

CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS PESSOAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

*Wanderlei de Paula Barreto**

SUMÁRIO: 1 Da pessoa; 1.1 Conceito de pessoa; 1.2 Personalidade; 1.3 Personalidade e capacidade; 1.4 Capacidade de direito e capacidade de fato; 1.5 Começo da personalidade. 2 Incapacidade absoluta; 2.1 Menores de 16 (dezesseis) anos; 2.2 Enfermos e deficientes mentais; 2.3 Causas transitórias que impedem a expressão da vontade. 3 Da incapacidade relativa; 3.1 Maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos; 3.2 Ébrios habituais, viciados em tóxicos, deficientes mentais com discernimento reduzido; 3.3 Excepcionais sem desenvolvimento mental completo; 3.4 Pródigos; 4 Da maioridade; 4.1 Início da maioridade; 4.2 Cessaçãõ da incapacidade; 4.2.1 Pela concessãõ dos pais; 4.2.2 Pelo casamento; 4.2.3 Pelo exercício de emprego público efetivo; 4.2.4 Pela colaçãõ de grau em curso de ensino superior; 4.2.5 Pelo estabelecimento civil ou comercial ou pela relaçãõ de emprego; 5 Do fim da personalidade; 5.1 Morte real; 5.2 Morte presumida dos ausentes; 5.3 Morte presumida sem decretaçãõ de ausênciã; 5.3.1 Necessidade de declaraçãõ judicial da morte presumida; 5.3.2 Morte extremamente provável; 5.3.3 Desaparecido ou prisioneiro de guerra; 5.3.4 Exaurimento das buscas e averiguações; 5.4 Comoriênciã; 5.4.1 Meios de prova; 5.4.2 Presunçãõ legal de simultaneidade das mortes; 5.4.3 Comoriênciã e direito de representaçãõ

Palavras-chave: Pessoa - Capacidade - Personalidade

1 DA PESSOA

1.1 Conceito Pessoa¹

Em sentido comum, pessoa física ou natural é o ser humano, dotado de corpo, mente e espírito. Distingue-se dos demais seres vivos

* Professor Titular de Direito Civil da Universidade Estadual de Maringá - UEM, Doutor em Direito pela Universidade de Tübingen, da República Federal da Alemanha e Pós-Doutor em Direito Comunitário pelo Max Planck Institut de Heidelberg, República Federal da Alemanha.

¹ Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

pela sua racionalidade, pelo poder de livre arbítrio e pela sua capacidade de se organizar sob sistemas normativos. Por reunir estas características, atribui-lhe o Direito importante papel ativo e passivo, na ordem jurídica, fazendo dela o elemento animador das relações jurídicas e elegendo-a como alvo principal das tutelas legais previstas.

Por outro lado, em sentido jurídico, pessoa é o ente racional (pessoa natural) ao qual o Direito reconhece a capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações, isto é, de ser titular de direitos, de ter e de adquirir direitos, de ter deveres e de contrair obrigações, de integrar uma relação jurídica como um dos seus termos ou elementos subjetivos (ativo ou passivo). Todavia, não só as pessoas físicas ou naturais são pessoas para o Direito, senão também entes coletivos denominados pessoas jurídicas, constituídos de pessoas físicas ou de outras pessoas jurídicas, bem como patrimônios personalizados, de que são exemplos as fundações.

1.2 Personalidade

É o reconhecimento da ordem jurídica atribuído à pessoa física ou natural e à pessoa jurídica credenciando-os a atuarem na vida jurídica e a integrarem relações jurídicas. Personalidade é proposição: “ser capaz de direito”²; é a qualidade inerente ao ser humano que lhe possibilita participar de relações jurídicas, é uma qualificação formal, mas, mais que isso, é um valor jurídico, um princípio, um bem³; é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações⁴; aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações⁵.

Tal como a concebemos, a personalidade ou subjetividade é um título instituído pela ordem jurídica e conferido às pessoas físicas (a todas) e às pessoas jurídicas que satisfizerem os requisitos legais de sua constituição e funcionamento. Situa-se cronológica e funcionalmente após o fato da concepção ou do nascimento da pessoa natural ou da constituição da pessoa jurídica e simultaneamente ou imediatamente anterior à concessão da capacidade de direito (igualmente conhecida como capacidade de aquisição ou de gozo) e bem anteriormente à aquisição da capacidade de fato ou de exercício. A personalidade, portanto, constitui-se de: capacidade de direito, capacidade de fato e de

² MIRANDA, F. C. P. de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio: Borsoi, 1970. t. I, § 48, p. 155.

³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2. ed. Rio: Renovar, 1998, p. 205 e 208.

⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Histórica, 1977. v. I, 1977, obs. 1 ao art. 2º, p. 170.

⁵ DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro: teoria geral do Direito Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1, p. 116.

um patrimônio (material e moral). Integram o patrimônio moral os chamados direitos imateriais ou direitos da personalidade.

1.3 Personalidade e Capacidade

Do exposto acima, agrupamo-nos aos que distinguem entre personalidade e capacidade de direito. São conceitos próximos, subsequentes, e até consequentes; porém, não se assimilam. Nos regimes jurídicos natalistas, que asseguram os direitos do nascituro, como é o caso do Brasil, tem-se a possibilidade do reconhecimento de direitos sem titulares (porque o nascituro ainda não é pessoa; logo, não pode ser sujeito, titular) e em favor de beneficiários sem capacidade (se não têm personalidade, tampouco têm capacidade de direito). De outra parte, as pessoas jurídicas, mesmo que regularmente constituídas, não desfrutam da tutela de certas expressões dos denominados direitos da personalidade (cf. CC, art. 52). Ainda uma última objeção: a alguns entes despersonalizados, como as sociedades de fato, o espólio, a família, são reconhecidas certas capacidades ou legitimações materiais ou processuais.

Se, por um lado, a personalidade é a somatória, abstratamente considerada, das capacidades de direito e de fato (e do patrimônio), portanto, a aptidão genérica (isto é, sem distinguir quais direitos e de que forma, se por meio de representante ou assistente ou pessoalmente) para adquirir direitos e contrair obrigações, as capacidades, tanto a de direito como a de fato, traduzem a idéia de mensuração do conteúdo daquela. Com efeito, a personalidade nada informa sobre os atos que podem ser praticados validamente pelo sujeito absolutamente e relativamente incapaz e pelo plenamente capaz. Não as regras sobre a aquisição da personalidade definem estas questões, mas sim as normas sobre as incapacidades. Assim, por exemplo, podem casar-se os menores de 16 anos, em caso de sedução ou gravidez (CC, arts. 1.520 e 1.551), o absolutamente incapaz pode receber doações puras pessoalmente e sem a participação do seu representante legal (CC, art. 543), como também pode praticar atos-fatos, nas mesmas condições, v. g. o achado do tesouro (CC, art. 1.264), a composição de música (Lei nº 9.610/98, arts. 11 ss.), a especificação (CC, art. 1.269), a ocupação (CC, art. 1.263). Como se vê, desinteressa, circunstancialmente, a falta de capacidade ou a pecha da incapacidade absoluta na aquisição de certos direitos. Não é admitida, no entanto, a aquisição de direitos, por parte de quem não ostente personalidade jurídica, como por exemplo as sociedades de fato.

1.4 Capacidade de Direito e Capacidade de Fato

Também denominada capacidade de aquisição ou capacidade de gozo, designa a primeira a aptidão reconhecida a toda pessoa, isto é, a todo ser humano, de, simplesmente, ser sujeito de direitos e obrigações. Não pode esta ser negada a pessoa alguma, pois todos a ela têm direito como decorrência da própria condição humana. Implícita está, no dispositivo sob comento, a proibição de qualquer distinção quanto ao sexo (cf. Lei nº 9.029/95), idade (cf. Lei nº 8.069/90, arts. 2º e 5º), credo, raça (cf. Leis nºs 7.437/85, 7.716/89, com alteração da Lei nº 9.459/97; Lei nº 8.882/94; Decreto de 08.09.2000), em consonância com os mandamentos constitucionais correspondentes (CF, arts. 3º, 5º, *caput*, incisos IV e XLI, princípio geral da isonomia; quanto ao sexo, art. 5º, I; consciência e credo, art. 5º, VI; credo, convicção filosófica ou política, art. 5º, VIII). Da mesma forma, ínsita está a vedação à discriminação dos estrangeiros (cf. CF, art. 5º, *caput*, e art. 95 da Lei nº 6.815, de 19.08.80 - Estatuto do Estrangeiro), admitindo, no entanto, por imperativo de ordem pública e de segurança nacional, limitações ao preenchimento de requisitos extras ao exercício de certos direitos e atividades, tais como a exploração de minas e quedas d'água (CF, art. 176, § 1º, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.95, e art. 106, IV da Lei nº 6.815/80). Argumento a favor da inexistência de discriminação de estrangeiros no Brasil pode ser deduzido do citado § 1º, do art. 176, CF, conforme o qual a lei "estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas", adicionando condições ao exercício da exploração de minas e quedas d'água também para brasileiros, que são os únicos legitimados para tal. Outras limitações estão previstas no art. 14, §§ 2º e 3º, I, CF, quanto ao direito de voto, reservando-o a brasileiros, natos ou naturalizados; no art. 190, CF, sobre a aquisição de propriedade rural; art. 222, CF e art. 106, II, Lei nº 6.815/80 sobre a propriedade de empresas jornalísticas; art. 178, e parágrafo único, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 15.08.95, e art. 106, I, Lei nº 6.815/80. Não pode, *ex vi* do art. 106, Lei nº 6.815/80, o estrangeiro, tampouco: ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira (inciso V); ser corretor de navios, de fundos públicos, leiloeiro e despachante aduaneiro (inciso VI); participar da administração ou representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidades fiscalizadoras do exercício de profissão regulamentada (inciso VII), ser prático de barras, portos, rios, lagos e canais (inciso VIII), possuir, manter ou operar, mesmo como amador, aparelho de radiodifusão, de radiotelegrafia e similar (inciso IX); prestar assistência religiosa às Forças Armadas e auxiliares, e também aos

estabelecimentos de internação coletiva (inciso X). Importante restrição é a que diz respeito ao exercício de atividade remunerada ao estrangeiro portador de visto de turista, de trânsito ou temporário, bem como aos seus dependentes (Lei nº 6.815/80, art. 98).

A capacidade de direito, conquanto irrecusável, *a priori*, a qualquer pessoa, não é absoluta, podendo sofrer limitações quer quanto ao desfrute do direito, em si, quer quanto à forma do seu gozo. Exemplo da primeira restrição é o casamento, facultado somente aos maiores de 16 anos, homens e mulheres, com consentimento dos pais ou responsáveis (CC, art. 1.517), ou aos maiores de 18 anos, independente de consentimento (CC, art. 5º). Exemplo da segunda limitação é qualquer ato jurídico praticado pelo representante legal do absolutamente incapaz (do menor, CC, art. 1.634, V); ou seja: o absolutamente incapaz adquire o direito ou contrai a obrigação, porém não pessoalmente, mas por intermédio do seu representante legal.

Além das limitações absolutas à capacidade de direito, naqueles casos em que a aquisição ou o exercício do direito requerem uma atuação pessoal do titular incapaz, a qual é impossível de ocorrer, como por exemplo o casamento do amental, outras formas de limitações mais brandas são impostas à capacidade jurídica, determinadas pela presunção *iuris et de iure* da falta do grau de discernimento necessário, da míngua de prudência, da escassez de tino, da insuficiência de percepção das sutilezas e das complexidades do comércio jurídico que debilitam os menores entre 16 e 18 anos de idade; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, os pródigos e os índios (CC, arts. 4º e 5º).

Restringe-se, assim, apenas a atuação dos debilitados quanto à prática de alguns atos ou quanto à maneira de exercer outros deles, sempre com o intuito de protegê-los e aos seus interesses. Entretanto, como é de capacidade que se cuida no preceito sob análise, elencam-se, a seguir, alguns atos que os relativamente capazes podem praticar:

1) os maiores de 16 e menores de 18:

1.1) livremente, isto é, sem autorização ou assistência do seu representante legal:

a) exercer emprego público para cujo ingresso e exercício não se exija maioria;

b) aceitar mandato (CC, art. 666);

c) fazer testamento (CC, art. 1.860, parágrafo único);

d) ser testemunha em ato jurídico (CC, art. 228, I) e em juízo (CPC, art. 405, § 1º, III);

1.2) com autorização do representante legal:

- a) ser comerciante (CC, art. 5º, parágrafo único, V);
- b) casar-se (16 anos tanto para o homem quanto para a mulher, CC, art. 1.517);
- c) celebrar contrato de trabalho (CLT, art. 446; CF, art. 7º, XXXIII; Decreto de 10.05.91; arts. 60 a 69, 54, VI, 208, VIII, Lei nº 8.069/90; CLT, arts. 402 e 403, alterados pela Lei nº 10.097/2000, se contarem 16 anos, ou como aprendiz, se maiores de 14 anos);
- d) ser eleitor, facultativamente, dos 16 aos 18 anos (CF, art. 14, § 1º, I e II, c);
- e) torna-se capaz, para os fins de serviço militar, aos 17 anos (Lei nº 4.375, de 17.08.64, art. 73) e, dando baixa do serviço militar contando 18 anos completos, conserva a maioridade e a capacidade *ex vi* do CC, art. 5º.

2) o interditado por prodigalidade:

2.1) com curador (assistido, portanto) (CC, art. 1.782):

Todos os atos jurídicos, inclusive:

- a) emprestar;
- b) transigir;
- c) dar quitação;
- d) alienar;
- e) hipotecar;
- f) demandar ou ser demandado;
- g) todos os atos que não sejam de mera administração.

2.2) sem curador:

a) somente os atos de mera administração, vale dizer, atos rotineiros como p. ex. pagamento de tarifas públicas (água, energia elétrica, telefone), pagamento de tributos etc.

b) a interdição não priva o prodigo dos direitos e não o exime dos deveres decorrentes do casamento e da paternidade ou maternidade.

3) os demais curatelados que mantenham capacidade relativa:

3.1) com curador. (CC, arts. 1.778 e 1.780):

todos os atos jurídicos, exceto:

a) vender bens móveis ou imóveis do curador pessoalmente ou a interposta pessoa com este mancomunado, fazer doações ou passar a dever ao curador em virtude de cessão de crédito, ainda que para todos estes atos exista autorização judicial (CC, art. 1.749, I-III, c/c 1.781);

b) vender bens imóveis a qualquer pessoa sem prévia avaliação judicial e aprovação do juiz (CC, art. 1.750 c/c 1.781).

3.2) sem curador

todos os atos que não lhe forem vedados expressamente pela sentença de interdição (CC, art. 1.772).

1.5 Começo da Personalidade⁶

Para que o ser humano adquira personalidade e se torne pessoa segundo o direito brasileiro, é mister que nasça com vida. Algumas outras exigências feitas em eras anteriores ou em ordens jurídicas alienígenas não foram aventadas pela lei brasileira. Os romanos, por exemplo, além do nascimento e da vida extra-uterina, exigiam que o recém-nascido tivesse forma humana⁷. Ordenamentos há que exigem a viabilidade do neonato⁸, a qual não seria presumida em caso de nascimentos prematuros. No sistema do Código, é suficiente o nascimento com vida de acordo com a definição da Organização Mundial da Saúde, de 1950: “a expulsão ou a extração completa do produto da concepção fora do corpo da mãe, qualquer que haja sido a duração da gestação, quando depois desta separação aquele respira ou dá qualquer outro sinal de vida, como batidas do coração, pulsação do cordão umbilical, ou movimentos espontâneos dos músculos, tenha sido cortado ou não o cordão umbilical”⁹.

Como se vê, o Código afastou-se do sistema concepcionista, tendo se definido pelo natalista. Entre os romanos, o nascituro não se considerava ainda pessoa; o *foetus* fazia parte das vísceras da mãe (*partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*)¹⁰.

Nas Ordenações Reínicas (Ord. 3, 18, § 7; 4.82, § 5), a concepção determinava a aquisição da personalidade. A Consolidação das

⁶ Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro⁶.

⁷ Não se consideravam pessoas o *monstrum*, o *prodigium* e o *portentum*, termos interpretados pelos glosadores como designativos de crianças com forma animalesca, ou deformidades físicas graves, que eram fantasiosamente atribuídas a *coitus cum bestia*. ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O Elemento Subjetivo da Relação Jurídica: Pessoa Física, Pessoa Jurídica e Entes Não-Personificados. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 5, jan./mar. 2001, p. 27.

⁸ Código Civil Francês, arts. 311-314. Na Suíça se considerou, em 1953, como não vivente um recém nascido com 23 cm de comprimento que, após 23 semanas de gestação, sobreviveu durante três semanas. GUINAND, Jean. *Les corps humaine, personnalité juridique et famille en Droit Suisse*. In *Le corps humaine et le Droit*, p. 161, apud ALTERINI, Atilio Aníbal. *Cuerpo humano, persona y familia*. *Revista de Direito Civil*, n. 57, p. 22, (nota de rodapé n. 19).

⁹ GUINAND, Jean. *Les corps humaine, personnalité juridique et famille en Droit suisse*. In *Le corps humaine et le Droit*, p. 161, apud ALTERINI, Atilio Aníbal. *Cuerpo humano, persona y familia*. *Revista de Direito Civil*, n. 57, p. 16.

¹⁰ Assim também já decidiu o TJSC: “Antes de nascer ele é considerado parte materna”. 1ª C.C., apel. nº 11.142, v. u. em 18.03.76, rel. Des. Osny Caetano. *Jurisp. Catarinense*, 11-12/240 apud BUSSADA, Wilson. *Código Civil Brasileiro. Interpretado pelos Tribunais*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1980. v. 1, t. I, ementa nº 93, p. 87-88; negaram direito a indenização, com ou sem contrato de seguro, pela morte de nascituros (que não chegaram a nascer com vida, portanto): 2ª C.C. do TJPR, apel. nº 4.661, v. u. em 14.02.50, rel. Des. Isaías Beviláqua, Paraná Jud., vol. 51/489 apud BUSSADA, Wilson, op. cit., ementa nº 98, p. 91-95; 1ª C. do TAC-SP, apel. nº 228.982, v. u., em 1º.02.77, Rev. Forense 262/183 apud BUSSADA, Wilson, op. cit., ementa nº 99, p. 95.

Leis Civis, de Augusto Teixeira de Freitas, no seu art. 1º, reconhecia aos seres formados no ventre materno a condição de pessoas nascidas, assegurando-lhes seus direitos sucessórios no momento do nascimento. Posteriormente, no seu monumental “Esboço”, Teixeira de Freitas prossegue considerando os nascituros como pessoas, mais precisamente “pessoas por nascer”. Enunciava o seu art. 53: “as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno”, e no art. 221 consignava que “desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas e antes de seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivessem nascidas”¹¹, que serviu de modelo para Vélez Sársfield na conformação dos arts. 63 e 70 do Código Civil da República Argentina. Sobre o caráter resolutivo com que são adquiridos os direitos pelo *concepturus*, nos termos do art. 222 do “Esboço”¹², o seu art. 226, *in fine*, é conclusivo: “resolvendo-se por este fato (nascimento sem vida) os direitos que tiverem adquirido”. Da contundência do enunciado decorrem duas conclusões:

1) os direitos são integrados ao patrimônio, à titularidade do nascituro;

2) são direitos e não meras expectativas que são adquiridos.

Santos Cifuentes, familiarizado com a idéia de nascituro como sujeito titular de direitos adquiridos sob condição resolutiva, distingue: “*no es la persona la que queda aniquilada desde sus inicios, sino el acto jurídico que estaba subordinado al acontecimiento futuro e incierto del nacimiento con vida*”, porque “*frente a un feto abortivo no cabe sino pensar que hubo vida en algún momento y con alguna trayectoria*”¹³. Logo, não é a personalidade que o nascituro adquire sob condição suspensiva de nascer com vida, senão os direitos, sujeitos à condição resolutiva de nascer sem vida¹⁴.

Sufragaram a teoria natalista o *BGB* (§ 1º) e os Códigos suíço (art. 31), português (art. 66, I), espanhol (art. 29), japonês (art. 1º), chileno (art. 74), italiano (art. 1º), holandês (art. 3º), entre outros.

Por sua vez, o Código Civil francês admite que a personalidade já começa desde a concepção, subordinada, porém, ao nascimento com

¹¹ Cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no “Esboço” de Teixeira de Freitas. Superação e permanência. *Revista de Direito Civil*, n. 40, p. 10.

¹² Art. 222. Esses direitos porém só ficarão irrevogavelmente adquiridos se os concebidos nascerem com vida, isto é, se a manifestarem, ainda que por instantes, depois de completamente separados de sua mãe.

¹³ El nasciturus (las personas por nacer), ED 15-956, apud ALTERINI, Atilio Aníbal, op. cit., p. 21-22 (nota de rodapé nº 17).

¹⁴ Demais Códigos que adotam o critério da concepção: o da Prússia (art. 10), o austríaco (art. 22), o mexicano (art. 22), o venezuelano (art. 17), o peruano (art. 1º), húngaro (seção 9).

vida¹⁵. Enquanto, pois, a personalidade é adquirida pelo nascituro, no direito brasileiro, com a concepção, sob a condição suspensiva do nascimento com vida, no direito francês a personalidade também se adquire a partir da concepção, contudo sob a condição resolutiva do nascimento sem vida. A distinção carece de interesse prático, se também no ordenamento gaulês for atribuída a eficácia retroativa à condição resolutiva, isto é, se o nascimento sem vida impedir a aquisição de direitos pelo nascituro, o que parece ser o caso.

A tendência moderna, pelo menos na doutrina, é a de se estremar a personalidade da capacidade, estendendo a primeira ao nascituro e até mesmo ao morto, restringindo a segunda às pessoas nascidas com vida¹⁶.

Defendem o critério da atribuição da personalidade ao nascituro, a começar por Clóvis Beviláqua - o qual, no Projeto de 1899, determinava que a personalidade civil do ser humano começasse com a concepção, sob a condição de nascer com vida, - também Francisco Amaral¹⁷, Antonio Chaves¹⁸, Maria Helena Diniz¹⁹, Rubens Limongi França²⁰, Carlo Massimo Bianca²¹, Elimar Szaniawski²², Luiz Roldão de Freitas Gomes²³, Álvaro Villaça Azevedo²⁴, Antonio Junqueira de Azevedo²⁵ e Ives Gandra da Silva Martins²⁶.

¹⁵ Marcel Planiol et George Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, I, p. 11; Mazeaud et Mazeaud. *Leçons de droit civil*, tome premier, deuxième volume, p. 464. Cits. Por AMARAL, Francisco, op. cit., p. 33. Corresponde a posição francesa à teoria da chamada "personalidade condicional", sustentada por OERTMANN, Paul. *Introducción al Derecho Civil*. n. 7; PLANIOL, Marcel; RIPERT ET BOULANGER, George. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, v. I, n. 11, p. 10; Mazeaud, Mazeaud, Mazeaud et Chabas. *Leçons de Droit Civil*. t. 1, v. 2, n. 443; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil*: alguns aspectos da sua evolução. Rio: Forense, 2001, p. 18.

¹⁶ AMARAL, Francisco. O Projeto de Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 16, 1. sem. 1999, p. 33.

¹⁷ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁸ CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. I, t.I, p. 315.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*: teoria geral do Direito Civil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.I, p. 180 e ss. (nota de rodapé nº 118).

²⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. v. I, p. 126.

²¹ BIANCA, Carlo Massimo. *Diritto Civile*, vol. I, nº 131 citado por PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., loc. cit.

²² SZANIAWSKI, Elimar. O embrião excedente - o primado do direito à vida e de nascer. Análise do art. 9º do Projeto de Lei do Senado nº 90/99. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 8, out./dez. 2001, p. 89.

²³ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Questões jurídicas em torno da inseminação artificial. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 56, p. 34.

²⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 729, p.51. Encerra seu artigo o conceituado civilista de São Paulo, com a judiciosa conclusão: "Após as colocações feitas, sou favorável, tão-somente, à inseminação homóloga, ou seja, realizada com embrião constituído de espermatozóide do marido ou do companheiro, aplicado no óvulo da esposa ou da

O Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, na versão original, estabelecia, em seu art. 3º: “A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”²⁷.

Do que se trata, na verdade, é que o *punctum saliens* da questão é a individualidade do nascituro e não a sua autonomia. “Aquela decorre de seu código genético. Quanto à autonomia em face da mãe, tem esta função puramente instrumental, de sustentação. Os absolutamente incapazes não têm autonomia e são pessoas. É de concluir-se que para a personalidade física basta a individualidade. ‘O concebido já é um indivíduo e a concepção não representa senão uma das várias fases por meio das quais se realiza a vida, assim como a infância, a maturidade e a velhice.’”²⁸.

Em prol da doutrina concepcionista militam alguns dispositivos do próprio Código Civil, por exemplo:

Art. 1.609, parágrafo único, que permite o reconhecimento do filho antes do seu nascimento; o art. 1.779, que manda se dê curador ao nascituro (o chamado curador ao ventre), se o pai falecer estando grávida a mulher, e não detiver esta o poder familiar;

Art. 357, parágrafo único, CC-1916, revogado pelo art. 26 da Lei nº 8.069, de 13.07.90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que permite o reconhecimento de filho antes do nascimento; art. 542, o qual valida a doação feita ao nascituro, sendo aceita pelo seu representante legal, e art. 1.799, inciso I, que inclui no rol da vocação hereditária testamentária “os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

companheira, no próprio útero destas; tudo, sem que existam embriões excedentes. Estes são seres humanos, vidas, que devem ser preservados” (AZEVEDO, Álvaro Villaça, op. cit., p. 51).

²⁵ Outro insigne civilista paulistano, Antonio Junqueira de Azevedo, em defesa de uma “nova ética da vida e do amor”, não reconhece qualidade de pessoa humana ao embrião pré-implantatório: “por não estar integrado no fluxo vital contínuo de natureza humana, é difícil dizer que se trata de ‘pessoa humana’. É verdade que, por se tratar da vida em geral e especialmente de vida humana potencial, nenhuma atividade gratuitamente destruidora é moralmente admissível, mas no nosso entendimento, aí já não se trata do princípio da intangibilidade da vida humana, trata-se da proteção menos forte, à vida em geral.” (Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 797, mar. 2002, p. 21).

²⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos del derecho natural a la vida. Cuadernos de bioética. *Revista Trimestral de Cuestiones de Actualidad*, Madrid, v. 8, n. 31, jul./set. 1997, p. 1.129 e 1.132.

²⁷ Sobre a tradição romanista do direito brasileiro, cf. VELASCO, Ignácio M. Poveda. Breves considerações a respeito do pensamento romanista brasileiro anterior à codificação em matéria de pessoas. *Revista de Direito Civil*, n. 52, p. 139-142.

²⁸ AMARAL, Francisco, op. cit., p. 33 e ss.

Objetam os natalistas que, nos citados casos, não se trataria de direitos plenos, completa e definitivamente adquiridos pelo nascituro no momento da disposição, mas simplesmente de expectativas de direito, ou, na melhor das hipóteses, de um mero reconhecimento de proteção legal limitado à preservação de alguns direitos potenciais ou situações jurídicas específica e limitadamente previstas em um *numerus clausus legal*.

A expressão “mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”, no artigo sob comento, remonta à ficção romana *nasciturus pro iam natu habetur quoties de eius commodis agitur*, que deve, para os natalistas, ser interpretada exatamente como acima sugerem.

Questão extremamente controvertida é a que se refere ao embrião como sujeito de direito, não tanto ao embrião *in vivo* ou *in anima nobile* - até porque este é um nascituro por definição consensual da biologia, da ética e do Direito -, senão ao embrião *in vitro*, considerado pela corrente genético-evolucionista como simples “material” biológico humano, como objeto digno, no máximo, de tratamento respeitoso, redutível a mera coisa do mundo vegetal ou mineral.

Somente após a implantação do embrião, a chamada nidadação no útero materno, iniciar-se-ia a gravidez ou gestação propriamente dita e o embrião passaria a ser considerado nascituro²⁹.

²⁹ Sobre o assunto consultem-se MATTOS, Luiza Thereza Baptista de. A proteção do nascituro. *Revista de Direito Civil*, n. 52, p. 31-37, com destaque para a interessante retrospectiva sobre as origens no direito romano; SILVA, Reinaldo Pereira e. Os direitos humanos do embrião: análise bioética das técnicas de procriação assistida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 768, out. 1999, p. 77-91, com contundente crítica à corrente genético-desenvolvimentista; SZANIAWSKI, Elimar. O embrião excedente - o primado do direito à vida e de nascer. Análise do art. 9º do Projeto de Lei do Senado nº 90/99. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 8, out./dez. 2001, p. 83-107, concluindo pela inconstitucionalidade do citado projeto e analisando, também, o Projeto de Lei nº 4.665/2001, do Deputado Lamartine Posella; LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista de Direito Civil*, n. 78, p. 22-40, com a costumeira profundidade característica do autor; CHAVES, Antonio. Pesquisas em seres humanos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 27, n. 108, out./dez. 1990, p. 229-252, com valiosas informações sobre recentes avanços na utilização profilática da genética; FRANÇA, Rubens Limongi. Esboço preliminar a um projeto de lei sobre a tutela do embrião humano com vistas a uma lei uniforme para a comunidade européia e para a comunidade latino-americana, a partir do MERCOSUL. *Revista de Direito Civil*, n. 58, p. 296-302, texto pioneiro no Brasil em matéria de regulamentação dos direitos do embrião.

2 DA INCAPACIDADE ABSOLUTA³⁰

Duas são as espécies de capacidades, conforme já foi assinalado nos comentários ao art. 1º, retro: a) capacidade de direito, de aquisição ou de gozo, e b) capacidade de fato ou de exercício. Como o presente dispositivo define a possibilidade de atuação da pessoa natural sob um prisma negativo, das restrições legais a ela impostas, é de incapacidade que aqui se trata, mais precisamente da incapacidade de fato ou de exercício (letra b, acima), visto que se a capacidade de direito, de aquisição ou de gozo é imanente ao sujeito de direitos e obrigações, não pode ela ser sonogada a pessoa natural alguma; logo, inexiste incapacidade de direito, de aquisição ou de gozo.

De acordo com o comando do art. 3º em tela, as pessoas elencadas nos seus três incisos não são incapazes de adquirir direitos e contrair obrigações. São, isto sim, inabilitados a adquirir e exercer direitos e contrair obrigações pessoalmente, por si próprios, isto é, de participar dos atos e solenidades por meio dos quais se adquirem, se modificam, se conservam, se garantem e se extinguem direitos, se contraem e se adimplem obrigações. Tais direitos e obrigações são adquiridos e exercidos pelo absolutamente incapaz, isto é, repercutem no patrimônio, na personalidade jurídica, no centro de interesses que reveste a sua pessoa física; porém, os atos necessários para tanto são praticados pelos seus representantes legais (pais, tutores ou curadores). O incapaz não emite declaração de vontade, não decide, não assina, não concorda, tampouco discorda; em suma, não age juridicamente, nada faz. Todos os atos antes mencionados pratica-os o seu representante legal com total proveito e responsabilidade para o incapaz. É bem verdade que esta regra deve ser entendida *cum grano salis*, pois alguns direitos podem ser adquiridos e exercitados (desfrutados) pessoalmente e autonomamente pelo absolutamente incapaz, tais como alguns direitos da personalidade (vida, integridade física, saúde), além de direitos adquiríveis por meio de atos-fatos (ocupação, especificação, direitos autorais), para os quais a lei não exige sequer capacidade relativa. Tais exceções, todavia, não infirmam a norma geral objeto do presente preceito.

A lei (CC, art. 166, I) sanciona com a consequência da nulidade a prática pelo absolutamente incapaz dos atos a ele vedados.

³⁰ Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesseis anos);

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

2.1 Menores de 16 (Dezesseis) Anos

Trata-se de um marco etário que corresponde a um consenso (não unanimidade) dos especialistas (sociólogos, psicólogos, antropólogos) e do conjunto da sociedade que, ao atingir este ponto da vida, o jovem já terá atingido um estágio mínimo de maturidade e de capacidade de discernimento, o que desrecomendaria mantê-lo por mais tempo sob um regime de indisponibilidade absoluta de uma gama de atos e de interesses que ele já pode razoavelmente administrar. A regra, porém, é geral, abstrata e absoluta: não comporta exceções, não se impressiona e tampouco se sensibiliza diante de casos de menores de dezesseis anos superdotados, possuidores de maturidade e de acendrado senso de responsabilidade.

2.2 Enfermos e Deficientes Mentais

A enfermidade a que alude o dispositivo é, evidentemente, aquela que traz como efeito paralelo ou adicional a perda da consciência, como ocorre durante o estado de coma, ou certas doenças degenerativas que produzem perda da memória ou da atividade intelectual. Contudo, ao contrário dos menores de 16 (dezesseis) anos, — que são considerados absolutamente incapazes, objetivamente, bastando para tanto que se enquadrem nesse limite etário, fato este comprovável mediante simples consulta ao registro de nascimento, independentemente de outras condições subjetivas, — os enfermos e os deficientes mentais não serão considerados absolutamente incapazes pelo só fato de serem portadores de uma tal enfermidade ou deficiência mental catalogadas entre aquelas aceitas como aptas a provocar a incapacidade absoluta.³¹ Não basta, pois, a existência do suporte fático para que se tenha, automaticamente, o efeito jurídico, que é o estado de incapacidade. A adequação e a suficiência desde suporte fático haverão de ser criteriosamente aferidos por meio do devido processo legal da interdição (cf. CC, arts. 1.767-1.783), ouvidos profissionais especialistas das respectivas áreas. Entretanto, *quid iuris*, naqueles casos em que a enfermidade é (avaliada como) passageira, ou de gravidade relativa, e não chega a haver um

³¹ A sociedade Brasileira de Psiquiatria, Neurologia e Medicina Legal elaborou classificação das doenças mentais, modificada pelo Serviço Nacional de Doenças Mentais, com a seguinte composição: I - Psicoses por infecções e por infestações; II - Psicoses devidas à sífilis; III - Psicoses exotóxicas; IV - Psicoses endotóxicas; V - Psicoses por lesões cerebrais; VI - Oligofrenias; VII - Epilepsias; VIII - Esquizofrenias; IX - Psicose maníaco-depressiva; X - Psicoses mistas e associadas; XI - Psicoses psicogênicas; XII - Neuroses; XIII - Personalidades psicopáticas. Para uma visão das sub-classificações, cf. CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1, t.I, p. 359-362.

processo de interdição e o enfermo ou deficiente mental pratica autonomamente ou assistidamente algum ato jurídico? Em observância ao princípio de que a capacidade se presume, o referido enfermo ou deficiente mental haverá de ser tido como plenamente (se maior de 18 anos) ou, pelo menos, relativamente (se maior de 16 e menor de 18 anos) incapaz.

Isso não impede, no entanto, que o ato praticado possa ser impugnado na via de uma ação (declaratória) de nulidade. Assim, o estado fático de enfermidade ou de deficiência mental presta-se como suporte fático a duas finalidades: a) fundamentar um processo de interdição; b) respaldar uma sentença de nulidade (absoluta). A leitura correta que se deve fazer do dispositivo sob exame é de que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil as pessoas arroladas nos incisos II e III do art. 3º, assim declaradas por sentença judicial definitiva, no devido processo de interdição. Sem a sentença judicial transitada em julgado, aquelas pessoas são consideradas (absolutamente ou relativamente) capazes para os devidos efeitos legais. Podem, todavia, os seus atos serem declarados nulos, se restar provado que, realmente, portavam enfermidade ou deficiência mental no momento da sua prática, suficientemente graves para produzir perda da memória ou da capacidade de discernimento.³²

O laudo pericial psiquiátrico pode concluir que não se trata, no caso, de enfermidade ou deficiência mental que comprometam totalmente a capacidade; em tal hipótese, deverá a interdição retratar a capacidade apenas relativamente, consoante autoriza o CC, art. 1.772. Portanto, o enfermo ou deficiente mental não é aprioristicamente "subsumido" sob as normas da incapacidade absoluta ou da relativa. Deve o juiz louvar-se, para tanto, no laudo pericial psiquiátrico.

³² Sobre a manutenção da capacidade de entender e de querer dos enfermos, particularmente dos portadores de doenças hepáticas, como icterícia grave, e de estados patológicos que podem coarctar a liberdade de espírito, por falta ou diminuição da oxigenação do cérebro, como a agonia, a paralisia geral, a apoplexia etc, consulte-se LEMOS, Floriano de. A consciência (sic) e a vontade nos moribundos. *Revista de Direito Privado*, n. 7. Seção 3. Memória do Direito Privado, p. 175-185. O estudo faz referência, também, ao aparente estado de lucidez na "melhora" que o paciente costuma apresentar pouco antes da morte: "Em algumas doenças confere (o começo de asfixia - Ferê) a certos doentes abatidos, e diz-se até que de mente fraca uma tal ou qual animação, que os antigos chamavam vaticinatio morientium, e o povo chama, ao invés, embora nem sempre bem aplicado, visita da saúde - lucidez de asfixia, pré-agônica, do sangue super carbonado que excita os centros nervosos em reações anômalas que não pode, nem deve ser confundida com a lucidez fisiológica, calma, contínua, sem vacilações, necessária para o compos sui da integridade mental" (p.181).

2.3 Causas Transitórias que Impedem a Expressão da Vontade

O inciso III, do art. 3º, pretende elastecer o rol dos absolutamente incapazes, para abarcar, — além dos que são congenitamente, ou que vierem a ser privados do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, por enfermidade ou deficiência mental duradoura — igualmente, os que forem tolhidos, transitoriamente, na sua capacidade de compreensão e de manifestação da sua vontade. Deve-se ressaltar que o estado duradouro, no caso do inciso II, e o transitório, na hipótese do inciso III, não significam a irreversibilidade daquele e a reversibilidade deste. Ambos podem ser reversíveis. Como já se disse, acima, a incapacidade, absoluta, no caso, se estabelecerá a partir da sentença de interdição. Desaparecendo a causa da incapacidade, a enfermidade ou deficiência mental, no caso do inciso II, ou a causa transitória, surdo-mudez, p. ex., na hipótese do inciso III, deve a interdição ser levantada (CPC, art. 1.186; CC-1916, art. 461), cessando a incapacidade.

As causas transitórias de incapacidade do inciso III não se circunscrevem à hipótese da surdo-mudez. Esta conclusão é intuitiva e lógica, resultando dos termos genéricos em que foi a norma enunciada. Assim, qualquer doença ou estado de deficiência mental, ainda que transitórios, podem ser considerados causas de incapacidade absoluta. Não significa que os seus portadores, só pela presença da causa de incapacidade, sejam considerados pela lei, *ipso facto*, incapazes absolutos. O que parece duvidoso é que tenha desejado o legislador erigir a causa transitória, *a priori*, em pressuposto da decretação do estado de incapacidade, via processo de interdição. Tal ilação se alcança mediante a exegese do CC, art. 1.767, que parece ter pretendido submeter ao processo de interdição somente, de um lado, as pessoas portadoras de enfermidades ou deficiência mental derivadas de causas duradouras (CC, arts. 3º, II c/c 1.767, I-II), hipóteses que autorizam a decretação da incapacidade absoluta, e, de outro lado, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os deficientes mentais com discernimento apenas reduzidos, e, finalmente, os excepcionais, sem o desenvolvimento mental completo (CC, arts. 4º, II-III c/c 1.767, III-IV), situações que recomendam a decretação da incapacidade simplesmente relativa. Enfermidade ou deficiência mental duradouras, embriaguez habitual, vício em tóxicos, deficiência mental parcial e condição de excepcional com desenvolvimento mental incompleto, são estados de insanidade prolongados, conforme sugere a própria adjetivação empregada pela lei.

Outra causa transitória plausivelmente subentendida no inciso III é a coação física; com efeito, a *vis absoluta* suprime ao agente coacto

totalmente o livre arbítrio, a capacidade de querer, de manifestar sua vontade livremente, gerando como efeito a nulidade absoluta do ato.

Por serem as hipóteses do inciso III, do art. 3º de estados mais ou menos breves ou previsivelmente breves, louvando-se nas regras de experiência de que não se costuma submeter as pessoas lá elencadas ao demorado processo de interdição, e baseado em dados estatísticos reais que confirmam esta presunção, aparentemente houve por bem o legislador não elencar as pessoas acometidas por causas transitórias entre os interditáveis, tanto assim que não as incluiu em qualquer dos cinco incisos do CC, art. 1.767.

Se assim for, é inevitável a seguinte indagação: qual é, então, a serventia da inclusão do inciso III, no art. 3º? A resposta é no sentido de que a utilidade da inclusão dos estados transitórios de ausência de discernimento não se limita a se prestarem como causa da decretação da incapacidade absoluta, senão também a servirem como causa da decretação da nulidade dos atos jurídicos singulares praticados por aquelas pessoas (CC, art. 166, I).³³

O surdo-mudo somente será considerado incapaz se e enquanto não conseguir expressar a sua vontade. Se, no entanto, receber educação adequada (ler e escrever - comunicação por sinais) que o habilite a expressar a sua vontade, poderá ser plenamente ou, pelo menos, parcialmente capaz, com as restrições mínimas quanto à prática de atos para os quais se exigem os sentidos da audição e da fala, que lhe faltam, como p. ex., ser testemunha auricular.

O inciso III, em análise, não se refere ao cego, o qual é plenamente capaz, com as poucas restrições para a prática de atos para os quais se exige o sentido da visão, que lhe falta, tais como servir de testemunha ocular; tampouco está contemplado no dispositivo o ausente (cf. CC, arts. 22 a 39, adiante).

³³ A questão dos chamados intervalos lúcidos carece de relevância, em nosso sentir, primeiro, na hipótese de existência de sentença de interdição, que firma presunção de estado permanente, isto é, sem intermitências ou intervalos, de falta de discernimento - somente o levantamento da interdição reconhecerá novamente capacidade ao agente. capacidade igualmente permanente, sem intervalos de oclusão da memória; segundo, não havendo, por enquanto, interdição, a presunção é de capacidade plena, que é a regra geral; se é que se poderia falar de intervalos, nesta situação estes seriam em sentido contrário, não de lucidez, mas sim intervalos de obscurecimento da mente, subordinados a prova cabal, em cada caso concreto.

3 DA INCAPACIDADE RELATIVA³⁴

Trata-se, no dispositivo em exame, da incapacidade de fato ou de exercício. Com o intuito eminentemente de salvaguardar algumas pessoas que considera particularmente fragilizadas pela inexperiência, por dependência de substâncias químicas entorpecentes, por deficiência mental ou por desenvolvimento mental incompleto e que, portanto, são, de um lado, incapazes de compreender a complexidade natural de alguns atos, e, por outro lado, vulneráveis à malícia e a manobras engendradas por agentes inescrupulosos, agasalhou-as o legislador sob a proteção das normas protetivas da incapacidade relativa. Embora a norma se refira à incapacidade, mais correto é considerar estas pessoas como, em regra geral, capazes para a prática, pessoalmente, de diversos atos, até mesmo independentemente da autorização ou assistência do respectivo representante legal; capazes para a prática, pessoalmente, da maioria dos atos da vida civil embora condicionada a perfeição de tais atos a que tenham sido praticados com assistência ou autorização do representante legal. Neste último caso, mesmo que inexistente a assistência ou a autorização, ainda assim o ato é, em princípio, válido, malgrado possa vir a ser anulado, perdendo os seus efeitos em caráter *ex nunc*, do trânsito em julgado, ou seja, da sentença em diante. Da mesma forma que pode ser anulado, pode, porém, o ato ser confirmado ou ratificado, expressa ou tacitamente, bastando, neste último caso, entre outros modos, que transcorra *in albis* o prazo decadencial para a sua desconstituição judicial. Por conseguinte, é mais de validade que de invalidade do ato, é mais de capacidade do que de incapacidade do agente, que se cuida na matéria do dispositivo sob exegese.

3.1 Maiores de 16 (Dezesseis) e Menores de 18 (Dezoito) Anos.

Refere-se a regra do inciso I, do art. 4º, às idades de dezesseis e de dezoito anos completos (CC, art. 132, § 3) . Portanto, maior de dezesseis anos é todo aquele no dia do seu décimo sexto aniversário em

³⁴ Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de 16 (dezesseis anos) e menores de 18 (dezoito) anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único: A capacidade dos índios será regulada por lei especial.

diante; menor de dezoito anos é todo aquele até o dia da véspera do seu décimo-oitavo aniversário.³⁵

Não é excessivo lembrar que o preceito em tela se refere a pessoas entre dezesseis e dezoito anos, que não sejam portadoras de enfermidades ou deficiências mentais capazes de reduzir a sua capacidade de discernimento e ensejar a sua interdição e, conseqüentemente, incapacidade.

Diversamente dos absolutamente incapazes, presumidos *iuris et de iure* totalmente inabilitados para a prática de atos da vida civil, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são considerados aptos a se submeterem a um “processo de iniciação”, de aprendizado, dos atos que compõem o tráfico jurídico. Para tanto, dada a natureza eminentemente prática do método de inserção do menor no mundo dos atos jurídicos, devem comparecer e tomar parte ativa nestes atos, devidamente assistidos, isto é, obrigatoriamente acompanhados de seu representante legal ou por ele autorizado por escrito, se o ato não for daqueles para cuja validade se exija a presença física do representante. Tem-se, aqui, no art. 4º, norma de ordem pública, absolutamente indisponível pela vontade - ainda que bilateral - das partes e subordinada a interpretação restritiva.

A conseqüência da prática do ato pelo menor relativamente incapaz sem a devida assistência ou autorização traz como conseqüência a anulabilidade do ato, mediante ação de natureza constitutiva negativa (ou desconstitutiva), conforme previsão do CC, art. 171, inciso I, e com eficácia *ex nunc*.

Desarma-se o sistema de proteção ao menor entre dezesseis e dezoito anos, se dolosamente ocultou a sua idade, quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior (CC, art. 180).

3.2 Ébrios Habituais, Viciados em Tóxicos, Deficientes Mentais com Discernimento Reduzido

Como foi dito, nos comentários ao artigo 3º, a enfermidade ou deficiência mental, do seu inciso II, e a supressão da capacidade de expressão da vontade por causa transitória, do seu inciso III, são hipóteses de distúrbios de tal gravidade da capacidade de entender e de querer que recomendam a supressão integral da capacidade de fato. Os distúrbios da capacidade derivados da embriaguez habitual, da dependência química de produtos tóxicos e a deficiência mental, a que se

³⁵ Matéria das mais polêmicas, o texto original do Projeto mantinha a idade de 21 (vinte e um) anos do Código Civil de 1916. A alteração foi introduzida por meio da Emenda nº 1, no Senado, de autoria do Sen. Galvão Modesto.

refere o inciso II, do art. 4º (bem como o desenvolvimento mental incompleto, objeto do inciso III) são, por sua vez, de menor gravidade, de modo a justificar supressão apenas parcial da capacidade de agir.³⁶

É bem de ver que, como já se disse nos comentários ao art. 3º, nem sempre as pessoas elencadas no inciso II terão a sua capacidade apenas diminuída; excepcionalmente, se a dependência etílica ou de substâncias estupefacientes ou se a deficiência mental for em grau capaz não só de reduzir, mas sim de suprimir inteiramente o discernimento, a interdição será, correspondentemente, de forma ampla, reduzindo a pessoa ao estado de absolutamente incapaz, consoante prevê o CC, art. 1.772. Decisivo, neste contexto, é o laudo pericial psiquiátrico.³⁷

3.3 Excepcionais sem Desenvolvimento Mental Completo

A dicção do inciso IV sugere não se tratar, aqui, de deficiência mental adquirida ao longo da existência, senão de causa congênita que provocou o retardamento do desenvolvimento mental da pessoa. Exemplos mais comuns são os portadores da Síndrome de Down.

Não se trata de hipóteses de demência; o portador das várias síndromes tem desenvolvimento mental; porém, incompatível com a sua faixa etária. São os casos de retardamento do desenvolvimento mental, exemplificativamente, de um adolescente de dezesseis anos de idade, porém com um desenvolvimento mental correspondente ao de uma criança de dez anos de idade.

3.4 Pródigos

São aqueles que gastam além das suas possibilidades, pondo em risco o seu patrimônio ou o da sua família. Ainda que o desencaixe pareça exagerado e supérfluo para os padrões médios de uma sociedade, se quem o fez é pessoa abastada, que pode se dar a tais enlevos do espírito, deve-se considerar o dispendioso *modus vivendi* como expressão da garantia do direito de propriedade e à livre disposição dos próprios bens.

³⁶ Para os interessados em resgatar a memória da legislação extravagante sobre a matéria, remete-se à Lei nº 4.294/21 (que equiparou os toxicômanos aos psicopatas), ao Dec.-Lei nº 891/38 (que instituiu dois tipos de interdição, de acordo com a intensidade da intoxicação: a limitada e a plena), aos Decs. nº. 24.559/34 e 99.678, ambos revogados (que distinguem entre absoluta e relativamente incapazes), à Lei nº 6.368/76 (que também dimensiona o grau da interdição de acordo com a maior ou menor extensão da incapacidade de discernimento).

³⁷ O STF já decidiu, todavia, que o juiz não está vinculado ao laudo. Cf. RTJ, 98/385; Cf. Tb. CPC, art. 436.

A psiquiatria distingue pelo menos três espécies de prodigalidade: a) a oriunda de autêntica anomalia psíquica, denominada monomania ou omniomania, que produz a compulsão à compra de tudo o que se vê, por mais inútil ou desnecessário que seja; b) a cibomania, atração incontrolável pelos riscos do azar; c) a dipsomania, desejo irresistível de beber e d) a que resulta do que modernamente se designa por consumismo, facilitada por uma hipersensibilidade aos apelos do *marketing*. Aceito como incontroverso que a razão de ser das regras sobre a prodigalidade consiste na preocupação de ordem jurídica para com a segurança patrimonial, impende incluir entre as manifestações da prodigalidade as verdadeiramente epidêmicas. Com efeito, instalada a dependência química, o viciado não hesita em dissipar, inicialmente, o seu próprio patrimônio, em seguida o da sua família e, no auge do desespero, o patrimônio alheio, não titubeando em recorrer até mesmo à prostituição e à prática de crimes hediondos para a consecução dos seus propósitos.

Mais uma vez, é de suma importância o auxílio do laudo pericial psiquiátrico, para definir se se trata de caso de interdição com fundamento no art. 3º, incisos II ou III, ou art. 4, inciso II, ou realmente, se se cuida de hipótese de interdição por prodigalidade com arrimo no inciso IV, do art. 4º. Se dessa última hipótese verdadeiramente se cogitar, restringir-se-á a interdição aos parâmetros do CC, art. 1.782 e CPC, art. 1.185, vale dizer, a interdição do pródigo circunscreve-se aos aspectos eminentemente patrimoniais da sua esfera de ação, permanecendo hígida a sua plena capacidade para a prática dos demais atos, como p. ex. o exercício do poder familiar (CC, art. 1.631).

A jurisprudência, por muito tempo, tributou reverência à opinião de Clóvis Beviláqua que faz depender a decretação da interdição por prodigalidade da verificação pericial da existência de um distúrbio de ordem psíquica do interditando. Outra, porém, é a orientação do STJ, para o qual “Perfeitamente dispensável, no caso, referir a anomalia psíquica, mostrando-se suficiente a indicação dos fatos que revelam o comprometimento da capacidade de administrar o patrimônio. A prodigalidade é uma situação que tem mais a ver com a objetividade de um comportamento na administração do patrimônio do que com o subjetivismo da insanidade mental invalidante da capacidade para os atos da vida civil”.

3.5 A Capacidade dos Índios

O parágrafo único do art. 4º remete a regulação da capacidade dos índios para a legislação extravagante.³⁸

A lei que define o *status* civil dos índios é a Lei nº 6.001, de 19.12.73. De acordo com o Estatuto do Índio, o silvícola é considerado relativamente incapaz, sujeito a regime tutelar, enquanto não integrado na comunidade nacional. Cessará o regime tutelar à medida que os indígenas forem se adaptando à civilização do País. O órgão federal encarregado da tutela dos Índios é a FUNAI - Fundação Nacional do Índio, criada pela Lei nº 5.371, de 05.12.67. Processualmente, melhorou a posição jurídica dos índios por meio do reconhecimento de legitimidade aos “grupos tribais ou comunidades indígenas” (Estatuto do Índio, art. 37), o que lhes permite a defesa judicial dos seus direitos, auxiliados pelo Ministério Público Federal. Individualmente, e quanto aos atos de direito civil, carecem da assistência do seu tutor legal.

³⁸ Até a Constituição de 1.946, que nada dispunha quer sobre os índios quer sobre as terras indígenas, o único diploma legal que a eles se dedicava era o Código Civil de 1916. Cronologicamente, pois, foi a seguinte a evolução da legislação indigenista: Convenção nº 107, da Organização Internacional do Trabalho, de 1957, “Concernente às Populações Indígenas e Tribais, aprovada pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo nº 20, de 30.04.65, ratificada em 03.06.65, e internalizada no direito brasileiro por intermédio do Dec. nº 58.825, de 14.07.66; A Constituição de 1967, art. 4º, definia como “Bens da União “as terras ocupadas pelos silvícolas; o seu art. 186 assegurava aos Índios a posse permanente das terras por eles habitadas e o usufruto exclusivo sobre elas; a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, tornou inalienáveis as terras indígenas; a Constituição Federal de 1988, entre outros avanços, deu competência à Justiça Federal para o julgamento das causas envolvendo direitos dos índios (arts. 20, XI, 129, V, 231 e 232); a Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho, de 27.06.89, ampliou a proteção concedida pela Convenção nº 107).

4 DA MAIORIDADE

4.1 Início da Maioridade³⁹

Ao estabelecer a lei civil que a menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, condicionou o legislador que o aspirante à maioridade tenha já vivido, completamente, dezoito anos, ou seja, dezoito vezes o período que se inicia na data do nascimento e se exaure no mesmo dia, do mesmo mês, de cada ano subsequente, de acordo com a regra de contagem de prazos civis em anos, do CC, art. 132, § 3º.⁴⁰

Assim, exemplificando, quem nasceu no dia 1º de janeiro de 2000, completará dezoito anos no dia 1º de janeiro, isto é, às 24h00 do dia 1º de janeiro, do ano 2018. Numa palavra: será maior no primeiro minuto do dia 02 de janeiro de 2018.

Nos casos, nem tão infreqüentes assim, em regiões menos desenvolvidas no País, de pessoas sem registro de nascimento ou com data de nascimento ignorada, o ônus da prova é de quem alega a menoridade. Na dúvida, quanto à maioridade, presente a boa fé do outro contraente, deve prevalecer a presunção da capacidade, por ser esta a regra e a incapacidade a exceção. Boa fé do outro contraente se presume mormente na hipótese de menor sem registro de nascimento, mas que sabe e oculta dolosamente a idade ou se declara maior (art. 180); má fé haverá, se notória a menoridade, isto é, se de conhecimento geral que se trata de menor de 18 anos.

³⁹ Art. 5º. A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único³⁹: Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles, na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 16 (dezesseis) anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 (dezesseis) anos completos tenha economia própria.

⁴⁰ "Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência." Dizer que os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início significa o mesmo que afirmar que os prazos expiram no fim do dia, ou seja, no último minuto, às 24h00 do referido dia. Só então, o prazo pode-se dizer completo.

A expressão da lei “habilitada a todos os atos da vida civil” deve ser interpretada no sentido de habilitação para a prática de todos os atos da vida civil que requeiram (somente) capacidade civil plena. Ocorre que alguns atos requerem mais do que “simples” capacidade plena: certos atos pressupõem tenha o agente legitimação especial, p. ex. a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento de homem e de mulher maior de sessenta anos de idade (CC, art. 1.641, inciso II); a limitação ao poder de testar somente sobre a metade do patrimônio de quem possuir herdeiros necessários (CC, arts. 1.849 e 1.857, § 1º).

4.2 Cessaçãõ da Incapacidade

A lei contempla situações em que a pessoa - embora não tenha atingido o piso etário de dezoito anos, isto é, ainda seja “menor”, - pode adquirir a condição de capaz. São cinco as formas de cessação da incapacidade:

4.2.1 Pela Concessãõ dos Pais

Por força das alterações introduzidas no direito de família por intermédio da norma da CF-88, art. 226, § 5º, a emancipação do filho menor passou a ser objeto de deliberação conjunta dos pais, sejam marido e mulher ou companheiros, vivendo em união estável (CC, art. 1.631; Lei nº 8.069, de 13.07.90 - Estatuto da criança e do adolescente - ECA, art. 21); Duvidoso, por ora, é o caso da emancipação de um menor que não é filho biológico de ambos os membros do casal: concede a emancipação somente o pai ou a mãe biológicos ou terá direito a ser ouvido o padrasto ou a madrasta?

Em prol da primeira alternativa pode-se invocar a interpretação gramatical do CC, art. 1.631, restringindo-se a expressão “pais” aos genitores biológicos;

A favor da segunda opção milita a concepção moderna de família que valoriza o afeto, a abnegação dos pais e a harmonia no lar (CF-88, art. 226, § 3).

Dúvida ainda persistia, quanto a esta presunção de maternidade ou paternidade biológica em se tratando de filho havido fora do casamento: somente o pai ou a mãe que houver reconhecido o filho poderá conceder a emancipação ou também os que não a reconheceram, porém o criaram e o educaram como seu? Penso que se o critério escolhido for o da maternidade ou paternidade biológica, não serve o ato formal de reconhecimento (CC, art. 1.609; ECA, art. 26), como garantia de certeza, pois, como acontece amiúde, crianças são “reconhecidas”

como filhos por pessoas que conscientemente não são seus genitores; nestes casos, a verdadeira paternidade ou maternidade não está na forma, mas sim no afeto. Se o critério, todavia, for o da submissão ao poder familiar, a aplicação da regra do CC, art. 1.633 conduzirá à interpretação de que, se o pai não tiver reconhecido o filho, este fica sob o poder familiar exclusivo da mãe, ainda que viva sob o mesmo teto, seja criado e educado pelo pai (figurou-se, aqui, a hipótese de pais não casados, o que não impede resida o filho no lar "conjugal", nos termos do CC, art. 1.611). Completa o raciocínio a norma do CC, art. 1.636, em consonância com a qual o pai ou a mãe biológicos exercem sozinhos o poder familiar, excluindo o (novo) cônjuge ou companheiro.

Se, como parece ser, somente podem emancipar os pais que estejam no exercício do poder familiar, não poderão conceder a emancipação os destituídos do poder familiar (CC, arts. 1.635, V, c/c 1.638; ECA, arts. 155-163, 24) ou dele suspensos (CC, art. 1.637).

Inovação em cotejo com o CC-1916 é a exigência da forma pública para o instrumento de emancipação voluntária pelos pais e a dispensa expressa, em tal caso, de homologação judicial. A jurisprudência sobre o direito anterior exigia homologação somente para a emancipação por escrito particular (CPC, art. 1.112, I).

Ponto sobre o qual não há mais de pairar dúvida é o exigir consentimento do menor a emancipação por outorga dos pais, pois, além de o ECA, art. 19 lhe garantir direito a ser criado e educado no seio da sua família até os dezoito anos, e de ser ele o maior interessado e o que melhor pode responder sobre a conveniência da própria emancipação, trata-se, aqui, de ato jurídico para cuja validade é exigida a participação do relativamente incapaz.

A emancipação reveste a natureza jurídica de ato jurídico lícito irrevocável e incondicional. Isto não significa, porém, que o ato não possa ser desconstituído por via de ação de anulação de ato jurídico, se restar provado dolo dos pais e ser a emancipação contrária aos interesses do menor.

O ECA, art. 141, garante o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, devendo a autoridade judiciária lhes dar curador especial, sempre que os interesses daqueles colidirem com os de seus pais ou responsável (ECA, art. 142, parágrafo único). Não tem o menor, entretanto, direito subjetivo de exigir dos pais a concessão da emancipação ou de se opor a ela; tampouco cabe, aqui, pedido de suprimento judicial do consentimento negado pelos pais. Resta ao menor sequioso de se emancipar, preencher os requisitos dos incisos seguintes (II-V).

O menor sob tutela não pode ser emancipado por deliberação exclusiva do seu tutor; a sua emancipação ocorre por sentença judicial, reconhecido ao tutor apenas o direito de ser ouvido a respeito (ECA, art. 148, VII, parágrafo único).

O requisito da idade mínima de dezesseis anos completos para a emancipação é indisponível e deve ser interpretado restritivamente: na dúvida, não deve a emancipação ser outorgada.

A emancipação deve ser registrada, para produzir os devidos efeitos legais, tanto a que for concedida pelos pais, quanto a que for reconhecida por sentença (Lei nº 6.015, de 31.12.73 - Lei dos Registros Públicos - LRP, arts. 29, IV, 89-91, CC, art. 9º, II).⁴¹

4.2.2 Pelo casamento

A razão para a emancipação é óbvia, qual seja, a de dotar marido e mulher da autonomia necessária para exercerem os direitos e deveres concernentes à sociedade conjugal, que dá fundamento a uma nova família. Com efeito, não seria compreensível devessem marido e mulher contar com a assistência dos seus respectivos representantes legais, nas inúmeras tarefas da rotina de uma vida familiar, notadamente quanto à criação e educação dos possíveis filhos do jovem casal.

O CC-2002 (art. 1.517) uniformizou em 16 (dezesseis) anos a idade núbil que, no direito anterior era de 16 (dezesseis) anos para a mulher e 18 (dezoito) anos para o homem (CC - 1916, art. 183, XII).

Prevalecerá a emancipação dos cônjuges menores com 16 (dezesseis) anos casados sem autorização dos respectivos pais, se do casamento resultou gravidez, porquanto, por força da norma do CC, art. 1.551, este casamento não poderá ser anulado, a despeito da falta da idade núbil.

Se, no entanto, o casamento ocorreu entre menores de 16 (dezesseis) anos, em caráter excepcional, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez, era entendimento, no direito anterior, *ex vi* do CC - 1916, art. 214 e parágrafo único, que o casamento em tais condições não produzia emancipação, uma vez que esta norma civil permitia ao juiz ordenar a separação de corpos, até que os cônjuges alcançassem a idade legal, não se justificando emancipação em sociedade conjugal em que não existisse coabitação; ademais, o conceito de emancipação é incompatível com qualquer restrição, mormente com a separação de corpos.

⁴¹ Sobre os efeitos constitutivos do registro da emancipação, cf. RODRIGUES, Marcio Guimarães. Emancipação, Interdição e Ausência na Lei de Registros Públicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, v. 756, out. 1998, p. 720.

A não repetição da norma do citado CC - 1916, parágrafo único do art. 214, no artigo correspondente do CC - 2002, que recebeu o número 1.520, não deve conduzir à conclusão, salvo melhor juízo, que não possa o juiz, que autorizar casamento nessas circunstâncias, impor a separação de corpos. Pense-se nos casos reais e nada incomuns de casamentos decorrentes de estupro ou atentado violento ao pudor contra meninas de até menos de 12 (doze) anos de idade (crianças, na definição do ECA, art. 2º).

Pode-se defender, sem risco de atentado aos sadios propósitos do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 3º: “A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, [...], a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade), a coabitação dessa criança-esposa com o seu agressor? Com a palavra a doutrina e a jurisprudência especializadas.

Determinada a separação de corpos, não há, pois, como se conceder a emancipação. Tampouco nos casos de dissolução do casamento pela morte, pela nulidade ou anulação ou pelo divórcio (CC, art. 1.571) retornarão os ex-cônjuges sob o poder familiar ou a tutela, muito menos na hipótese de separação judicial, a qual apenas extingue a sociedade conjugal, mas não dissolve o casamento.

4.2.3 Pelo exercício de emprego público efetivo

Trata-se de hipótese insólita. É pouco provável possa o menor de 18 (dezoito) anos exercer emprego público em caráter efetivo. Não basta, por conseguinte, o emprego de mera comissão, em regime interino ou temporário.

4.2.4 Pela colação de grau em curso de ensino superior

Embora imaginável apenas excepcionalissimamente, será emancipado aquele menor de 18 (dezoito) anos, superdotado, que concluir curso de ensino superior devidamente reconhecido pelo Ministério da Educação, mesmo que conte menos de 16 (dezesesseis) anos.

4.2.5 Pelo estabelecimento civil ou comercial ou pela relação de emprego

Aqui, estabeleceu o legislador a idade mínima de 16 (dezesesseis) anos completos. A concessão, ou melhor, o reconhecimento desta situação fática deve ser proferido pelo juiz competente, isto é, o Juiz da

Infância e da Juventude da comarca de domicílio dos pais ou responsável (cf. ECA, arts. 145 ss.; CF-88, arts. 92, VII, 96, I, *b* e *d*), o qual, no entanto, não detém o livre arbítrio de denegar a emancipação não obstante comprovada a satisfação das condições exigidas na lei.⁴² Na prática, revela-se a necessidade de enquadramento no inciso V, ora em discussão, em casos excepcionais, quer os de divergência entre o próprio menor que aspira à emancipação e dos pais que não a querem conceder, quer de desacordo entre os pais. Do contrário, que outra motivação levaria os pais a optarem por submeter o pedido de emancipação do filho aos incômodos de um procedimento judicial, ao passo que, pelo permissivo do inciso I, poderiam emancipá-lo extrajudicialmente, por escritura pública, sendo o limite de idade o mesmo em ambos os casos?

5 DO FIM DA PERSONALIDADE

5.1 Morte Real⁴³

A morte referida na primeira parte do dispositivo em debate é aquela também chamada natural, certa, que se constata à vista do cadáver. Prova-se a morte, de ordinário, com a certidão de óbito, cujo fato deve, obrigatoriamente, ser dado a registro (CC, art. 9º, I; LRP, arts. 29, III, 77-88). Segundo dispõe a LRP, art. 77, “nenhum sepultamento será feito sem certidão, do oficial de registro do lugar do falecimento, 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”.

O critério hodiernamente adotado para aferição da ocorrência da defunção é o da morte cerebral, por meio de eletroencefalograma, que indique posição da linha isométrica (linha sem alterações) por mais de uma hora, de modo a se certificar que também as atividades respiratória e cardíaca (esta última pode perdurar por algum tempo após a morte cerebral) encontram-se definitivamente paralisadas.⁴⁴

⁴² A sentença que reconhecer a emancipação será registrada no Cartório do 1º Ofício ou da 1ª subdivisão judiciária da comarca, em livro especial (LRP, arts. 89 e ss.)

⁴³ Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva.

⁴⁴ Os assentos de óbitos de pessoas falecidas a bordo de navio ou aeronave serão lavrados de acordo com as regras estabelecidas para os nascimentos — cf. LRP, art. 51 —, no que lhes for aplicável, com as referências constantes do art. 80, salvo se o enterro for no porto, onde será tomado o assento, cf. LRP, art. 84; os óbitos ocorridos em campanha, serão registrados em livro próprio, para esse fim designado, nas formações

Já se disse, na literatura jurídica, que “nem nascimento, que é o que engendra a personalidade provoca tantas repercussões jurídicas como o óbito, porque o nascimento gesta um incapaz, ao passo que a defunção apaga do mapa jurídico um ser que é objeto de direitos e obrigações *modi plenii*”.⁴⁵

Entre os principais efeitos da morte, citam-se: a) extinção da personalidade da pessoa natural (CC, art. 6º); b) obrigatoriedade do registro de óbito (CC, art. 9, I); c) dissolução do vínculo conjugal (CC, art. 1.571, I; Lei do divórcio, art. 2º, I); e do regime matrimonial; d) abertura da sucessão (CC, arts. 35, 1.572 e 1.923); e) modificação do *quantum* da obrigação solidária (CC, art. 276); f) extinção da obrigação de doação periódica (CC, art. 545); g) obrigação do gestor, em caso de morte do dono do negócio (CC, art. 865); h) extinção do contrato de mandato (CC, art. 682, II; STF, Súmula 25); i) limitação das obrigações do fiador morto (CC, art. 836); j) caducidade do fideicomisso, se o fideicomissário premorrer ao fiduciário (CC, art. 1.958); k) transferência do contrato de locação de coisas e de serviços aos herdeiros do locador ou do locatário (CC, arts. 577 e 607); l) obrigações do mandatário, em caso de morte do mandante (CC, art. 674); m) obrigações dos herdeiros, em caso de morte do mandatário (CC, arts. 690 e s.); n) obrigações de prestação de contas, em caso de morte do tutor (CC, art. 1.759); o) sujeição dos filhos menores à tutela, em caso de morte dos pais (CC, art. 1.728, I); p) responsabilidade do profissional pela morte culposa do paciente (CC, art. 951); q) conseqüências da falta de pagamento do prêmio, nos contratos de seguro de vida (CC, art. 796); r) efeitos do contrato de seguro de vida (CC, arts. 789-802); s) extinção do contrato de constituição de renda, em caso de morte do credor (CC, art. 806); t) comoriência (CC, art. 8º); u) morte do testador (CC, art. 1.877); v) eficácia do legado, somente se a coisa legada se achar entre os bens da

sanitárias e corpos de tropas, pelos oficiais da corporação militar correspondente, autenticado cada assento com a rubrica do respectivo médico chefe, ficando a cargo da unidade que proceder ao sepultamento o registro, nas condições especificadas, dos óbitos que se derem no próprio local de combate, cf. LRP, art. 85; acontecendo o falecimento em hospital, prisão ou qualquer outro estabelecimento público, o assentamento correspondente será feito, em falta de declaração de parentes, segundo a informação da respectiva administração, observadas as disposições dos arts. 80 a 83, e o relativo a pessoa encontrada morta ou violentamente morta, segundo a comunicação ex officio, das autoridades policiais, às quais incumbe fazê-la logo que tenham conhecimento do fato, cf. LRP, art. 87; atente-se para o fato de que nas hipóteses dos três artigos da LRP citados, trata-se de óbitos com presença do cadáver; já, na hipótese do parágrafo único do art. 88, não há cadáver.

⁴⁵ AVELLANAL, R Ato Del. *Proyecciones jurídicas de la muerte (en diversas ramas del derecho)*. Rev. Del Colegio de Abogados de la Plata, n. 18, 1967, págs. 87-232, apud CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. v. 1, t.1, p. 600 e ss.

herança, ao tempo do falecimento do testador (CC, art. 1.923); x) extinção do usufruto (CC, art. 1.410, I; CPC, art. 1.112, VI); y) extinção do poder familiar (CC, art. 1.635, I); z) cessação da obrigação de alimentos, em caso de morte do credor; aa) *idem*, em caso de morte do devedor, se a obrigação, desde logo, exceder ou a partir do momento em que esta houver consumido as forças da herança (CC, arts. 1.792, 1.821, 1.700, 1.694 e 1.997; Lei nº 6.515/77, art. 23); bb) extinção das obrigações personalíssimas de fazer (CC, arts. 247 e 248); cc) extinção do direito de preempção (CC, art. 520); dd) extinção, com a morte do devedor, do direito de revogação da doação por ingratidão do donatário (CC, art. 560, 1ª parte); ee) transmissão aos herdeiros do donatário da posição passiva, na ação de revogação da doação, se intentada antes da morte daquele (CC, art. 560, 2ª parte); ff) extinção do encargo do testamentário (CC, art. 1.985); gg) extinção dos benefícios da assistência judiciária gratuita (Lei nº 1.060, de 05.02.50, art. 10).

O que era denominado na Idade Média, figurativamente, “morte civil”, deve ser entendido como efeitos jurídicos de alguns fatos que, a rigor, nada têm a ver com o fenômeno morte. Mencionam-se alguns, à guisa de ilustração: a) CC, art. 1.816, que restringe aos próprios herdeiros ou legatários excluídos da sucessão os efeitos da exclusão pelos motivos elencados no CC, art. 1.814, I-III; b) não mais se admite a suspensão dos direitos políticos, outrora prevista no Ato Institucional nº 5, de 13.12.68, art. 5º, e seu § 1, mantido em vigor pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, art. 182, banida que foi, expressamente, pela vigente Carta Constitucional, art. 5º, inciso VIII. Persiste, contudo, a possibilidade da suspensão ou interdição de direitos prevista na CF, inciso XLVI, alínea e, do mesmo art. 5º, não em razão de “crimes políticos” ligados a convicções filosóficas ou políticas, senão como penalidade acessória, conforme já previam os arts. 67 e 69 do Código Penal.

5.2 Morte Presumida dos Ausentes

A matéria encontra-se regulada pelo CC, arts. 22 a 30 (e pelo Código de Processo Civil, arts. 1.161 a 1.168), onde deverá ser devidamente abordada, razão pela qual para lá se remete o leitor.

5.3 Morte Presumida sem Decretação de Ausência

5.3.1 Necessidade de declaração judicial da morte presumida⁴⁶

Enquanto a morte real, constatada à vista do cadáver, permite certeza absoluta quanto à ocorrência do infausto acontecimento - facilitando sobremaneira a tramitação burocrática do assentamento do óbito, dispensando a atuação judiciária -, a morte sem a presença do cadáver não pode prescindir da atuação do Poder Judiciário. Deveras, embora não seja, aqui, o procedimento previsto para a decretação da ausência, menciona o *caput* do artigo a forma de pronunciamento da presunção de morte, que é a forma declaratória ao mesmo tempo em que o parágrafo único alude textualmente a sentença. O procedimento para a declaração judicial da morte presumida é o da justificação, regulada no Código de Processo Civil, arts. 861 a 866, segundo se pode depreender do enunciado da Lei nº 6.015, de 31.12.73 - Lei dos Registros Públicos, art. 88, *in verbis*: “Poderão os juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. Parágrafo único. Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do art. 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito.”

A autoridade judiciária competente será, nas comarcas que dela disponham, o juízo da vara especial de registros públicos; nas demais, o das varas cíveis comuns, do último domicílio do desaparecido (cf. CPC, art. 97).

5.3.2 Morte extremamente provável

A situação prevista no inciso I configura norma em branco, incumbindo ao juiz, no processo de justificação, o exame do que vêm a ser “extremamente provável” e “perigo de vida”. Deixadas de lado as

⁴⁶ Art. 7º. Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

guerras e as demais conflagrações armadas, tais como revoluções, guerrilhas, movimentos de secessão e de sedição, objeto da regra do inciso II, a serem analisadas, a seguir, são exemplos de situações que geram perigo de vida (*rectius*: perigo de morte) e probabilidade extrema de ocorrência de morte: terremotos, maremotos, tempestades, tufões, ciclones, tornados, vendavais, erupções de vulcões, desaparecimento de aviões, navios e submarinos, desastres aéreos, naufrágios, avalanches, quedas de barreiras, desmoronamentos de edifícios e de torres ou pontes, soterramentos de minas, acidentes com trens, incêndios, atentados a bombas, explosões de fábricas de munições ou de pólvora, explosões de refinarias e de depósitos de combustíveis, suicídios coletivos com ateamento de fogo ao corpo etc.

Não é suficiente que tenha existido uma situação concreta de perigo de morte para que possa ser declarada a morte presumida de uma ou mais pessoas. Somente poderá ser declarada a morte presumida de alguém cuja presença no local do acidente ou situação de risco possa ser provada. Para a prova desta circunstância são admitidos todos os meios de prova (CC, arts. 212 ss.; CPC, arts. 332 ss.). De comprovada utilidade têm sido os exames genéticos, sendo, atualmente, o mais preciso o exame de ADN (ácido desoxiribonucleico).

Por último, para a incidência do dispositivo legal em foco, ainda não basta a existência da situação de risco de morte, tampouco a prova da presença do presumido morto no local do acidente ou situação de risco, sendo exigido, mais, que não tenha sido encontrado o corpo da suposta vítima.

5.3.3 Desaparecido ou prisioneiro de guerra

O inciso II, tal qual o antecedente, reveste norma em branco, constituindo as expressões “campanha” e “guerra”, em seu enunciado, mera exemplificação das diversas formas de conflitos armados, tais como revoluções, guerrilhas, terrorismo, movimentos de secessão e de sedição, ou a verdadeira “guerra civil” travada entre a polícia e traficantes de entorpecentes, em que as pessoas comuns, indefesas, são vítimas de seqüestros ou crianças são alvo de raptos que permanecem não esclarecidos há décadas. Colhe-se o ensejo para se registrar a omissão da redação do CC, art. 1.571, que só se refere à presunção de morte do (declarado) ausente (§ 1º), silenciando quanto ao declarado morto sem decretação de ausência, objeto do preceito em exame.

Pressupõe o inciso II, ademais, que o desaparecido ou aprisionado não seja encontrado até 2 (dois) anos após o término da guerra. As guerras ou revoluções convencionais costumam terminar com

uma rendição formal dos vencidos ou a assinatura de um tratado ou armistício. Dificuldades se apresentam em outras formas de conflitos armados, particularmente nos movimentos de guerrilhas ou terrorismo, que costumam se arrastar por décadas, sem que se possa fixar um termo referencial para fins de contagem do prazo de dois anos em questão.

5.3.4 Exaurimento das buscas e averiguações

Tratando-se de integrantes das Forças Armadas, no caso de falecimento ocorrido nas “formações sanitárias e corpos de tropa”, o assentamento de óbito será feito pelos oficiais da corporação correspondente, à vista do cadáver (LRP, art. 85); se, porém, o militar tiver desaparecido ou sido feito prisioneiro, as buscas e averiguações ficarão a cargo da corporação militar correspondente, que terá competência para atestar o encerramento das buscas e averiguações. Cogitando-se de civis desaparecidos, seqüestrados ou raptados, competente para diligenciar buscas e averiguações e para atestar o respectivo encerramento será a autoridade policial do último domicílio da vítima.

A sentença deverá fixar a data provável do falecimento, a qual poderá, obviamente, retroagir a momento anterior à distribuição do requerimento, dando ensejo à abertura da sucessão definitiva do declarado morto.

Questão não regulada é a que diz respeito às conseqüências jurídicas do reaparecimento do já declarado morto. Dada a semelhança com a situação do ausente, devem ser aplicadas à hipótese de reaparecimento do declarado morto analogicamente as normas sobre a ausência, particularmente a do CC, art. 39, às quais ora se remete o leitor.

5.4 Comoriência⁴⁷

Denomina-se comoriência a morte simultânea de duas ou mais pessoas, quando estas seriam chamadas respectivamente a se suceder, se uma sobrevivesse à outra, na ordem estabelecida pelo CC, art. 1.829. Sobre a importância crescente da regulamentação legal da comoriência pode-se afirmar que ela foi incrementada pelo desenvolvimento dos meios modernos de transporte, ônibus, trens, navios e aviões com lugares para um número cada vez maior de passageiros, viajando a velocidades tais que, em caso de acidentes, muitas mortes ocorrem,

⁴⁷ Art. 8º. Se 2 (dois) ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.

concomitantemente. O aumento do número de veículos particulares, trafegando em estradas que não comportam o tráfego excessivo, produzem, igualmente, acidentes envolvendo vários veículos, os chamados acidentes por “engarrafamentos”, em alta velocidade, causando também mortes simultâneas.

Todavia, cumpre enfatizar, nem toda morte simultânea de pessoas, ainda que tenham algum grau de parentesco entre si, constitui hipótese de comoriência. Como já se disse, é imprescindível que as vítimas fatais do evento viessem a ser chamadas reciprocamente a se suceder, se uma sobrevivesse à outra, de acordo com a ordem legal da vocação hereditária.⁴⁸ Toma-se, aqui, por empréstimo, pela clareza, o exemplo formulado por Pacifici-Mazzoni⁴⁹:

“Por exemplo: três irmãos mortos no mesmo desastre não deixam outro herdeiro senão um quarto irmão. Sendo este o único herdeiro legítimo dos outros três, não tem ele certamente necessidade de provar o momento preciso da morte de cada um de per si, desde que se morreram no mesmo momento, o irmão herdeiro sucederá aos três; se um sobreviver aos outros, ele será consucissor com os outros dois, da herança do defunto; e na herança do segundo, além dos bens próprios dêste, êle receberá a quota referente ao primeiro. E o mesmo com relação ao terceiro.”

Como, no exemplo colacionado, os três irmãos têm um mesmo e único herdeiro comum, despicienda se mostra a produção da prova da diferença do horário das mortes, não se aplicando, então, a regra e não se verificando, pois, as conseqüências legais da comoriência.

Figure-se situação inversa do exemplo acima, em que, aqui, os comorientes não têm todos, sem exceção, os mesmos herdeiros, ou, embora tenham os mesmos herdeiros, os tenham por diversas vocações: um pai e um filho morrem num mesmo acidente aéreo. O pai tem, como único parente, um irmão. O filho era casado. Morrendo primeiro o pai, seu herdeiro será o filho, cuja herança se transmite a este. (CC, art. 1.829, I) durante o breve espaço de sua sobrevivência e, em seguida, com sua morte, passa para a sua esposa (CC, art. 1.829, III) a sua herança do marido acrescida pela herança do sogro. Se, inversamente, morre o filho primeiro, a trajetória da herança é, conseqüentemente, diversa da primeira hipótese: metade da herança do filho passa primeiro para o seu pai, pelos poucos instantes da sua sobrevivência (CC, art. 1.829, II, c/c 1.837, 2ª parte), e depois é deferida ao irmão deste (tio do *de cuius*) (CC, art.

⁴⁸ É indispensável, mais, ainda, que os comorientes não tenham todos indistintamente os mesmos herdeiros, ou tenham os mesmos herdeiros por diversas vocações.

⁴⁹ Trattato delle Successioni, vol. I, n. 26, apud SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. I, p. 318.

1.829, IV); a outra metade pertencerá à esposa (CC, art. 1.829, II, c/c 1.837, 2ª parte). Estas soluções - sublinhe-se - pressupõem a produção de prova cabal da diferença de momentos em que as mortes teriam ocorrido.

Não tendo sido possível, entretanto, estabelecer com segurança a diversidade de momentos das mortes, devem ser aplicadas as regras sobre a comoriência, com o principal consectário de que não haveria sucessão entre os comorientes, a saber: nem o filho herdaria o pai, tampouco este sucederia o filho. A viúva herdaria o patrimônio do filho (CC, art. 1.829, III), e o tio herdaria o patrimônio do seu irmão (CC, art. 1.829, IV).

Deve-se ressaltar que a lei brasileira somente exige unicidade de evento e de local em que ocorreram, até mesmo em países ou continentes diferentes.⁵⁰ Não se tem por comoriência, portanto, a morte de duas pessoas, em locais diferentes, ainda que extremamente provável a simultaneidade.

A comoriência não pressupõe sempre morte real, com presença do cadáver; pode ser declarada a simultaneidade da morte tanto nos casos de morte presumida de dois ou mais ausentes desaparecidos ao mesmo tempo, quanto nas hipóteses do art. 7º, notadamente do inciso II.

5.4.1 Meios de prova

Todos os meios idôneos são, em princípio, admitidos para se tentar demonstrar a existência de intervalo de tempo entre as mortes (CC, arts. 212 ss.; CPC, arts. 332 ss.). Embora se costume atribuir maior prestígio à prova pericial, reconhecidamente científica e segura, circunstancialmente podem outros meios respaldar conclusões bastante consistentes, incontestáveis quase, como p. ex. a narrativa, mais ou menos pormenorizada, do último a morrer em um desastre aéreo, como o caso verídico dos atletas uruguaiois, cujo avião caiu na Cordilheira dos Andes, entre o Chile e o Peru, na década de setenta.

Nem sempre prestigiada, na generalidade dos casos, pode a prova por presunções, coadjuvada por princípios de lógica, oferecer conclusões suficientemente seguras. Em um mesmo acidente, iniciado por vazamento de gás, com algumas mortes por asfixia, seguido de explosão, e outras mortes com dilaceramento dos corpos, e com irrompimento final de incêndio e outras mortes, ainda, por queimaduras generalizadas, é de se presumir que as mortes se sucederam na ordem direta da seqüência descrita.

Outra situação: em naufrágio de um enorme transatlântico, com acomodações (cabines, camarotes ou suítes) nos diferentes níveis do

⁵⁰ SANTOS J. M. de Carvalho, op. cit., p. 318 e ss.

convés (1ª, 2ª e 3ª classes), foram encontrados corpos de passageiros, por exemplo, os pais, que morreram afogados, trancados em seus aposentos, no convés superior, enquanto dormiam, e, no convés inferior, morreram os filhos, que brincavam nas salas de jogos. É de se presumir que morreram antes os filhos, tendo sobrevivido por algum tempo a mais os pais, no convés superior, da 1ª classe, que ocupavam a parte mais alta do navio. Suponha-se, ainda, que alguns corpos tenham sido encontrados em barcos salva-vidas, cujos ocupantes morreram de desidratação, hipotermia ou inanição. Logicamente, estes viveram mais tempo do que aqueles que sequer conseguiram lugar nos barcos ou botes salva-vidas.⁵¹

5.4.2 Presunção legal de simultaneidade das mortes

Longo caminho foi percorrido até que os ordenamentos jurídicos adotassem a presunção de concomitância das mortes. No direito romano vigoravam outras presunções: se o filho era púbere, supunha-se morto antes da mãe; se impúbere o filho, imaginava-se que este tivesse morrido antes, baseado na regra empírica de que os jovens seriam mais resistentes aos efeitos de acidentes, à agressão física e aos riscos de morte. O Código Civil francês, na mesma trilha, formulou as regras de que:

“Se aqueles que faleceram juntos tinham menos de quinze anos, presumir-se-á que o mais velho tenha sobrevivido. Se todos tinham mais de sessenta anos, presumir-se-á que o mais moço tenha sobrevivido. Se uns tinham menos de quinze anos e os outros mais de sessenta, presumir-se-á que os primeiros tenham sobrevivido (art. 721). Se aqueles que faleceram juntos tinham quinze anos completos e menos de sessenta, presumir-se-á que tenha o homem sobrevivido (à mulher), quando houver igualdade de idades ou quando a diferença que existe não passar de um ano. Se eram do mesmo sexo, deverá ser admitida a presunção de sobrevivência que dá abertura à sucessão na ordem da natureza; assim, o mais moço presume-se ter sobrevivido ao mais velho (art. 722).”

A lei brasileira, ao contrário, não estabelece presunções fracionadas, segundo critérios etários, de gênero, de higidez física, de estado de saúde ou outros: ou existe prova segura da precedência cronológica das mortes, ou vigora a presunção da simultaneidade delas, desinteressando diferenças etárias e quejandos critérios. Não se cogita, porém, de presunção *iuris et de iure*, mas sim de mera presunção *iuris*

⁵¹ Sobre os graves problemas que podem resultar de decisões divergentes por juízos diferentes sobre o momento da morte de várias pessoas em um mesmo acidente, consulte-se MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsol, 1971. t. 1, § 67, 3, p. 234 e ss.

tantum, vencível por melhor prova em contrário. Importa dirimir dúvidas relevantes:

Alguém institui outrem seu herdeiro testamentário, sob a condição de ele (testador) morrer sem filhos. Testador e filhos morrem simultaneamente.

1) Como deve ser interpretada a condição “sem filhos”: a) não pode o testador ter jamais gerado filho? b) pode ter gerado algum, porém este deve ter morrido antes que o pai? c) pode ter gerado algum, mas este comorreu ao pai?

A solução proposta por Mazzoni⁵² é de que se interprete a vontade do testador no sentido de que, no momento da abertura da sucessão, não existisse filho em condições de sucedê-lo. Logo, descartam-se as soluções pelas alíneas a) e b). A comoriência faz se implementar a condição para permitir a instituição testamentária do herdeiro. Esta solução, que infirma o dogma de que comorientes não transmitem direitos entre si, só é possível por se tratar de sucessão testamentária, que preserva as quotas dos herdeiros necessários.

2) Doador faz doação de bens sob cláusula de reversão, em caso de o donatário morrer antes. Doador e donatário morrem simultaneamente. Para quem vão os bens doados, para os herdeiros do doador ou do donatário?

A primeira conclusão lógica a ser considerada é que, no caso, nem o donatário morreu antes, tampouco morreu o doador depois. Em princípio, pois, se o doador não sobreviveu ao donatário, não deve ter lugar a reversão, até porque, importando a reversão transmissão da propriedade, faltaria o sujeito ativo (doador) para recebê-la, no momento em que devesse ser levada a efeito (morte do donatário). Não se aplicam, aqui, regras sobre a comoriência, por não serem doador e donatário reciprocamente sucessores.

3) A presunção positivada na parte final do art. 8º é norma de ordem pública ou é norma dispositiva, podendo ser derogada por herdeiros potenciais recíprocos, notadamente por marido e mulher?

A solução é conciliadora: é norma de ordem pública, no que diz respeito a herdeiros necessários (descendentes e ascendentes, podendo ser objeto de livre disposição em relação aos cônjuges e aos herdeiros colaterais e quaisquer outros herdeiros testamentários).

⁵² SANTOS, J. M. de Carvalho, op. cit., p. 31.

5.4.3 Comoriência e direito de representação

Questão interessante de que também se ocuparam doutrina e jurisprudência no direito comparado foi a de saber qual é o efeito da comoriência quanto ao direito de representação.

A representação se dá “quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos em que ele sucederia, se vivo fosse” (CC, art. 1.851); “o direito de representação dá-se na linha descendente, mas nunca na ascendente” (CC, art. 1.852).

Suponha-se, agora, a situação em que mãe e filho morrem, simultaneamente, em um acidente, deixando ela o esposo viúvo e outro filho, e deixando ele dois filhos menores. A indagação que se suscita é se os netos herdarão da avó como representantes do pai. Ou, ainda: o pai dos menores, simultaneamente morto com a mãe (autora da herança), pode ser considerado “falecido”, nos termos do CC, art. 1.851, ou somente são reputados falecidos, para efeitos de representação, os herdeiros que tenham pré-falecido ao autor da herança?

Dois argumentos, inicialmente, se contrapõem no encaminhamento da solução: primeiro, favorável à sucessão dos netos por representação, que parte da consideração de que a lei não faz qualquer menção a premoriência ou comoriência, aplicando-se, pois, o princípio de hermenêutica segundo o qual onde a lei não distingue, não é lícito ao intérprete fazê-lo; segundo, o argumento contrário à sucessão dos netos, esforçado no dogma extraído das regras sobre a comoriência, consoante o qual os comorientes não transmitem direitos entre si. A este argumento pode-se opor que, na sucessão por representação, a transmissão não procede do representado em favor do representante, mas sim diretamente do autor da herança em prol deste último; o direito de representação promana da lei (CC, art. 1.851; “... quando a lei chama...”) e não da vontade do representado, sendo consectária desta proposição a norma do CC, art. 1.856, que reconhece ao renunciante à herança de uma pessoa o direito de representá-la na sucessão de outra.

Portanto, a herança da mãe não estaria sendo transmitida primeiramente para o filho e deste para os netos, mas diretamente da avó para os netos; obviada estaria, assim, a objeção da impossibilidade da transmissão da herança entre os comorientes mãe e filho.⁵³

⁵³ Neste mesmo sentido a pertinente perplexidade de BARBERO, Omar U. Derecho de representación en caso de conmorência. *Revista de Direito Civil*, ano 3, n. 10, out./dez. 1979, p. 53: "(m) Además, argumentando "por el absurdo", nuestra convicción será aun mayor. Supongamos, entonces que no hay derecho de representación en caso de conmorencia. Imaginemos ahora tres alternativas que pueden presentarse a una persona frente a las muertes de su padre y de su abuelo (sucedidas ambas en el mismo día): *Primera alternativa*: Abuelo muere a 12 hs. Padre muere *después*, a 12,01 hs. *Segunda alternativa*: Abuelo muere a 12 hs. Padre muere *antes*, a 11,59 hs. *Tercera alternativa*: Abuelo muere a 12 hs. Padre muere *al mismo tiempo*, a 12 hs. Veamos: en la *primera alternativa*, por *derecho de transmisión*, los bienes del abuelo, van a ser recibidos por el nieto (arts. 3.316 y 3.419). Es decir, el nieto va a suceder *mediatamente* el abuelo. En la *segunda alternativa*, por *derecho de representación*, la herencia del abuelo va a ser recibida *Inmediatamente* por el nieto. Decimos inmediatamente porque la herencia pasa directamente del causante al representante (arg. art. 3.550). En la *tercera alternativa*, ¿puede recibir el nieto la herencia de su abuelo por derecho de transmisión? No, por expresa disposición del art. 109. Si el abuelo nada transmitió al padre, mal podría trasmitirle algo éste al hijo. ¿Y por derecho de representación? : tampoco, conforme a lo que se supuso al principio. Quiere decir que si el padre murió un minuto recibe, medlata o Inmediatamente, Indirecta o directamente, pero si se dá la fatalidad de la muerte simultánea, no recibe absolutamente nada.