no quarto, dormindo; uma, dentro de casa, outra, ao sair pelos fundos), ou outras circunstâncias mostram que uma faleceu depois da outra, o art. 11 não incide.

A ocasião pode ser a mesma, ainda que diferentes os lugares em que se derem os falecimentos (no navio e fora dêle; na cratera do vulcão e por desabamento de terras; fogo ou queda do prédio incendiado).

Na L. 9, § 4, D., *de rebus dubiis*, 34, 5, TRIFONINO, segundo se tirou das suas *Dubitationes*, assentou: Se faleceu Lúcio Tício com o filho, púbere, que êle havia instituído herdeiro no testamento, entende-se que o filho sobreviveu ao pai, e foi herdeiro em virtude do testamento; e a herança do filho defere-se aos seus sucessores, *se não se provar o contrário*. Mas, se

com o pai morrer filho impúbere, crê-se que sobreviveu o pai, *se também nesse caso não se provar o contrário*. (O que pusemos em letra grifa é interpolação.) Nas L. 22 (JAVOLENO) e 23 (GAIO), a mesma presunção se estabelece a respeito da mãe.

Dáí se veio até às discriminações do Código Civil francês, que desde o Código Civil chileno se repeliram, e à regra do *Law of Property Act* de 1925, seção 184.

Se duas ou mais pessoas desaparecem, ou morrem, sem que se saiba qual a ordem cronológica em que morreram, é óbvio que se tenham por falecidas no mesmo momento. A solução técnica do art. 11 é a de se terem como simultaneamente mortas, porém ou se concebe a regra jurídica como regra de ônus da prova (F. REGELSBERGER, *Pandekten*, 247; H. DERNBURG, *Pandekten*, I, 7.^a ed., 109 s.), ou como presunção legal (F. VON SAVIGNY, *System*, II, 20 s.; F. L. VON KELLER, *Pandekten*, § 20, 33; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, 9.^a ed., § 53, aliás diferente no § 429, nota 2). Em verdade, o direito romano não conheceu regra jurídica geral de presunção, ainda para os casos de pais e filhos, falecidos no mesmo acidente; apenas como que se rendia o sistema jurídico ante a impossibilidade da prova (G. BURGMANN, *Dissertatio iuridica inauguralis de presunto ordine mortalitatis commorientium in linea recta*, 12; OTTO WENDT, *Lehrbuch*, § 17, 36; O. STOBBE, *Handbuch*, I, 3.^a ed., 301; C. G. BRUNS, em FR. VON HOLTZENDORFF, *Encyklopädie*, I, 5.^a ed., 449; E. HÖLDER, *Pandekten*, 103; F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, 247). Na L. 26, pr., D., *de pactis dotalibus*, 23, 4, acha-se verossímil que a criança tenha morrido antes da mãe; mas a interpolação é evidente: PAPINIANO não no disse. As expressões “quia verisimil videbatur ante matrem infantem perisse” prestaram-se a afirmar-se a existência da presunção legal, justinianéia (cf. C. FERRINI, *Le Presunzioni*, 31, correspondente a 281 da *Rivista*, 14). Quanto à L. 9, § 1, D., *de rebus dubiis*, 34, 5, diz ela que Hadriano (117-138 após Cristo) cria premorto na guerra o pai, se pereceu com o filho. Tal filho teria, pelo menos, dezessete anos, pois que estava na guerra (cf. TH. H. F. GAEDCKE, *De Iure Commorientium*, 13, nota 16). Aliás, Hadriano atendera à pobreza da mãe, o que impede que se interprete analogicamente a L. 9, § 1. Na L. 9, § 4, frisa-se que se teria por premorto o pai, se púbere o filho, ou por premorto o filho, se impúbere, se não se provasse o contrário (cp. quanto à mãe, a L. 22 e a L. 23). Tudo isso foi obra dos compiladores (C. FERRINI, *Le Presunzioni*, 33; E. H. W. MUTZENBECHER, *Die Lehre von dem Kommorienten*, 10 s.). Observe-se que, tratando-se de comoriência da mãe e do filho, era indiferente – para

o direito clássico – que ela, ou êle, se tivesse por supérstite. A casuística mesma do direito justinianeu revela que se não chegara a formulação de princípio. É indisfarçável que no direito comum se forçava a formulação de princípio (e. g., MÜHLENBRUCH, *Über die Priorität des Todes*, *Archiv für die civilistische Praxis*, IV, 397 s.; A. F. J. THIBAUT, *System*, 9.^a ed., 90; J. G. KJERULFF, *Theorie*, 92). Seja como fôr, exigiu-se o mesmo perigo. De modo que, se o filho perecia nas mãos da parteira e a mãe no outro quarto, ou na cama, a presunção não exsurgia. A regra da premorte do ascendente (*Ascendens prius mortuus intelegitur quam descendens*) estava em DIONÍSIO GODOFREDO, em nota à L. 9, § 4, D., *de rebus dubiis*, 34, 5; e em nota à L. 9, C, *de institutionibus vel substitutionibus*, 6, 25 citou êle a ANDRÉA ALCIATO, I, praesumptio 43. Ia J. G. BURGMANN (*Dissertatio de praesumpto ordine mortalitatis commorientium*, 18 s.) ao exagero de pôr a regra em caso de mortes naturais. Por outro lado, TH. H. F. GAEDCKE (*De Iure Commorientium ex disciplina romanorum*, 37 s.) pretendeu que os fracos (impúberes e mulheres) se presumiriam premortos. Se lemos a MÜHLENBRUCH, no artigo do *Archiv* (IV, 391 s.), vemos que distinguia púberes e impúberes, para presumir premortos os impúberes e, entre parentes da linha reta, o ascendente. Outros escritores ativeram-se à conveniência dos filhos e pais, presumindo premorto o filho púbere, ou, em relação ao impúbere, o pai. A generalização a tôda a linha reta está em K. AD. VON VANGEROW, C. G. VON WÄCHTER, L. ARNDTS, J. BARON e outros. No intervalo houve decisão de Oldemburgo que F. REGELSBERGER (*Pandekten*, I, 248, nota 4) zurziu, no sentido de não se poder invocar a presunção a propósito de filhos ilegítimos.

Se nos pomos no tempo em que escreveram tais juristas, temos de enfrentar o problema da interpretação analógica do *ius singulare*. A maioria dêles entendia que tôda presunção é *ius singulare*, e *ius singulare* não permite interpretação analógica (H. BURCKHARD, *Die civilistische Präsumptionen*, 360), com invocação da L. 14, D., *de legibus*, 1, 3, onde se alude a interpretar contra a *ratio iuris*, e o *ius singulare*, na L. 16, é o que se introduz “contra tenorem rationis”, contra o conteúdo do princípio (cf. M. GRASSHOFF, *Begriff und praktische Bedeutung des ius singulare*, 8). Não faltaram, porém, os que não fizessem tal ligação dos dois textos e admitissem a interpretação analógica do *ius singulare* (F. L. VON KELLER, *Pandekten*, 14 s.; F. ZRÓDŁOWSKI, *Das römische Privatrecht*, I, 105; J. REMY, *Der Begriff des ius singulare*, 28-37; E. H. W. MUTZENBECHER, *Die Lehre von den Kommorienten*, 25).

3. PRESSUPOSTO DA COMORIÊNCIA. – A comoriência supõe a mesmidade da ocasião, não a unicidade da causa da morte (sem razão, E. HÖLDER, *Allgemeiner Teil*, 119). Têm-se de provar a morte e a mesma ocasião; se apenas se provaram as mortes, na mesma ocasião, em virtude da justificação segundo o Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, art. 99 e parágrafo único, então é que se há de invocar o art. 11; ainda se é caso de presunção do art. 481 ou do art. 482. Aqui, a doutrina estava dividida: de um lado, *a*) os que consideravam a regra jurídica do art. 11 *lex specialis* sobre ordem da morte dos comorientes, devendo, por isso, preceder à *lex generalis* da presunção de morte (arts. 481 e 482), e mais acertados, *de lege ferenda*, os resultados (H. DERNBURG, *Das Bürgerliche Recht*, I, 4.^a ed., 136; F. BÖCKEL, *Kommorienten*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 93, 486; E. HÖLDER, *Allgemeiner Teil*, 120; L. ENNECERUS, *Lehrbuch*, I, 30.^a-34.^a ed., 190); do outro lado, *b*) os que entendiam, com razão, que não se pode invocar o art. 11 sem se conhecer o fato da morte ou sem haver a justificação da comoriência (C. CROME, *System*, I, 205; F. ENDEMANN, *Lehrbuch*, I, 8.^a-9.^a ed., 166; TH. KIPP, em B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, I, 9.^a ed., 239; R. LEONHARD, *Der Allgemeine Teil*, 79; A. VON TUHR, *Der Allgemeine Teil*, I, 391; P. OERTMANN, *Allgemeiner Teil*, 72; ENGELMANN, em *J. v. Staudings Kommentar*, I, 7.^a-8.^a ed., 148; G. PLANCK, *Kommentar*, I, 4.^a ed., 54; FR. LEONHARD, *Die Beweislast*, 273). O problema chega ao ponto mais delicado quando, apreciando o mesmo acidente, dois tribunais decidem diferentemente quanto à morte de duas ou mais pessoas no mesmo acidente. A opinião *a*) entende que ainda assim se há de atender ao art. 11 (e a força de coisa julgada?), ainda que não se neguem aos julgados outros efeitos; a opinião *b*) sustenta que o art. 11 não incide se só há o elemento de que faleceram no mesmo acidente (ou mesma ocasião) e sobrevêm julgados diferentes sobre presunções (arts. 481 e 482) ou presunções e justificações, ou presunções e prova segura pela achada, por exemplo, do cadáver e hora pelo relógio. Ora, o art. 11 não pode incidir se os elementos do suporte fático (um deles a mesmidade do acidente ou ocasião, sem a prova dos momentos das mortes) não se compuseram. Outra opinião *c*) tentou falsa síntese (nas relações entre os comorientes, presunção de morte simultânea, art. 11; nas relações com terceiro, os julgados estabeleceriam a data): teria todos os inconvenientes de cindir a força dos julgados; e no entanto defendeu-a J. W. HEDEMANN (*Die Vermutung*, 332).

Trata-se de questão de divergência de julgados. Temos de encará-la com toda a clareza, no direito brasileiro, *a*) Os dois ou mais julgados apreciaram a questão da data da morte de cada comoriente, sendo a decisão

de um, para A, o dia 1.^o de janeiro, a de outro, para B, o dia 2 de janeiro e assim por diante. Não se pode, com a produção desses julgados, invocar o art. 11, porque, se eles não negam que tenha havido morte no mesmo momento, excluem que haja o elemento da *inaveriguabilidade das datas*, *b*) Os dois ou mais julgados apreciaram a comoriência e um negou que tenha havido os elementos do suporte fático do art. 11; e outro ou outros o afirmam. A questão é de direito processual, tendo-se de lançar mão da ação rescisória do art. 798, I, *b*), do Código de Processo Civil, por ofensa da coisa julgada, contra a segunda decisão, *c*) Os dois ou mais julgados (arts. 481 e 482) não fixaram datas; apenas um foi proferido após o outro ou outros, ou os três proferidos em diferentes datas, de modo que a presunção *começou* em momentos sucessivos: o incidente foi o mesmo, porém não houve base para a justificação de morte, tendo-se pedido, apenas, à curadoria de ausentes, a sucessão provisória e afinal a sucessão definitiva (arts. 481 e 482), o que deixa aberta a questão do art. 11; *d*) Os dois ou mais julgados admitiram como encontrado o cadáver ou foram sobre a justificação do art. 99 e parágrafo único do Decreto n. 4.857 com a fixação de datas diferentes, sem terem apreciado a questão da morte no mesmo acidente: não há invocar-se o art. 11; cada decisão se adstringiu à *res in iudicium deducta*. *e*) Os dois ou mais julgados que admitiram o encontro do cadáver entraram na questão da apreciação da morte, no mesmo acidente, fixando datas diferentes às mortes, ou a algumas delas: os julgados divergentes posteriores infringem a coisa julgada; a solução é a ação rescisória. As decisões do art. 481 ou do art. 482 de modo nenhum fazem coisa julgada para a questão da comoriência; as decisões nas justificações do art. 99 e parágrafo único, constitutivas *de prova*, porque a sua eficácia, imediata, declarativa, *é de prova*, permitem a prova em contrário no mesmo juízo. As justificações podem ser a respeito de duas ou mais pessoas, que se têm por mortas, e conter a postulação da comoriência; o art. 11 está, implicitamente, invocado. Porém isso não imuniza o julgado da eficácia de justificação posterior, no mesmo juízo.

4. CAUSA E CAUSAS DA PLURALIDADE DE MORTES. – Convém advertir na diferença entre o direito cantonal suíço anterior, à codificação (Waadt, art. 510; Lucerna, § 12; Aargau, § 22; Graubünden, § 14) e o Código Civil chileno, art. 79, em que se aludiu à mesmidade do perigo, seguidos pelo Código Civil alemão, § 20 (“in einer gemeinsamen Gefahr”), e o Código Civil suíço, art. 32, e o brasileiro que abstraem do acidente comum. Aquê-les se satisfaz com a falta de prova (ERNST HAFTER, no *Kommentar* de M.

GMÜR, I, 2.^a ed., 164); e êsse, com a mesmeidade da ocasião, de modo que basta a desapareição ao mesmo tempo. Mesma ocasião é mais geral do que mesmo perigo ou perigo comum.

Para a incidência do art. 11 é irrelevante se a ocasião comum foi suscitada ou aproveitada, para a morte, por um dos mortos no mesmo perigo (O. WARNEYER, *Kommentar*, I, 40): por exemplo, A pôs fogo à casa em que morreram êle, B e C; A deu o tiro em B e matou-se, mas não se pode saber se A morreu depois; A e B suicidaram-se (sem razão, J. U. SCHRÖDER, *Vorträge*, 15).

É preciso que se faça a prova da sucessividade para que se elida a presunção do art. 11 (C. CROME, *System*, I, 205). Não bastam conjeturas.

5. ÔNUS DA PROVA. – Quem alega a morte de alguém tem de prová-lo. Outrossim, quem alega ordem em que morreram as pessoas, ou sobrevivência de alguém. Se não se pode estabelecer quem morreu primeiro, pôsto que se saiba que estão mortas as pessoas, cabe invocar-se, por analogia, o art. 11, que se refere aos que faleceram “na mesma ocasião”. Aliás, não seria de admitir-se outra solução: os que morreram sem se saber se na mesma ocasião, ou não, são como os que morreram na mesma ocasião, porque a introdução de outro critério para resolver a questão introduziria no sistema jurídico, em que há o art. 11 e não há as regras jurídicas francesas ou inglesa de hoje, norma jurídica heterogênea e contraditória.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 67. A – Legislação

As referências e exemplos legais citados nesse parágrafo são reenviados à legislação ora em vigor: Código Civil: art. 8.º do CC/2002 (regra da comoriência); arts. 22 a 39 do CC/2002 (ausência); Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos); art. 88 da Lei 6.015/1973 (possibilidade de declaração jurisdicional de óbito em casos de específicos de desaparecimento de pessoas).

§ 67. B – Doutrina

Por ter se mantido idêntica a redação do art. 8.º do Código Civil de 2002 em comparação com o art. 11 do Código Civil de 1916, o entendimento doutrinário de Pontes de Miranda sobre a comoriência permanece atual. Quanto ao item 1 do § 67, remete-se o leitor às considerações apresentadas ao § 66.

CAPÍTULO III NOME E PARENTESCO

§ 68. NOME DAS PESSOAS COMO SUPORTE FÁCTICO

1. DESDE OS TEMPOS PRIMITIVOS. – Desde os tempos primitivos, o homem leva consigo nome, que o designa e o distingue dos outros. Tal aderência da palavra ao homem não é diferente da aderência da palavra à coisa, quando a individua. Nomes de homens e de coisas entram na linguagem jurídica, como expressão. Raríssimamente entra hoje o nome de homem como elemento de suporte fático de regras jurídicas: a nomeação de alguém, A, para o cargo *a*, não dá ensejo a entrar a A como elemento de suporte fático no mundo jurídico; o que entra é a pessoa com pressupostos tais que a nomeação de A existirá, valerá e será eficaz se os satisfizer; a regra jurídica rege as nomeações; a nomeação, ato administrativo, é que entra no mundo jurídico, irradiando efeitos (direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções) de que são titulares o Estado e o nomeado.

Mas o nome, em si, pode entrar em suporte fático e entrar, como tal, no mundo jurídico. Aqui, temos de tratar do nome, *antes* dessa entrada. O direito ao nome, de que adiante, na parte sobre eficácia dos fatos jurídicos, se cogitará, com certo desenvolvimento, já é *efeito* do fato jurídico resultante da entrada, no mundo jurídico, do suporte fático de que aqui falamos. Os nomes foram criações da vida, *nomina significandorum hominum gratia reperta sunt* (§ 29, I., *de legatis*, 2, 20); são elementos fáticos, de grande importância nas relações inter-humanas, ainda quando o direito os ignore, *e. g.*, antes do registo do nascimento da criança, o nome, que se lhe dá e ainda é mudável, a designa e distingue das outras crianças, tal como a designa e distingue o seu número na casa de maternidade.