



## **Das Pessoas Naturais**

Material didático destinado à  
sistematização do conteúdo da disciplina  
Direito Civil I  
Publicação no semestre 2014.1

Autor: José Carlos Ferreira da Luz

Dados de acordo com: AACR2, CDU e Cutter  
Biblioteca Central – SESP / PB

L979d

Luz, José Carlos Ferreira da

Das pessoas naturais / José Carlos Ferreira da Luz. –  
Cabedelo, PB: [s.n].

36p.

Material didático da disciplina Direito Civil I – Instituto de  
Educação Superior da Paraíba (IESP) - Curso de Direito.

1. Direito civil. 2. Material didático. 3. José Carlos Ferreira  
da Luz. I. Título.

CDU 347(072)

## **DAS PESSOAS NATURAIS**

### **1.1 OS SUJEITOS DE DIREITO. CONCEITO. ESPÉCIES**

Sujeito de direito é o ente referido pela norma jurídica como sendo o titular ou o possível titular de direitos e obrigações. Como ensina Fábio Ulhoa Coelho, "sujeito de direito é o centro de imputação de direitos e obrigações referidos em normas jurídicas".

Saliente-se, desde logo, que nem todo sujeito de direito é pessoa, embora a maioria da doutrina utilize as expressões como sinônimas.

Considerando-se que direito subjetivo é o poder de agir atribuído a um sujeito ou titular, força convir, como assevera Washington de Barros Monteiro, que, presente determinado direito, há de existir forçosamente um sujeito que lhe tenha a titularidade.

Modernamente, entende-se que esse sujeito pode ser de duas categorias: personalizados e despersonalizados.

Os sujeitos personalizados são os dotados de personalidade jurídica. Significa que podem praticar a maioria dos atos e negócios jurídicos. Esses sujeitos são: a pessoa física e a pessoa jurídica.

Os sujeitos despersonalizados, por sua vez, como revela Fábio Ulhoa Coelho, "podem praticar apenas os atos inerentes à sua finalidade (se possuírem uma) ou para os quais estejam especificamente autorizados". Esses sujeitos são: o nascituro e as chamadas quase pessoas jurídicas (espólio, massa falida, herança jacente, condomínio edilício e pessoa jurídica sem registro). Esses entes não desfrutam de personalidade jurídica, mas, como veremos, podem figurar em algumas relações Jurídicas.

### **1.2 PESSOA. CONCEITO. ESPÉCIES**

Pessoa, na acepção jurídica, é o titular de direitos e obrigações. Nesse sentido, pessoa é espécie do gênero sujeito de direito ou sujeito da relação jurídica. É, pois, o único ente dotado de personalidade jurídica.

Duas são as espécies de pessoas:

- a) pessoa natural ou pessoa física: é o ser humano.
- b) pessoa jurídica ou pessoa moral ou pessoa coletiva: organizações que visam à realização de um certo interesse.

### **1.3 PERSONALIDADE JURÍDICA**

#### **1.3.1 Conceito**

Personalidade jurídica é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

Tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica são dotadas dessa personalidade.

No tocante à pessoa natural, a personalidade emana do simples nascimento com vida, ao passo que a pessoa jurídica de direito privado só a adquire a partir do registro do seu ato constitutivo no Cartório competente. Assim, o registro da pessoa humana é meramente declaratório, ao passo que o da pessoa jurídica é constitutivo.

Dispõe o art. 1.º do CC que "toda pessoa é' capaz de direitos e deveres na ordem civil". Portanto, não existe, no Brasil, ser humano destituído de personalidade jurídica, esta é inerente à natureza humana. Quanto aos apátridas, que não pertencem a Estado algum, também desfrutam de personalidade jurídica. Igualmente os estrangeiros e os doentes mentais. No Brasil, cumpre observar que, ao tempo da escravatura, os escravos não eram pessoas, equiparavam-se às coisas.

Quanto aos animais, não são pessoas. Por consequência, não podem adquirir direitos e obrigações. Igualmente, as almas e santos. Nulos são, portanto, os contratos e testamentos em favor desses seres.

### 1.3.2 Início da personalidade

O início da personalidade jurídica varia conforme se trate de pessoa física ou de pessoa jurídica.

A personalidade civil da pessoa física começa a partir do nascimento com vida (art. 2.º do CC). Como se vê, o nosso Código acolheu a *teoria natalista*, que exige, para a aquisição da personalidade, o nascimento com vida, desvencilhando-se da *teoria da concepção*, que defende o início da personalidade desde a concepção, e da *teoria da viabilidade*, adotada na França, que condiciona o início da personalidade à existência fisiológica de vida, isto é, de órgãos essenciais ao corpo humano.

Saliente-se, porém, que a personalidade é regida pela lei do domicílio, conforme preceitua o art. 7.º da LICC. Portanto, tratandose de mulher grávida domiciliada fora do Brasil, toma-se perfeitamente possível a adoção da teoria da concepção, que atribui personalidade ao nascituro desde a concepção, se essa doutrina for abraçada no país de origem. Da mesma forma, poderá ser acolhida, nesse caso, a teoria da viabilidade.

Como vimos, adotou o nosso legislador a teoria da natalidade: a personalidade começa a partir do nascimento com vida. Discorrendo sobre o assunto, Washington de Barros Monteiro assevera: "Para que ocorra o fato do nascimento, ponto de partida da personalidade, preciso será que a criança se separe completamente do ventre materno. Ainda não terá nascido enquanto a este permanecer ligada pelo cordão umbilical. Não importa que o parto tenha sido natural, ou haja exigido intervenção cirúrgica. Não importa, outrossim, tenha sido a termo ou fora de tempo". No tocante à ruptura do cordão umbilical, cremos não ser necessária, pois, como assevera Clóvis Beviláqua, para que o nascimento com vida se perfaça basta que a criança respire o ar atmosférico, razão pela qual também toma-se dispensável a separação completa do ventre materno.

É insuficiente, contudo, o nascimento; urge ainda que a criança tenha nascido com vida para que se lhe reconheça a personalidade. Sobre a prova do nascimento com vida, cumpre mencionar a docimasia hidrostática de Galeno, segundo a qual os pulmões do recém-nascido são colocados num recipiente d'água: se sobrenadarem é porque respirou, nascendo com vida; o que não sucede com os pulmões que não respiram. Acrescente-se, porém, que viver é respirar, de modo que a prova dessa respiração pode ser suprida por testemunhas que presenciaram os vagidos e movimentos da criança.

No Brasil, para a aquisição da personalidade, pouco importa o tempo de vida. Portanto, desde que tenha respirado, serão necessários dois registros: o de nascimento e o de óbito. Se,

ao revés, não houver respirado, lavar-se-á apenas o registro de óbito do nascituro, sendo vedado o registro do nascimento diante do fato de não ter sido pessoa.

Não se exige também o formato humano. Basta que promane do ventre materno. Se, ao revés, for dotado de caracteres humanos, mas não emanar de mulher, não será considerado pessoa.

No concernente ao início da personalidade das pessoas jurídicas de direito privado, dispõem os arts. 45 e 985 do CC que tal fato ocorre com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro.

As sociedades simples estão no livro do direito de empresa, mas devem ser registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (art. 998 do CC).

Assim, as sociedades, associações, fundações, organizações religiosas e partidos políticos adquirem personalidade jurídica a partir da inscrição de seus atos constitutivos no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas. As sociedades empresárias devem ser inscritas na Junta Comercial.

No concernente à personalidade das pessoas jurídicas de direito público, como, por exemplo, autarquias, emana diretamente da lei que as criou.

### **1.3.3 Conteúdo da personalidade**

Com relação ao conteúdo da personalidade jurídica, cumpre mencionar que implica na admissibilidade para prática dos atos e negócios jurídicos em geral. Essa amplitude, contudo, é restrita à personalidade das pessoas naturais e das pessoas jurídicas de direito privado (sociedade, associação, fundação, organização religiosa e partido político), às quais se aplicam o princípio da legalidade, previsto no art. 5.º, II, da CF, que as autoriza a praticar quaisquer atos ou negócios jurídicos não proibidos por lei. O que não é proibido é permitido. Assim, uma sociedade, por exemplo, pode comprar uma fazenda de gado. O nosso Código afastou-se da teoria da *ultra vires*, que manda invalidar os negócios jurídicos estranhos ao objeto social da pessoa jurídica.

Por outro lado, a personalidade das pessoas jurídicas de direito público é mais restrita, porque em relação a elas o princípio da legalidade apresenta outro sentido. Com efeito, no âmbito do direito público, o princípio da legalidade significa que o administrador só pode praticar os atos administrativos autorizados por lei. Se a lei não autoriza é porque é proibido.

### **1.3.4 Fim da personalidade**

A existência da pessoa natural termina com a morte (art. 6.º, primeira parte, do CC).

A morte pode ser: real, presumida ou ficta.

A morte real é a que pressupõe a existência do cadáver. É atestada pelo médico. Se não houver médico, será atestada por duas pessoas que tiverem presenciado ou verificado o fato (art. 77 da Lei 6.015/1973). Com base no atestado de óbito, o Cartório de Registro Civil lavra o registro de óbito, e, em seguida, expede a respectiva certidão de óbito. Modernamente, prevalece o entendimento de que a verdadeira morte é a cerebral do tipo encefálica, revelada pela ausência de impulsos cerebrais (linha reta no eletroencefalograma, art. 3.º, § 1.º, da Lei

9.434/1997 e Resolução CFM n. 1.480/97), pois a morte clínica, isto é, a cessação das funções circulatórias e respiratórias, por si só, é insuficiente.

A morte presumida, por sua vez, ocorre quando, a despeito de o cadáver não ser encontrado, há um juízo de probabilidade acerca de sua ocorrência, apurada por meio do silogismo lógico. Pode verificar-se em duas hipóteses:

- a) se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida (art. 7.º, I, do CC). O art. 88 da Lei 6.015/ 1973 contém preceito similar, pois também presume a morte de uma pessoa desaparecida em catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar o cadáver para exame. No Código Civil de 2002, não se exige o desaparecimento em catástrofe, isto é, em um grande acontecimento, bastando dois requisitos: o perigo de vida e a probabilidade da morte.
- b) se alguém desaparecido em campanha ou feito prisioneiro não for encontrado até dois anos após o término da guerra (art. 7.º, **11**, do CC). Enquanto na hipótese anterior a probabilidade da morte é extrema, na hipótese em apreço a morte também é provável, mas não de forma extrema, razão pela qual é necessário o decurso de dois anos após o término da guerra. Anote-se que, antes desse prazo, a morte não pode ser declarada, ao passo que na hipótese anterior esse prazo não é exigido.

Nessas hipóteses de morte presumida, a medida cabível é a ação de justificação de óbito e não a ação declaratória de ausência. O juiz prolatará sentença declaratória de morte presumida, fixando a data do falecimento. A declaração de morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento (parágrafo único do art. 7.º do CC).

Outro caso de morte presumida é o previsto na Lei 9.140/1995, referente às pessoas desaparecidas no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, acusadas de participar de atividades políticas. Essas pessoas, cujos nomes são elencados pela aludida lei, são reconhecidas como mortas, independentemente de sentença. O legislador as declarou mortas. Quanto aos militantes políticos desaparecidos, cujos nomes a lei não menciona, urge que o interessado proponha a ação declaratória de morte presumida, com base na Lei 6.683/1979, adotando-se o rito sumário. Entretanto, a Lei 10.875/2004, que alterou a Lei 9.140/1995, dispõe que se o Anexo da Lei não mencionar o nome de uma pessoa, a Comissão Especial, mediante requerimento do interessado, poderá reconhecer a condição de anistiado.

Por outro lado, a morte ficta, como veremos adiante, é a que se verifica com a sentença definitiva de ausência, prolatada depois de dez anos do trânsito em julgado da sentença que concedeu a abertura da sucessão provisória. Na ausência, há apenas uma suspeita de morte e não propriamente uma probabilidade. A medida cabível é a ação declaratória de ausência, e não a ação de justificação de óbito.

Finalmente, a morte civil, consistente na perda da personalidade durante a vida, correspondente a *capitis diminitio* máxima do direito romano, que não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico, pois a personalidade é irrenunciável. Há, porém, um resquício de morte civil em relação ao herdeiro excluído por indignidade, que, para o fim de herança, é considerado morto, tanto que os seus descendentes herdaram em seu lugar, por representação. Outro resquício de morte civil ocorre em relação ao militar declarado indigno do oficialato, ou

com ele incompatível, pois perderá o seu posto e a respectiva patente, ressalvado à sua família o direito à percepção das suas pensões, como se houvesse falecido (art. 142, § 3.º, VI, da CF/88 e Decreto-lei 3.038/1941, art. 7.º).

### 1.3.5 Comoriência

Comoriência é a morte de duas ou mais pessoas, na mesma ocasião, sendo elas herdeiras entre si.

Em não se apurando a ordem cronológica dos óbitos, o art. 8.º do CC presume a comoriência, independentemente de sexo, idade ou estado civil, considerando-os simultaneamente mortos.

Assim, enquanto a premoriência, isto é, a morte precedente, e a pós-moriência, isto é, a morte subsequente, deve ser comprovada, a comoriência é presumida. Na dúvida sobre quem tenha falecido primeiro, o Código presume o falecimento conjunto.

O efeito da comoriência é o seguinte: os comorientes não herdam entre si. Não haverá transmissão de bens entre os comorientes. Imagine, por exemplo, um casal sem descendentes e ascendentes, em que o único herdeiro do marido, além da sua esposa, seja um primo, e, por sua vez, a única herdeira da varoa, além do marido, seja a sua irmã. Se o casal falece no mesmo evento, podem ocorrer as seguintes situações:

- a) apura-se que o marido pré-morreu à esposa. Esta recolhe a herança daquele, transmitindo em seguida à sua irmã. Haverá dois fatos geradores do imposto *causa mortis*.
- b) apura-se que a mulher pré-morreu ao marido. Este recolhe a herança daquela, transmitindo em seguida ao seu primo. Igualmente, incidirão dois impostos *causa mortis*.
- c) não se apura quem morreu primeiro. Nesse caso, presume-se a comoriência, sendo certo que os comorientes não herdarão entre si. Assim, a herança do marido será transmitida para seu primo; a herança da esposa, para a sua irmã. Em cada herança, incidirá um único imposto *causa mortis*.

### 1.3.6 Quase pessoa jurídica

Ao lado da pessoa natural e da pessoa jurídica há um ente intermediário que pode figurar em algumas relações jurídicas. É a chamada quase pessoa jurídica ou ente despersonalizado.

Com efeito, trata-se de determinados patrimônios especiais ou órgãos públicos que, conquanto destituídos de personalidade jurídica, titularizam alguns direitos e obrigações. Não podem ser reduzidos à coisa nem alçados ao *status* de pessoas.

Esses entes despersonalizados são de duas ordens:

- a) patrimônios especiais: assemelham-se às pessoas jurídicas de direito privado, mas não se revestem dessa natureza jurídica, pois não constam no rol do art. 44 do Cc. É o caso do espólio, massa falida, herança jacente, condomínio edilício e pessoa jurídica sem registro. Esses entes têm legitimação *ad procesum*, pois podem ser autor e réu nas ações patrimoniais (art. 12, incisos III, IV, V, VII e IX, do CPC), mas não desfrutam de capacidade aquisitiva. Com efeito, não podem adquirir bens, figurando, por exemplo, como beneficiários de um contrato de doação ou então em testamento, porquanto não gozam de personalidade jurídica, inviabilizando-se, destarte, o registro do imóvel alienado. Abre-se uma exceção ao condomínio

edifício, pois o § 3.º do art. 63 da Lei 4.591/1964 permite-lhe a adjudicação da unidade do adquirente remisso. O aludido dispositivo legal só permite essa adjudicação na fase de construção, atribuindo direito de preferência ao condomínio nas vinte e quatro horas seguintes à realização da segunda praça. No Estado de São Paulo, contudo, o magistrado Venício Antonio de Paula Salles, titular da I.a Vara de Registros Públicos da Capital, conferiu ao condomínio o poder de adjudicação ou arrematação de bem imóvel em execução movida em face de condômino por não pagamento da taxa condominial, mesmo após o término da construção. Acrescente-se ainda que o espólio pode alienar bens com autorização judicial, por força do art. 992, I, do CPC. Igualmente, a massa falida. Não podem, porém, figurar como adquirentes de bens, pois, como frisado, não desfrutam de personalidade jurídica.

- b) órgãos públicos: são os componentes de uma pessoa política, isto é, da União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal. Exemplos: Câmara dos Vereadores, Assembléia Legislativa, Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Tribunal de Contas, Tribunal de Alçada, Tribunal de Justiça, Ministério Público, Secretarias de Governo etc. Esses entes podem, porém, impetrar mandado de segurança para a defesa de suas atribuições institucionais, por força do art. 5.º, LXIX, da CF. A Mesa do Senado e a Mesa da Câmara dos Deputados ainda podem mover a ação direta de inconstitucionalidade, conforme preceitua o art. 103, 11 e 111, da CF. O Ministério Público, como é sabido, pode propor as ações penais públicas e ações civis para defesa de interesses individuais indisponíveis, difusos ou coletivos. Afora essas exceções, nenhuma outra ação pode ser ajuizada por esses entes. Jamais poderão figurar no pólo passivo de uma relação processual, sob pena de carência de ação, salvo quando se tratar de mandado de segurança ou *habeas data*. Não se pode, por exemplo, mover ação trabalhista contra a Câmara dos Vereadores nem ação de indenização contra o Tribunal de Justiça ou o Ministério Público. Também não se pode vender ou doar bens a esses órgãos, pois, não sendo eles pessoas, inviabiliza-se o registro do bem.

### 1.3.7 Nascituro

A lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2.º do CC). O nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade depende do nascimento com vida. A rigor, o nascituro, à exceção do direito de nascer, não tem direito adquirido, mas apenas expectativas de direitos (*direito in fieri*).

Todavia, o nascituro pode figurar em algumas relações jurídicas, a saber:

- a) a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal (art. 542 do CC);
- b) o testamento pode ser feito em favor de nascituro (art. 1.798 do CC);
- c) o nascituro pode ser reconhecido pelos pais (parágrafo único do art. 1.609 do CC).

Esses três atos mencionados acima só produzirão efeitos se sobrevier o nascimento com vida. Tratando-se de natimorto, opera-se a caducidade desses atos, porquanto elaborados sob condição suspensiva. Não se pode, a propósito, vender bens para o nascituro, porque as hipóteses previstas no Código Civil, relativas a direitos do nascituro são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido. O nascituro é representado pelos pais. Dar-se-á, porém, curador ao nascituro se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo esta o poder familiar (art. 1.779 do CC). Se a mulher é capaz, ela mesma exerce o poder familiar sobre o



nascituro; nesse caso, não há falar-se em nomeação de curador. Se a mulher estiver interdita seu curador será também curador do nascituro, por força do instituto da curatela prorrogada (art. 1.779, parágrafo único, do CC).

Portanto, dá-se curador ao nascituro apenas quando presentes três requisitos:

- a) que o pai faleça estando grávida a mulher;
- b) que esta não tenha o poder familiar;
- c) que ela ainda não esteja interdita.

O interesse em se nomear curador ao nascituro ocorre quando houver expectativa de recebimento de alguma herança, legado ou doação.

A jurisprudência tem reconhecido o direito de alimentos em favor do nascituro, legitimando-o a promover a ação de alimentos.

De fato, se a lei põe a salvo os seus direitos, desde a concepção, nada mais justo do que lhe atribuir o direito de ação. De nada adiantaria essa salvaguarda dos seus interesses se ele não pudesse mover as ações judiciais destinadas à defesa desses direitos.

Por outro lado, o nascituro ainda pode figurar no pólo passivo de uma relação processual. Tal ocorre, por exemplo, na ação anulatória de doação ou testamento feitos em seu favor.

Finalmente, o embrião *in vitro* não é sujeito de direito, mas apenas objeto de direito. Com efeito, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2.º do CC). A expressão concepção deve ser entendida como sendo a fecundação *in utero* ou então a implantação do embrião *in vitro* no útero. À míngua de legislação disciplinando o assunto não há como lhe antecipar a personalidade para o momento da fertilização laboratorial, mesmo porque a sua posterior implantação no útero subordina-se ao puro arbítrio dos pais, que podem perfeitamente revogar a autorização anterior. A implantação no útero, portanto, é um ato sob condição puramente potestativa, que é vedada por lei, no art. 122, segunda parte, do CC, e, por isso, não se lhe pode atribuir qualquer efeito antes da concretização dessa implantação *in utero*. O assunto, porém, não é pacífico. Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, salienta que se os genitores manifestaram a vontade por escrito de ver um ou mais dos embriões fertilizados desenvolverem-se como seres humanos, os seus direitos devem ser preservados desde a fertilização *in vitro*, caso a criança venha a nascer com vida, ainda que já esteja morto um dos pais.

É pacífico, porém, que o embrião *in vitro* ainda não implantado no útero é apenas objeto de direito. Após essa implantação ganha o *status* de nascituro e os seus direitos devem então ser preservados.

Para uns, a preservação desses direitos ocorre a partir da implantação no útero; outros, ao revés, sustentam que essa preservação deve retroagir à data da fertilização laboratorial, na hipótese de os genitores terem manifestado por escrito sua vontade de ver um ou mais embriões fertilizados desenvolverem-se como seres humanos. Essa última solução, a meu ver, gera insegurança jurídica, além de atribuir efeito à condição puramente potestativa, que é repudiada pelo art. 122, última parte, -do CC.

## 1.4 CAPACIDADE

### 1.4.1 Conceito e espécies

Duas são as espécies de capacidade: a de direito e a de fato.

A capacidade de direito ou de gozo é a aptidão para ser titular de direitos e deveres na ordem civil. Trata-se, na verdade, da própria personalidade. Toda pessoa é capaz de direito. Assim, em relação às pessoas, inexistente a incapacidade civil de direito. Pode, porém, ocorrer certas restrições de direitos, sobretudo, com relação aos estrangeiros domiciliados fora do Brasil, mas, de um modo geral, eles podem adquirir a maioria dos direitos e deveres, desfrutando, portanto, dessa capacidade.

A capacidade de fato ou de exercício, como ensina Clóvis Beviláqua, é a aptidão de alguém para exercer por si os atos da vida civil. E, pois, a aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil, independentemente de assistência ou representação. A capacidade de fato é presumida; não necessita ser demonstrada. Todavia, algumas pessoas são consideradas absolutamente incapazes e outras relativamente incapazes, como logo veremos.

A incapacidade de fato, porém, não restringe a personalidade. Em regra, o incapaz pode praticar todos os atos e negócios jurídicos que a pessoa capaz, desde que assistido ou representado pelo representante legal. Como salienta Fábio Ulhoa Coelho, apenas por expressa disposição da lei excepcional pode-se negar ao incapaz a prática de ato ou negócio jurídico praticável pelo capaz. Não havendo disposição expressa proibitiva, o incapaz, como pessoa que é, está autorizado a praticar todo e qualquer ato ou negócio jurídico, desde que assistido ou representado pelo representante legal.

### 1.4.2 Incapacidade absoluta e incapacidade relativa

As pessoas absolutamente incapazes não podem praticar pessoalmente os atos da vida civil, sob pena de nulidade absoluta (art. 166, I, do CC). Devem ser representadas nos atos ou negócios jurídicos pelos respectivos representantes legais (pais, tutor e curador). O representante realiza o ato ou negócio jurídico, sem que haja qualquer participação do incapaz.

Dispõe o art. 3.º do CC que são absolutamente incapazes:

I - os menores de 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.

Por outro lado, as pessoas relativamente incapazes podem praticar pessoalmente os atos da vida civil, desde que assistidas pelos representantes legais (pais, tutor ou curador). O ato praticado sem essa assistência não é nulo, mas apenas anulável (art. 171, I, do CC). Ressalte-se, porém, a existência de alguns atos praticáveis validamente sem a assistência.

Com efeito, a partir dos dezesseis anos já é possível, sem assistência, fazer testamento, aceitar mandato, votar e casar. Saliente-se que, para o casamento, não é necessária a assistência, mas sim a autorização do representante legal.

Dispõe o art. 4.º do CC que são relativamente incapazes:

(...)

I - os maiores de dezesseis e menores de 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.

Por outro lado, cumpre consignar que não corre prescrição contra os absolutamente incapazes, conforme preceitua o art. 198, I, do CC, sendo certo que ainda podem recobrar dívida de jogo, cujo pagamento tenha sido por eles efetuado (art. 814 do CC). Essas duas vantagens, porém, não são aplicáveis aos relativamente incapazes, que não poderão recobrar as dívidas de jogo, submetendo-se ainda à prescrição.

Finalmente, na proteção ao incapaz não se compreende o benefício de restituição ou *restitutio in integrum*, que possibilitava a anulação dos atos válidos praticados pelo representante legal, em nome do incapaz, toda vez que esse último sofresse algum prejuízo. Não obstante o silêncio do Código de 2002, o benefício de restituição deve ser rejeitado, pois fere o princípio da segurança das relações jurídicas.

É anulável, porém, o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou. É de cento e oitenta dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do ato (art. 119 e seu parágrafo único do CC). Essa possibilidade de anulação nada tem a ver com o benefício de restituição, que invalidava os atos válidos, ao passo que o citado art. 119 do CC pressupõe a má-fé do representante e da parte contrária, o que torna o ato inválido, razão pela qual a lei prevê a sua anulação.

#### **1.4.3 Distinção entre representação e assistência**

Na representação, o incapaz não esboça a sua vontade em relação à decisão pela prática ou não do ato ou negócio jurídico, pois esta é tomada pelo representante legal, ao passo que na assistência o próprio incapaz decide se pratica ou não o ato ou o negócio jurídico, esboçando, portanto, a sua vontade, limitando-se o representante legal a apenas presenciá-lo durante a celebração do ato.

Em suma, na representação, o ato é praticado pelo representante em nome do incapaz. Este último sequer participou do ato. Na assistência, o ato é praticado pelo próprio incapaz, mas na presença do representante legal.

Saliente-se, ainda, que todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, conforme preceitua o art. 654 do CC. A *contrario sensu*, os incapazes devem outorgar a procuração por instrumento público. Interpretando esse dispositivo legal, que corresponde ao art. 1.289 do CC 1916, pacificou-se a jurisprudência de que a procuração do absolutamente incapaz pode ser por instrumento particular, porquanto outorgada por pessoa capaz, qual seja o seu representante legal.

Em contrapartida, tratando-se de relativamente incapaz, a procuração deve ser por instrumento público, pois é outorgada pelo próprio incapaz sob a assistência de seu representante.

Recentemente, a jurisprudência vem amenizando esse entendimento, salientando que a procuração *ad judicium* do relativamente incapaz também pode ser outorgada por instrumento particular, com base no art. 38 do CPC, exigindo-se o instrumento público apenas para a procuração *ad negocia*.

#### **1.4.4 Distinção entre representação e substituição processual**

O substituto processual é aquele que defende em nome próprio um interesse alheio. Tal ocorre, por exemplo, quando o cidadão ajuíza a ação popular ou então quando o Ministério Público promove as ações civis públicas.

O representante legal, ao revés, não age em nome próprio, mas sim em nome da própria pessoa, cujo interesse defende.

#### **1.4.5 Distinção entre incapacidade e falta de legitimação**

A legitimação é a posição favorável da pessoa em relação a certos bens ou interesses, habilitando-a, destarte, à prática dos atos ou negócios jurídicos.

Excepcionalmente, porém, a lei nega essa legitimação, vedando a prática de certos atos. Fala-se, então, em falta de legitimação, que é o impedimento para a prática de determinados atos ou negócios jurídicos, uma espécie de incapacidade *ad hoc*. Tal ocorre, por exemplo, quando a lei proíbe o tutor de adquirir bens do pupilo (art. 497, I, do CC), outrossim, obsta a concubina do testador casado de ser nomeada herdeira ou legatária (salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos - art. 1.801, do CC).

Anote-se que a falta de legitimação é o impedimento específico para certos atos ou negócios jurídicos, ao passo que a incapacidade é genérica, estendendo-se a praticamente todos os atos ou negócios jurídicos.

A falta de legitimação é imposta por lei, em alguns casos, atendendo-se à posição especial em relação a certos bens, certas pessoas ou certos interesses; a incapacidade, ao revés, é fixada pela lei, tendo em vista as deficiências da consciência ou vontade.

#### **1.4.6 Distinção entre assistência e autorização**

A autorização é a permissão dada por um terceiro para que o ato ou negócio jurídico possa ser realizado. Tal ocorre, por exemplo, quando o cônjuge deseja alienar bem imóvel. Ainda que este seja de sua exclusiva propriedade, exige-se a autorização do outro consorte, exceto no regime de separação absoluta (art. 1.647, I, do CC). Igualmente, na venda de ascendente para descendente é necessária a autorização dos outros descendentes (art. 496 do CC). Acrescente-se ainda que o menor, a partir dos 16 anos, pode se casar, mediante autorização do representante legal.

Cumpra observar que a autorização é exigida antes da prática do ato, podendo a sua falta ser suprida por decisão judicial. A assistência, ao revés, é dada durante o ato, e, se for negada, não poderá ser suprida judicialmente.

Finalmente, a autorização é exigida até para as pessoas capazes, ao passo que a assistência é inerente aos relativamente incapazes.

#### **1.4.7 Rol dos absolutamente incapazes**

São absolutamente incapazes:

- a) menores de 16 anos;
- b) enfermos mentais;
- c) deficientes mentais;
- d) pessoas que não exprimem vontade.

Trata-se de rol taxativo, porquanto a lei excepcional não admite a analogia. A capacidade é uma presunção legal, e, por isso, não há necessidade de ser demonstrada. Em regra, todas as pessoas são capazes, de modo que as exceções só são admitidas quando expressas em lei.

O velho, o falido, o mudo, o surdo-mudo, o cego e o deficiente físico são plenamente capazes.

Com efeito, a velhice não reduz a capacidade civil, a não ser que haja a perda ou redução do discernimento em razão de algum distúrbio psíquico, quando, então, a causa da incapacidade terá sido a alienação mental e não propriamente a idade avançada. Saliente-se, contudo, que os maiores de 60 anos só poderão contrair matrimônio no regime da separação de bens (art. 1.641, 11, do CC).

Em relação ao falido, verifica-se a proibição ao exercício do comércio, porque com a decretação da falência ele perde a administração de seus bens. Anote-se, contudo, que o falido preserva a capacidade civil, perdendo apenas a sua capacidade comercial.

Quanto ao mudo e surdo-mudo, como veremos, desde que exprimam a vontade de um modo satisfatório, são tidos como plenamente capazes. Todavia, não podem fazer outro tipo de testamento, a não ser o testamento cerrado (art. 1.873 do CC).

O cego, por sua vez, também é plenamente capaz. Entretanto, só poderá realizar o testamento público (art. 1.867 do CC).

Acrescente-se, ainda, que os cegos e surdos não podem ser admitidos como testemunhas, quando a ciência do fato que se quer provar depender dos sentidos que lhes faltam (art. 228, III, do CC).

Finalmente, os deficientes físicos também são plenamente capazes. Não obstante, o Código permite que lhes seja nomeado curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios. Essa norma prevista no art. 1.780 do CC, que é salutar, pode compreender os cegos, surdos, mudos, paralíticos e tantos outros. Trata-se de uma curatela especial envolvendo pessoas capazes, restrita apenas aos aspectos patrimoniais.

#### **1.4.7.1 Menores de 16 anos**

Há uma presunção absoluta de que os menores de 16 anos, também denominados impúberes, não ostentam desenvolvimento intelectual e social suficientes para a prática dos atos da vida civil, razão pela qual devem ser representados, sob pena de nulidade absoluta do ato ou negócio. Assim, se esse menor comprar determinado bem, o vendedor não poderá propor ação de cobrança, porque, sendo o ato nulo, nenhum efeito pode produzir, de modo que as partes devem retomar ao *status quo ante*, operando-se a devolução da coisa e do sinal recebido pelo vendedor.

#### **1.4.7.2 Enfermo mental e deficiente mental**

A enfermidade mental é uma doença que acomete a pessoa mentalmente sã, privando-a do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Tal ocorre, por exemplo, com a depressão profunda.

A deficiência mental, por sua vez, consiste na alteração da capacidade psíquica, comprometendo-se o nível de inteligência da pessoa.

Sobre a distinção entre a enfermidade mental e a deficiência mental, convém destacar três aspectos.

Primeiro, a enfermidade mental é uma doença psíquica que se desenvolve em pessoa mentalmente sã; a deficiência mental pode ser congênita ou então atingir abruptamente a pessoa sã, como, por exemplo, o traumatismo craniano.

Segundo, a enfermidade mental normalmente é transitória; a deficiência mental, ao revés, normalmente é permanente.

Terceiro, o enfermo mental só pode ser interditado como sendo absolutamente incapaz, quando não tiver o necessário discernimento para prática dos atos da vida civil, mantendo-se, destarte, a capacidade plena quando esse discernimento estiver apenas reduzido, ao passo que o deficiente mental pode ser interditado como sendo absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, conforme o seu discernimento esteja suprimido ou reduzido.

Vale a pena observar, também, que discernimento encontra-se preservado, é pois, vedada a sua interdição.

O deficiente mental, cujo tido como capaz, sendo,

#### **1.4.7.3 Pessoas que não exprimem a vontade**

A pessoa que não pode exprimir a vontade, ainda que por causa transitória, é tida como absolutamente incapaz. Exemplo: pessoa em coma.

O art. 1.767, II, do CC, porém, só admite a interdição da pessoa que, por causa duradoura, não puder exprimir a sua vontade. Se a causa for transitória, não obstante a incapacidade absoluta, prevista no art. 3.º, IU, do CC, o Código é silente sobre a possibilidade da interdição, aliás, implicitamente acaba vedando-a à medida em que só a admite para as causas duradouras. Se houver necessidade, cremos que o juiz poderá nomear um curador quando a causa de incapacidade for transitória, aplicando-se o art. 1.789 do CC. Esse curador poderá ser nomeado para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.

No tocante ao surdo-mudo, o assunto é polêmico. Para Miguel Reale, os surdos-mudos são considerados como relativamente incapazes, enquadrando-se como excepcionais, sem desenvolvimento completo, previsto no art. 4.º, III do CC. Renan Lotufo, por sua vez, salienta que os surdos-mudos que não puderem expressar sua vontade devem ser considerados como absolutamente incapazes, com fulcro no inciso III deste art. 3.º.

A nosso ver, o surdo-mudo que não externa a sua vontade deve ser tido como absolutamente incapaz, enquadrando-se no art. 3.º, III, do CC, podendo ser interditado, porque a causa do surdo-mudo, qual seja a lesão aos centros nervosos, é permanente, e não apenas transitória. Se, todavia, a sua incapacidade for apenas parcial, deve ser interditado como relativamente incapaz, enquadrando-se entre os excepcionais, sem desenvolvimento completo, previsto no art. 4.º, III, do CC.

Saliente-se, ainda, que se puder exprimir seu pensamento com discernimento não será incapaz. Portanto, o surdo-mudo pode ser:

a) absolutamente incapaz (art. 3.º, III, do CC); b) relativamente incapaz (art. 4.º, IV, do CC); c) plenamente capaz.

Essa solução também deve ser aplicada para os afônicos.

### **1.4.8 Rol dos relativamente incapazes**

São relativamente incapazes:

a) os maiores de 16 anos e os menores de 18 anos; b) ébrios habituais; c) viciados em tóxicos; d) deficientes mentais; e) excepcionais; f) pródigos.

#### **1.4.8.1 Maiores de 16 anos e menores de 18 anos**

O menor, entre 16 e 18 anos, sob o prisma jurídico, é denominado púbere. Equiparam-se aos maiores quando dolosamente ocultam a idade, ao serem inquiridos pela outra parte, ou se, no ato de obrigarem-se, declararam-se maiores (art. 180 do CC). Nesse caso, o contrato deve ser cumprido, ainda que celebrado sem a assistência do representante legal, por força do citado art. 180 do CC, inspirado no princípio de que não se pode alegar a própria torpeza.

Vimos, por outro lado, que certos atos esse menor pode praticar sem assistência:

a) servir de testemunha, inclusive em testamentos (art. 228 do CC); b) testar (art. 1.627 do CC);

c) ser mandatário (art. 666 do CC); d) votar.

Finalmente, no dia do aniversário de 16 anos, esse menor já é relativamente incapaz, pois o art' 3.º, I, do CC considera absolutamente incapaz os menores de 16 anos. É certo, pois, que o art. 4.º, I, do CC ao referir-se aos relativamente incapazes fez menção aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos. Todavia, o art. 180 do CC, que também cuida dos menores púberes, utiliza a expressão "menor entre dezesseis e dezoito anos".

A rigor, no dia do aniversário, o adolescente não é menor nem maior de 16 anos, pois, nessa data, tem exatamente essa idade, e só será maior de 16 anos a partir do dia seguinte. A interpretação sistemática, porém inspirada no art. 180 do CC, permite a adoção da exegese que o considera relativamente incapaz desde a data de seu aniversário de 16 anos.

#### **1.4.8.2 Ébrios habituais e viciados em tóxicos**

Os ébrios habituais são os alcoólatras. Urge, para que se proceda a interdição, a presença de dois requisitos:

a) embriaguez habitual, isto é, quase que diária;

b) perturbação do discernimento. Se o agente bebe diariamente, mas de forma moderada, exprimindo satisfatoriamente o seu pensamento, é porque não é incapaz; nesse caso, não poderá ser interdito.

No tocante aos viciados em tóxicos, a lei não exige a habitualidade, isto é, o uso quase que diário, admitindo a interdição, ainda que o consumo seja intervalado, como, por exemplo, uma vez por semana ou de quinze em quinze dias. É mister, porém, a presença de dois requisitos:

a) o vício, isto é, o uso reiterado de substância entorpecente. Esse uso, como vimos, não precisa ser diário. É crucial, porém, o diagnóstico sobre a existência do vício, caracterizada pela situação de dependência da droga;

b) perturbação do discernimento. O uso moderado de tóxico, conquanto criminoso, não implica em incapacidade da pessoa, tendo em vista a preservação do discernimento.

Os ébrios habituais e os viciados em tóxicos são considerados relativamente incapazes pelo Código de 2002. Todavia, a legislação especial, os qualifica como absolutamente ou relativamente incapazes, conforme a gravidade do estado mental ou de intoxicação (Decreto-lei 891/1938). Cremos que essas duas espécies de incapacidade ainda prevalecem, porque a lei geral não revoga a especial. O assunto, porém, não é pacífico. Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, sustenta que o vício é sempre causa de incapacidade relativa, qualquer que seja a situação do viciado. A rigor, não há lugar para polêmica, pois, caso o ébrio habitual ou toxicômano não possam exprimir a vontade, devem ser considerados absolutamente incapazes, por força do art. 3.º, III, do CC, de modo que nem há necessidade de se valer da legislação especial (Decreto-lei 891/1938).

Finalmente, o juiz, atento ao grau de lucidez do interditando, pode amenizar os efeitos da interdição, restringindo-a aos atos de maior relevo, à semelhança do que por força de lei já ocorre, automaticamente, em relação ao pródigo (art. 1.772 do CC).

#### **1.4.8.3 Deficientes mentais e excepcionais**

Os deficientes mentais e os excepcionais apresentam um quociente de inteligência abaixo de 70.

O deficiente mental, como vimos, pode ser absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, conforme o seu discernimento seja suprimido ou reduzido.

Quanto ao excepcional sem desenvolvimento completo, a lei o enquadrou apenas como relativamente incapaz. Fábio Ulhoa Coelho salienta que não há distinção entre o excepcional sem desenvolvimento completo e o deficiente mental com redução de discernimento, sobretudo, porque o conceito de "excepcional" tem emprego na pedagogia, e não na medicina, destinando-se a identificar os alunos com demandas especiais de aprendizados, inclusive em função de portarem deficiência mental leve.

Na verdade, a expressão "excepcionais sem desenvolvimento completo" acaba realmente abarcando a parcela dos deficientes mentais passíveis de um adestramento para a execução de tarefas simples ou então de uma educação lenta e singela, onde possam aprender os rudimentos da leitura e das operações matemáticas, outrossim, os surdos-mudos e afônicos, parcialmente incapazes, pois, embora não apresentem deficiência mental, acabam também se aproximando dos alienados mentais, carecendo, portanto, de uma educação especializada.

O legislador preferiu pecar pelo excesso, utilizando as duas expressões, quais sejam deficientes mentais e excepcionais, para deixar bem claro a existência de excepcionais que não apresentam anomalias mentais, como é o caso do surdo-mudo.

#### **1.4.8.4 Pródigo**

Pródigo é o indivíduo que dilapida o seu patrimônio, de forma imoderada e habitual, pondo em risco o próprio sustento e de seus familiares.

O reconhecimento da prodigalidade depende dos seguintes requisitos:

- a) gastos habituais excessivos, isto é, imoderados, desordenados, desenfreados;
- b) risco ao próprio sustento ou de sua família.

Os gastos excessivos, ainda que habituais, por si só, não revelam a prodigalidade. Urge, para tanto, o surgimento do risco de dilapidação do patrimônio.



Quanto ao viciado em jogo, paira controvérsia sobre o seu estado de prodigalidade. A jurisprudência oscila num e noutro sentido. Falta-lhe, a nosso ver, a generosidade, que é uma das características peculiares ao pródigo.

O pródigo é considerado relativamente incapaz (art. 4.º, IV, do CC). Pródigos são pessoas que, movidas por compulsão, dilapidam habitualmente seus bens, colocando em risco o próprio sustento e de sua família. A interdição do pródigo restringe-se aos atos patrimoniais. Com efeito, necessitará de curador apenas para assisti-lo em empréstimos, transações, quitações, alienações, hipotecas; enfim, para praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração (art. 1.782 do CC). Quanto aos atos pessoais, isto é, não patrimoniais, por exemplo, o casamento, o pródigo é plenamente capaz, prescindindo-se da assistência do curador, salvo quanto à escolha do regime de bens, cujo conteúdo é patrimonial, sendo, pois, essencial a assistência.

Finalmente, no Código de 1916, a interdição do pródigo só era possível quando houvesse cônjuge, ascendente ou descendente que pudessem promovê-la. Não mais existindo esses parentes, a interdição era cancelada. Portanto, o pródigo, a rigor, não era protegido, pois o legislador preocupava-se apenas com os seus familiares. No Código de 2002, o pródigo pode ser interditado, ainda que não tenha cônjuge, ascendente ou descendente.

Com efeito, a interdição pode ser movida por qualquer parente, e, subsidiariamente, pelo Ministério Público (art. 1.769 do CC), colocando-se, portanto, o pródigo no mesmo nível de proteção dos demais incapazes.

#### **1.4.9 Índios**

A capacidade do índio, conforme preceitua o parágrafo único do art. 4.º do CC, é regida por lei especial.

O assunto encontra-se regulamentado pela Lei 6.001/1973, também denominada Estatuto do Índio.

O índio não integrado à civilização apresenta uma incapacidade *sui generis*, pois, de um lado, assemelha-se aos relativamente incapazes à medida em que é assistido pela Funai na prática dos atos ou negócios jurídicos, mas, de outro lado, aproxima-se dos absolutamente incapazes, porquanto sem a aludida assistência os atos ou negócios jurídicos serão nulos e não apenas anuláveis (art. 8.º da Lei 6.001/1973). Observe-se, contudo, que os atos praticados pelos absolutamente incapazes são sempre nulos, independentemente de prejuízo, ao passo que os atos praticados pelo índio sem a assistência da Funai só serão nulos se lhes for prejudicial, caso contrário reputam-se válidos (art. 8.º, parágrafo único, da Lei 6.001/1973).

Saliente-se, ainda, que o art. 7.º, da Lei 6.001/1973 preceitua que os índios, enquanto não integrados, não estão obrigados a inscrição do nascimento. Esta poderá ser feita em livro próprio da Funai (arts. 12 e 13 da lei).

Finalmente, o Código de 2002 substituiu o termo "silvícolas" por "índios". A alteração foi salutar, porque silvícola é o habitante da selva, ao passo que o índio encontra-se protegido ainda que a comunidade indígena se localize nos centros urbanos.

#### **1.4.10 Aquisição da capacidade plena**

##### **1.4.10.1 Formas de aquisição**

A pessoa adquire a capacidade plena pelas seguintes formas:

O Estatuto do Índio não faz essa distinção. Art. 3.º. Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas: I - Índio ou Silvícola: É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

- a) maioridade civil; b) levantamento da interdição; c) integração do índio;
- d) emancipação.

#### **1.4.10.1.1 A maioridade civil**

A menoridade cessa aos 18 anos completos, quando a pessoa fica habilitada para a prática de todos os atos da vida civil (art. 5.º do CC). Assim, a pessoa se torna maior e capaz no primeiro momento do dia do aniversário de 18 anos. Se ela nasceu num ano bissexto, a 29 de fevereiro, a maioridade será alcançada no 18.º ano, mas a 1.º de março.

Ressalte-se que a maioridade civil foi reduzida para 18 anos, pois no Código de 1916 essa maioridade só era atingida aos 21 anos. O principal argumento para essa redução é o fato de a capacidade penal e eleitoral iniciar aos 18 anos. O legislador buscou, portanto, a uniformidade.

Por outro lado, como sustenta Washington de Barros Monteiro, se ignorada a data do nascimento, exigir-se-á exame médico, porém, na dúvida, pender-se-á pela capacidade.

Finalmente, cumpre observar que, em regra, a maioridade civil implica na capacidade civil da pessoa. Todavia, nas hipóteses dos arts. 3.º e 4.º do CC, não obstante a maioridade civil, persiste a incapacidade. Em contrapartida, em regra, a menoridade implica na incapacidade civil da pessoa, salvo quando esta estiver emancipada.

#### **1.4.10.1.2 Levantamento da interdição**

O art. 1.767 do CC elenca as pessoas sujeitas à interdição, a saber:

a) aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; b) aqueles que, por causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; c) os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; d) os excepcionais, sem o completo desenvolvimento mental; e) os pródigos.

A sentença de interdição é passível de apelação sem efeito suspensivo, produzindo, desde logo, os seus efeitos, embora sujeita a recurso (art. 1.773 do CC).

Aludida sentença será inscrita no Registro Civil das Pessoas Naturais e averbada no registro de nascimento do interditando. Além disso, será publicada na imprensa local e oficial por três vezes, constando no edital o nome do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela (arts. 1.184 do CPC e 92 da Lei 6.015/1973).

A sentença de interdição é meramente declaratória, podendo seus efeitos retroagir à data do início da incapacidade. Não é a sentença que gera a incapacidade, sendo, portanto, incoerente o ponto de vista dos que a consideram constitutiva.

Saliente-se, porém, que, no procedimento de interdição, não há qualquer discussão acerca da nulidade dos atos praticados pelo incapaz. Esses não se desfazem automaticamente, isto é, com a mera decretação da interdição. Urge que se mova a ação

de nulidade ou anulação dos atos e negócios jurídicos, propiciando a ampla defesa à parte contratante, que, por sinal, sequer participa do procedimento de interdição.

Não obstante a regra seja a invalidade dos atos anteriores à sentença, o juiz pode preservá-los quando a outra parte contratante demonstrar a boa-fé e o erro escusável acerca do estado mental do interditando. Entretanto, como adverte Silvio Rodrigues, se a alienação mental era notória, se o outro contratante dela tinha conhecimento, ou se podia, com diligência ordinária, apurar a deficiência da outra parte, então o negócio é suscetível de anulação, pois a idéia de proteção à boa-fé não mais se manifestará.

Acrescente-se, ainda, que, antes da interdição, a capacidade era presumida, competindo ao autor da ação trazer as provas do estado de loucura do contratante, ao tempo da celebração do ato.

Finalmente, a nulidade ou anulação dos negócios praticados pelo incapaz pode ser pleiteada ainda que não tenha sido decretada a interdição. Tal ocorre, por exemplo, quando o interditando já faleceu ou então se convalidou da enfermidade.

O levantamento de interdição consiste no cancelamento dos efeitos da sentença, em razão da cessação da causa que a determinou.

O pedido de levantamento poderá ser feito pelo interditando e será apensado aos autos da interdição. O juiz nomeará perito para proceder ao exame de sanidade no interditando e após a apresentação do laudo designará audiência de instrução e julgamento.

A sentença de levantamento da interdição será publicada na imprensa local e oficial, por três vezes, e averbada no Registro Civil das Pessoas Naturais.

O levantamento de interdição é uma das formas de aquisição ou reaquisição da capacidade plena.

#### **1.4.10.1.3 Integração do índio**

O índio integrado à civilização brasileira é plenamente capaz. Nesse caso, poderá requerer a sua emancipação, mediante requerimento dirigido ao Juiz Federal, desde que preencha os seguintes requisitos (art. 9.º da Lei 6.001/1973):

- a) idade mínima de 21 anos;
- b) conhecimento da língua portuguesa;
- c) habilitação para o exercício de atividade útil, na comunidade nacional;
- d) razoável conhecimento de usos e costumes da comunhão nacional.

Presentes esses requisitos, o juiz prolatará a sentença de emancipação.

Há ainda outras duas formas de emancipação do índio, a saber:

a) reconhecimento pela própria Funai, homologado judicialmente (art. 10 da Lei 6.001/1973);"

b) decreto do Presidente da República de emancipação coletiva, após requerimento da maioria dos membros da comunidade indígena e comprovação, pela Funai, da plena integração à civilização (art. 11 da Lei 6.001/1973).

#### **1.4.10.1.4 Emancipação**

Emancipação é o instituto jurídico que atribui capacidade plena aos menores de 18 anos. É, pois, a antecipação da capacidade civil.

Apresenta as seguintes características:

a) irrevogabilidade: a emancipação válida não pode ser revogada pelos pais nem pelo menor. Tratando-se, porém, de emancipação inválida, toma-se plenamente possível a sua anulação por sentença judicial. Note-se que enquanto a revogação é o desfazimento de ato válido, a anulação é o cancelamento de ato inválido, isto é, fruto de erro, dolo ou coação.

b) perpetuidade: a emancipação é sempre definitiva. Com o casamento, por exemplo, o menor se emancipa. Se, porém, no dia seguinte, sobrevier a viuvez, ainda assim persistirá a emancipação.

c) pura e simples: a emancipação é um ato puro e simples, porquanto não admite termo ou condição. Convém ainda não confundir a capacidade civil com a maioridade civil.

Conquanto a emancipação atribua capacidade plena aos menores de 18 anos, o certo é que eles ainda continuam menores.

Assim, a emancipação os habilita para os atos da vida civil, cuja prática dependa tão-somente da capacidade. Todavia, para alguns atos, a lei exige idade mínima, de modo que para praticá-los não basta a emancipação, urge ainda que ostentem certa idade. Portanto, o menor emancipado não poderá tirar carteira de motorista; não terá responsabilidade penal; não poderá assistir filme proibido para menor de 18 anos; não poderá ir ao motel etc. Com efeito, a emancipação confere apenas capacidade civil ao menor, com o objetivo de beneficiá-lo; todavia, ele continua adstrito às restrições inerentes à idade, em função da sua personalidade ainda em formação, porquanto o intuito dessas limitações é protegê-lo.

Finalmente, no tocante à forma, a emancipação pode ser voluntária, judicial e legal.

#### **1.4.10.1.4.1 Emancipação voluntária**

A emancipação voluntária é a concedida pelos pais, mediante escritura pública, que deve ser inscrita no Registro Civil competente. Essa inscrição, que é essencial para a emancipação surtir efeitos perante terceiros, independe de homologação judicial.

A emancipação é outorgada pelos pais em conjunto, sendo ainda necessário que o menor tenha 16 anos completos. Antes dessa idade, é vedada a emancipação voluntária.

Nada obsta a concessão da emancipação voluntária por apenas um dos pais, na hipótese de o outro já ter falecido ou se encontrar interdito, outrossim, quando houver decaído do poder familiar.

Por outro lado, se um dos genitores se encontrar em lugar incerto e não sabido, o outro, para poder emancipar voluntariamente o filho, deverá requerer a autorização judicial. Nesse caso, o juiz não prola uma sentença de emancipação, e sim uma decisão autorizando a emancipação por um único progenitor.

Finalmente, a emancipação deve ser para beneficiar o menor. Assim, a emancipação concedida pelos pais pode ser anulada se ficar provado que o ato foi praticado para libertarem-se do dever de prestarem pensão alimentícia.

#### **1.4.10.1.4.2 Emancipação judicial**

A emancipação judicial é a concedida por sentença judicial, ouvindo-se o Ministério Público. Aludida sentença, para surtir efeitos perante terceiros, deve ser inscrita no Registro Civil competente (art. 9.º, II, do CC).

A emancipação judicial só é possível se o menor tiver 16 anos completos (art. 5.º, parágrafo único, do CC). Washington de Barros Monteiro esclarece que o fato de ser analfabeto o emancipado não traduz carecer ele de discernimento para reger a sua pessoa. Certificando-se o juiz de que o mesmo tem condições de desenvolvimento mental e suficiente experiência para a si próprio dirigir, sem assistência de tutor, deve emancipá-lo.

São duas as hipóteses de emancipação judicial:

a) menor sob tutela: o tutor não pode emancipar voluntariamente o pupilo, por meio de escritura pública, pois a lei exige, nesse caso, sentença judicial;

b) divergência entre os pais: se o pai quer emancipar o filho e a mãe se opõe, ou vice-versa, urge que o conflito seja dirimido por sentença judicial. Nesse caso, o processo de emancipação será contencioso, ao passo que, na hipótese anterior, o procedimento é de jurisdição voluntária.

A emancipação deve ser denegada:

a) se não objetivar o benefício do menor;

b) se o mesmo não tiver o necessário discernimento para reger a sua pessoa e os seus bens;

c) se visar apenas a liberação de bens clausulados até a maioridade.

Finalmente, cumpre salientar que a emancipação é direito potestativo dos pais ou tutor e, por isso, o menor não tem o direito de pedir ou exigir a sua emancipação.

#### **1.4.10.1.4.3 Emancipação legal**

A emancipação legal é a que se opera automaticamente, independentemente de ato dos pais, tutor ou sentença judicial.

Verificando-se uma das hipóteses previstas em lei, a emancipação se impõe *ex vi legis*, sem que seja necessária qualquer outra formalidade (art. 5.º, parágrafo único, do CC). Como veremos, em algumas dessas hipóteses, toma-se possível a emancipação antes dos 16 anos.

A primeira hipótese de emancipação legal é o casamento. A idade núbil ocorre a partir dos 16 anos completos; a partir de então é possível o casamento com a autorização dos pais ou tutor. Antes da idade núbil, o matrimônio só é possível, mediante ordem judicial, em dois casos:

a) para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal, nos crimes sexuais;

b) em caso de gravidez (art. 1.520 do CC). Se, porventura, o casamento vier a ser anulado ou declarado nulo, por sentença judicial, entendem uns que não há retomo ao estado anterior de incapacidade, pois seria um contra-senso o próprio cônjuge pleitear a anulação, já que é capaz, para depois se tornar incapaz com a procedência de ação. Em defesa desse ponto de vista, afirma Renan Lotufo, "há que se reconhecer que quem já se aventurou, ou desventurou num casamento não carece do mínimo de experiência para a vida em sociedade, razão pela qual não aceitamos o retomo à incapacidade". Discordamos dessa exegese, porque a nulidade ou anulação implica no desfazimento do casamento; a destruição do efeito principal impede a manutenção do efeito secundário.

Ademais, o art. 1.561 do CC só prevê a subsistência dos efeitos secundários do casamento nulo ou anulável quando houver putatividade.

Com efeito, casamento putativo é o nulo ou anulável, mas que produz efeitos válidos em homenagem à boa-fé de um ou ambos os cônjuges. Assim, o cônjuge menor, se estava de boa-fé, continua emancipado; se estava de má-fé, cessa a emancipação. O art. 1.561 do CC dispõe que os efeitos da putatividade perduram até o dia da sentença anulatória. Mas, a nosso ver, alguns efeitos permanecem após a sentença, tais como:

a) o direito de usar o nome; b) a emancipação; c) a pensão alimentícia.

Entendimento diverso esvaziaria a importância da putatividade.

A segunda causa de emancipação legal é o exercício de emprego público efetivo. Observe-se que a simples posse ou nomeação ainda não produzem a emancipação, pois lei fala em exercício, exigindo-se, destarte, o início das atividades.

A expressão emprego público deve ser interpretada como sendo função pública, isto é, a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração Pública confere a cada categoria profissional ou individualmente a determinados servidores.

É mister ainda que a função pública seja exercida em caráter efetivo, isto é, definitivo, mas não se exige a estabilidade, operando-se, destarte, a emancipação desde o início do exercício do estágio probatório.

Acrescente-se, outrossim, que o acesso a funções efetivas depende de concurso público.

A função pública pode ser federal, estadual ou municipal. Os funcionários de autarquias e entidades paraestatais exercem funções efetivas, razão pela qual, a nosso ver, serão atingidos pela emancipação, mesmo porque a maturidade intelectual foi revelada na aprovação no concurso público.

O tema, porém, não é pacífico. Washington de Barros Monteiro, por exemplo, nega a existência de emancipação, asseverando que é preciso lei especial para que as autarquias e entidades paraestatais obtenham qualquer dos atributos outorgados à pessoa jurídica de direito público.

A terceira causa de emancipação legal é a colação de grau em curso de ensino superior. Não podem ser considerados superiores o curso de professor normalista nem os cursos técnicos. É preciso colação de grau em faculdade, tornando-se raríssima essa forma de emancipação.

A quarta causa é o estabelecimento civil ou comercial com economia própria. A emancipação, nesse caso, depende de dois requisitos: a) idade mínima de 16 anos; b) a obtenção de economia própria, consistente na aferição de rendimentos oriundos do próprio negócio suficientes para a auto-subsistência. Anote-se que, não obstante a emancipação, o menor não poderá falir nem registrar-se como empresário na Junta Comercial, porque esses dois atos exigem idade mínima de 18 anos (art. 972 do CC).

Finalmente, a última causa de emancipação legal é a existência de relação de emprego. Nesse caso, a emancipação também depende de dois requisitos:

a) idade mínima de 16 anos;

b) obtenção de economia própria, isto é, rendimentos suficientes para a auto-subsistência. Não é necessário carteira assinada, isto é, o emprego formal, pois contenta-se a lei com a relação de emprego, consistente na prestação de serviço pessoal, de

natureza não-eventual, mediante subordinação e remuneração. Anote-se, porém, que até os 16 anos é vedado o trabalho fora do lar (art. 403 da CLT), salvo na condição de aprendiz, desde que o menor já tenha atingido 14 anos (art. 7.º, XXXIII, da CF). Quanto ao trabalho noturno é vedado até os 18 anos (art. 404 da CLT).

## **1.5 DIREITOS DA PERSONALIDADE**

### **1.5.1 Conceito**

Direitos da personalidade são os atributos inerentes à própria condição humana.

Como salienta Renan Lotufo, os direitos da personalidade são o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se dignamente.

Trata-se, a rigor, do patrimônio mínimo da pessoa, porque não há quem não os titularize.

### **1.5.2 Classificação**

Os direitos da personalidade, de acordo com Limongi França, podem ser classificados da seguinte forma:

I - direito à integridade física: 1) direito à vida e aos alimentos; 2) direito sobre o próprio corpo, vivo; 3) direito sobre o próprio corpo, morto; 4) direito sobre o corpo alheio, vivo; 5) direito sobre o corpo alheio, morto; 6) direito sobre as partes separadas do corpo, vivo; 7) direito sobre partes separadas do corpo, morto.

II - direito à integridade intelectual: 1) direito à liberdade de pensamento; 2) direito pessoal do autor científico; 3) direito pessoal do autor artístico; 4) direito pessoal do inventor.

III - direito à integridade moral: 1) direito à liberdade civil, política e religiosa; 2) direito à honra; 3) direito à honorificência; 4) direito ao recato; 5) direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; 6) direito à imagem; 7) direito à identidade pessoal, familiar e social.

Do ponto de vista do direito público, alguns desses direitos integram as chamadas liberdades públicas clássicas, pois protegem o homem como pessoa humana, limitando o arbítrio do Estado.

Todavia, os direitos da personalidade, classificados acima, também devem ser analisados sob a ótica do direito privado, razão pela qual merece aplausos o Código de 2002, que disciplinou o assunto, estipulando certas proibições e garantindo o ressarcimento dos danos causados.

### **1.5.3. Características dos direitos da personalidade**

Dispõe o art. 11 do Código Civil que, com exceção dos casos previstos em lei, *"os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária"*.

Na realidade são, também, absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inextinguíveis e vitalícios. Vejamos:

a) *Intransmissibilidade e irrenunciabilidade* - Essas características, mencionadas expressamente no dispositivo legal supratranscrito, acarretam a *indisponibilidade* dos direitos da personalidade. Não podem os seus titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-os, pois nascem e se extinguem com

eles, dos quais são inseparáveis. Evidentemente, ninguém pode desfrutar em nome de outrem bens como a vida, a honra, a liberdade etc.

Alguns atributos da personalidade, contudo, admitem a cessão de seu uso, como a imagem, que pode ser explorada comercialmente, mediante retribuição pecuniária. Os direitos autorais e o relativo à imagem, com efeito, "por interesse negocial e da expansão tecnológica, entram na circulação jurídica e experimentam temperamentos, sem perder seus caracteres intrínsecos. É o que se apura na adaptação de obra para novela ou no uso da imagem para a promoção de empresas" 11.

Pode-se autorizar, contratualmente, não só a edição de obra literária, como também a inserção, em produtos, de marcas, desenhos ou qualquer outra criação intelectual. Permite-se, também, a cessão gratuita de órgãos do corpo humano, para fins altruísticos e terapêuticos.

Pode-se concluir, pois, que a indisponibilidade dos direitos da personalidade não é absoluta, mas relativa.

Por outro lado, malgrado os direitos da personalidade, em si, sejam personalíssimos (direito à honra, à imagem etc.) e, portanto, intransmissíveis, a pretensão ou direito de exigir a sua reparação pecuniária, em caso de ofensa, transmite-se aos sucessores, nos termos do art. 943 do Código Civil. Nessa linha, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, percuientemente:

"O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima".

b) *Absolutismo* - O caráter absoluto dos direitos da personalidade é conseqüência de sua oponibilidade *erga omnes*. São tão relevantes e necessários que impõem a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, têm caráter *geral*, porque inerentes a toda pessoa humana.

c) *Não-limitação* - É ilimitado o número de direitos da personalidade, malgrado o Código Civil, nos arts. 11 a 21, tenha se referido expressamente apenas a alguns. Reputa-se tal rol meramente exemplificativo, pois não esgota o seu elenco, visto ser impossível imaginar-se um *numerus clausus* nesse campo.

Não se limitam eles aos que foram expressamente mencionados e disciplinados no novo diploma, podendo ser apontados ainda, exemplificativamente, o direito a alimentos, ao planejamento familiar, ao leite materno, ao meio ambiente ecológico, à velhice digna, ao culto religioso, à liberdade de pensamento, ao segredo profissional, à identidade pessoal etc..

O progresso econômico-social e científico poderá dar origem também, no futuro, a outras hipóteses, a serem tipificadas em norma. Na atualidade, devido aos avanços científicos e tecnológicos (Internet, clonagem, imagem virtual, monitoramento por satélite, acesso imediato a notícias e manipulação da imagem e voz por computador), a personalidade passa a sofrer novas ameaças que precisarão ser enfrentadas, com regulamentação da sua proteção. O direito de personalidade vai, pois, além das prerrogativas catalogadas na Constituição e na legislação ordinária.

d) *Imprescritibilidade* - Essa característica é mencionada pela doutrina em geral pelo fato de os direitos da personalidade não se extinguirem pelo uso e pelo decurso do tempo, nem pela inércia na pretensão de defendê-los.



Malgrado o *dano moral* consista na lesão a um interesse que visa a satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade, como a vida, a honra, o decoro, a intimidade, a imagem etc., a pretensão à sua reparação está sujeita aos prazos prescricionais estabelecidos em lei, por ter caráter patrimonial.

Já decidiu, com efeito, o Superior Tribunal de Justiça que "o direito de ação por dano moral é de *natureza patrimonial* e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima". Não se pode, pois, afirmar que é imprescritível a pretensão à reparação do dano moral, embora consista em ofensa a direito da personalidade.

e) *Impenhorabilidade* - Se os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e dela inseparáveis, e por essa razão indisponíveis, certamente não podem ser penhorados, pois a constrição é o ato inicial da venda forçada determinada pelo juiz para satisfazer o crédito do exequente.

Todavia, como foi dito no item sob letra *a, retro*, a indisponibilidade dos referidos direitos não é absoluta, podendo alguns deles ter o seu uso cedido para fins comerciais, mediante retribuição pecuniária, como o direito autoral e o direito de imagem, por exemplo. Nesses casos, os reflexos patrimoniais dos referidos direitos podem ser penhorados.

f) *Não-sujeição a desapropriação* - Os direitos da personalidade não são suscetíveis de desapropriação, por serem inatos e se ligarem à pessoa humana de modo indestacável. Não podem dela ser retirado contra a sua vontade, nem o seu exercício sofrer limitação voluntária (CC, art. 11).

g) *Vitaliciedade* - Os direitos da personalidade, como também já assinalado, são inatos: adquiridos no instante da concepção, acompanham a pessoa até sua morte. Por isso, são vitalícios. Mesmo após a morte, todavia, alguns desses direitos são resguardados, como o respeito ao morto, à sua honra ou memória e ao seu direito moral de autor, por exemplo.

A propósito, preceitua o art. 12, parágrafo único, do novo Código Civil que, em se tratando de morto, terá legitimação para requerer que cesse a ameaça, ou a lesão a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, "*o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau*".

#### **1.5.4. Disciplina no Código Civil**

Todo um capítulo novo foi dedicado aos *direitos da personalidade* no Código Civil de 2002, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos. Tal importante inovação representa um grande progresso e coloca o novo diploma, nesse campo, entre os mais avançados do mundo.

A Constituição Federal de 1988 já havia redimensionado a noção de respeito à dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 12, III, e proclamado que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 52, X).

O novo Código, no referido capítulo, disciplina os atos de disposição do próprio corpo (arts. 13 e 14), o direito à não-submissão a tratamento médico de risco (art. 15), o direito ao nome e ao pseudônimo (arts. 16 a 19), a proteção à palavra e à imagem (art. 20) e a proteção à intimidade (art. 21). E, no art. 52, preceitua: "*Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade*".

Malgrado o avanço que representa a disciplina dos referidos direitos em capítulo próprio, o novo Código mostrou-se tímido a respeito de assunto de tamanha relevância, dando-lhe reduzido desenvolvimento, preferindo não correr o risco de enumerá-los taxativamente e optando pelo enunciado de "poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e da jurisprudência" 18.

#### **1.5.4.1. Da proteção aos direitos da personalidade**

O respeito à dignidade humana encontra-se em primeiro plano, entre os fundamentos constitucionais pelos quais se orienta o ordenamento jurídico brasileiro na defesa dos direitos da personalidade (CF, art. 12, III). Segue-se a especificação dos considerados de maior relevância - intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas - com a proclamação de que é "assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 52, X).

Nessa linha, dispõe o art. 12 e parágrafo único do novo Código Civil: "*Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau*".

Como se observa, destinam-se os direitos da personalidade a resguardar a dignidade humana, por meio de medidas judiciais adequadas, que devem ser ajuizadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto. Estas podem ser de natureza *preventiva*, cautelar, objetivando suspender os atos que ofendam a integridade física, intelectual e moral, ajuizando-se em seguida a ação principal, ou de natureza *cominatória*, com fundamento nos arts. 287, 461 e 644 do Código de Processo Civil, destinadas a evitar a concretização da ameaça de lesão.

Pode também ser movida desde logo a ação de indenização por danos materiais e morais, de natureza *repressiva*, com pedido de antecipação de tutela, como tem sido admitido. Em ação movida contra administradora de plano de saúde, que se negava a autorizar tratamento médico-hospitalar do associado, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Nos casos de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de prover ou perecer o direito que no momento apresenta-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente, entre permitir irremediável destruição ou tutelá-lo como simples aparência, esta última solução toma-se perfeitamente legítima".

Em caso símile, em que foi alegada exclusão de cobertura, concedeu o mesmo Tribunal a pretendida antecipação de tutela para que a paciente pudesse realizar transplante autólogo, ante diagnóstico de mal conhecido como doença de Hodgkin, por considerá-lo meio terapêutico necessário para consecução de quimioterapia autorizada pela ré, havendo verossimilhança do alegado e perigo de dano irreparável.

A violação do direito da personalidade que causa dano à pessoa acarreta, pois, a responsabilidade civil extracontratual do agente, decorrente da prática de ato ilícito. O direito subjetivo à sua reparação é interpretado de acordo com os ditames constitucionais, pois a responsabilidade pela violação do direito de personalidade não permanece exclusivamente no nível civil.

Pode-se afirmar que, além do próprio ofendido, quando este sofre o gravame, poderão reclamar a reparação do dano, dentre outros, seus herdeiros, seu cônjuge ou

companheira e os membros de sua família a ele ligados afetivamente, provando o nexo de causalidade, o prejuízo e a culpa, quando não se tratar de hipótese de culpa presumida ou de responsabilidade independente de culpa.

#### 1.5.4.2. Os atos de disposição do próprio corpo

Dispõe o art. 13 do Código Civil:

*"Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.*

*Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial".*

Por sua vez, prescreve o art. 14:

*"Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.*

*Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo".*

O direito à *integridade física* compreende a proteção jurídica à vida, ao próprio corpo vivo ou morto, quer na sua totalidade, quer em relação a tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização, quer ainda ao direito de alguém submeter-se ou não a exame e tratamento médico.

A vida humana é o bem supremo. Preexiste ao direito e deve ser respeitada por todos. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e suporte dos demais direitos. Sua extinção põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apóiam nessa condição. O *direito à vida* deve ser entendido como o *direito ao respeito à vida* do próprio titular e de todos.

A proteção jurídica da vida humana e da integridade física tem como objetivo primordial a preservação desses bens jurídicos, que são protegidos pela Constituição Federal (art. 1º, III, e 5º, III), pelo Código Civil (arts. 12 a 15, 186 e 948 a 951) e pelo Código Penal, que pune, nos arts. 121 a 128, quatro tipos de crimes contra a vida (homicídio, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, infanticídio e aborto), e, no art. 129, o crime de lesões corporais.

Essa proteção começa, conforme dispõe o art. 22 do Código Civil, desde a concepção (*v. Começo da personalidade natural*, n. 6, *retro*) e se estende até a morte, modernamente representada pela paralisação da atividade cerebral, circulatória e respiratória.

O valor da vida toma extremamente importante a sua defesa contra os riscos de sua destruição, defesa esta que passa pela proibição de matar, de induzir a suicídio, de cometer aborto e eutanásia, envolvendo ainda as práticas científicas da engenharia genética, no tocante principalmente a transplantes de órgãos humanos, transferência de genes, reprodução assistida, esterilização e controle da natalidade, bem como cirurgias plásticas, tratamentos médicos, práticas esportivas perigosas etc..

O *direito ao próprio corpo* abrange tanto a sua integralidade como as partes dele destacáveis e sobre as quais exerce o direito de disposição. Consideram-se, assim, coisas de propriedade do titular do respectivo corpo. O corpo humano sem vida é cadáver, coisa fora do comércio, insuscetível de apropriação, mas passível de disposição na forma da lei. Os elementos destacados do corpo deixam de ser objeto dos direitos da

personalidade. Por outro lado, passam a integrá-lo os elementos ou produtos, orgânicos ou inorgânicos, que nele se incorporaram, como enxertos e próteses.

O parágrafo único do art. 13 retrotranscrito permite a realização de transplante de partes do corpo humano, *na forma estabelecida em lei especial*.

A lei que atualmente disciplina os transplantes é a Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre "a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências", com as alterações determinadas pela Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001.

O art. 92 e parágrafos da Lei n. 9.434/97, regulamentada pelo Decreto n. 2.268, de 30 de junho de 1997, permitem à pessoa juridicamente capaz dispor *gratuitamente* de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes, desde que o ato não represente risco para a sua integridade física e mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável. Só é permitida a doação em caso de órgãos duplos (rins), partes regeneráveis de órgão (fígado) ou tecido (pele, medula óssea), cuja retirada não prejudique o organismo do doador, nem lhe provoque mutilação ou deformação.

O art. 14 e parágrafo único do Código Civil tratam da disposição *post mortem* gratuita do próprio corpo, disciplinada nos arts. 3Q ao 92 da Lei n. 9.434/97. Nesse caso, a retirada das partes doadas para transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada na forma da lei (art. 32). Os mencionados dispositivos legais consagram, nitidamente, o *princípio do consenso afirmativo*, pelo qual cada um deve manifestar sua vontade de doar seus órgãos e tecidos para depois de sua morte, com objetivo científico ou terapêutico, tendo o direito de, a qualquer tempo, revogar livremente essa doação feita para tomar-se eficaz após a morte do doador.

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo do falecido dependerá da autorização de qualquer parente maior, da linha reta ou colateral até o 2º grau, ou do cônjuge sobrevivente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte (Lei n. 9.434/97, art. 42). Em se tratando de pessoa falecida juridicamente incapaz, a remoção de seus órgãos e tecidos apenas poderá ser levada a efeito se houver anuência expressa de ambos os pais ou por seu representante legal (Lei n. 9.434/97, art. 52). E se o corpo for de pessoa não identificada, proibida está a remoção *post mortem* de seus órgãos e tecidos (Lei n. 9.434/97, art. 62).

É indispensável, ainda, que após a remoção de partes do corpo, o cadáver seja condignamente recomposto e entregue a seus familiares ou responsáveis legais para sepultamento (Lei n. 9.434/97, art. 811.). A comercialização de órgãos do corpo humano é expressamente vedada pela Constituição Federal (art. 199, § 42).

O art. 13 do Código Civil proíbe a ablação de órgãos do corpo humano realizada em *transexuais* (v. também no Cap. I, *Outras hipóteses*, alteração de nome de transexual, n. 13.1.4.4, *retro*), malgrado a legitimidade para reclamar do ato e de suas conseqüências, em juízo, seja exclusivamente do paciente, que dispõe do próprio corpo e poderá dar-se por satisfeito com o resultado. SILVIO RODRIGUES, a propósito, depois de lembrar que o aludido dispositivo legal condiciona a liceidade da intervenção cirúrgica ao fato de não importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, manifesta o entendimento de que, entretanto, "só quem tem legitimidade para valer-se da ação de reparação de dano é o próprio paciente, que dispõe

do próprio corpo; e parece evidente que, na hipótese da operação ser satisfatória, a vítima da intervenção jamais ingressará no pretório".

#### **1.5.4.3. O tratamento médico de risco**

O art. 15 do Código Civil consagra importante direito da personalidade ao dispor:

*"Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica".*

A regra obriga os médicos, nos casos mais graves, a não atuarem sem prévia autorização do paciente, que tem a prerrogativa de se recusar a se submeter a um tratamento perigoso. A sua finalidade é proteger a inviolabilidade do corpo humano.

Vale ressaltar, *in casu*, a necessidade e a importância do fornecimento de informação detalhada ao paciente sobre o seu estado de saúde e o tratamento a ser observado, para que a autorização possa ser concedida com pleno conhecimento dos riscos existentes.

A exigência de fornecimento de informação pelo profissional da medicina está ligada aos *princípios da transparência* e do *dever de informar*, previstos no Código de Defesa do Consumidor. O primeiro, expresso no *caput* do art. 42 do diploma consumerista, traduz-se na obrigação do fornecedor e do prestador de serviços de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos. E também gerará, no contrato, a obrigação de propiciar-lhe o conhecimento prévio de seu conteúdo.

O *dever de informar*, previsto no art. 62, III, do referido diploma, obriga o fornecedor a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos, preços etc., de maneira clara e precisa, não se admitindo falhas ou omissões. Esse princípio é detalhado no art. 31, que enfatiza a necessidade de serem fornecidas informações corretas, claras, precisas e ostensivas sobre os produtos ou serviços, "bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores". Trata-se de um dever exigido mesmo antes do início de qualquer relação.

Na impossibilidade de o doente manifestar a sua vontade, deve-se obter a autorização escrita, para o tratamento médico ou a intervenção cirúrgica de risco, de qualquer parente maior, da linha reta ou colateral até o 2º grau, ou do cônjuge, por analogia com o disposto no art. 42 da Lei n. 9.434/97, que cuida da retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoa falecida.

Se não houver tempo hábil para ouvir o paciente ou para tomar essas providências, e se tratar de emergência que exige pronta intervenção médica, como na hipótese de parada cardíaca, por exemplo, terá o profissional a obrigação de realizar o tratamento, independentemente de autorização, eximindo-se de qualquer responsabilidade por não tê-la obtido. Mesmo porque o Código Penal (art. 146, § 3º, I) não considera crime de constrangimento ilegal "a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida".

Responsabilidade haverá somente se a conduta médica mostrar-se inadequada, fruto de imperícia, constituindo-se na causa do dano sofrido pelo paciente ou de seu agravamento.

Do mesmo modo, em atenção ao princípio do respeito à personalidade humana, ninguém pode ser compelido a submeter-se a uma narcoanálise ou sujeitar-se a uma

perícia hematológica. O Código Civil dispõe, a esse respeito, no art. 232, que "*a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*".

A jurisprudência já se adiantara, pois vinha proclamando, em ações de investigação de paternidade, que "a recusa ilegítima à perícia médica pode suprir a prova que se pretendia lograr com o exame frustrado". O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de entendimento, vem decidindo que "a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA, aliado à comprovação de relacionamento sexual entre o investigado e a mãe do autor impúbere, gera a presunção de veracidade das alegações postas na exordial".

Aprofundando-se no tema da recusa do paciente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA indaga se uma pessoa pode recusar-se "a receber sangue alheio, por motivo de convicção filosófica e religiosa". Em seguida, pondera que "a questão tem sido levada à Justiça, a quem cabe decidir, resguardando a responsabilidade do médico, que opinará se a transfusão é indispensável à sobrevivência do paciente". Lembra, por fim, que "casos já houve, dramáticos, em que um indivíduo recusa receber sangue alheio, para si ou para pessoa de sua família", aduzindo que "a matéria, pela disparidade de posições, permanece ainda no campo opinativo, aguardando novos elementos, científicos ou jurídicos, como um problema do Direito no segundo milênio".

O Tribunal de Justiça de São Paulo teve a oportunidade de apreciar interessante caso de uma jovem que dera entrada no hospital inconsciente e necessitando de aparelhos para respirar, encontrando-se sob iminente risco de morte, em estado comatoso, quando lhe foram aplicadas as transfusões de sangue. Por questões religiosas, afirmou ela em juízo, na ação de reparação por danos morais movida contra o hospital e o médico que a salvou, que preferia a morte a receber a transfusão de sangue que poderia evitar a eliminação física. Outra pessoa havia apresentado ao médico, no momento da internação, um documento que vedava a terapia da transfusão, previamente assinado pela referida jovem e que permanecia com o portador, para eventual emergência.

Entendeu o Tribunal, ao confirmar a sentença de improcedência da ação, que à apelante, embora o direito de culto que lhe é assegurado pela Lei Maior, não era dado dispor da própria vida, de preferir a morte a receber a transfusão de sangue, "a risco de que se ponha em xeque direito dessa ordem, que é intangível e interessa também ao Estado, e sem o qual os demais, como é intuitivo, não têm como subsistir".

Nesse tema, afirma W ALTER CENEVIVA, de modo incisivo: "A garantia à vida é plena, irrestrita, posto que dela defluem as demais, até mesmo contra a vontade do titular, pois é contrário ao interesse social que alguém disponha da própria vida".

Questões correlatas podem ainda ser lembradas, como o direito-dever do indivíduo de agir em legítima defesa, que consiste na reação contra agressão injusta, bem como o dever de não suicidar-se ou mutilar-se (autolesão).

#### **1.5.4.4. O direito ao nome**

O direito e a proteção ao nome e ao pseudônimo são assegurados nos arts. 16 a 19 do Código Civil e foram comentados no n. 13.1, *retro*, ao qual nos reportamos.

Acrescenta-se que o direito ao nome é espécie dos direitos da personalidade, pertencente ao gênero do *direito à integridade moral*, pois todo indivíduo tem o direito à identidade pessoal, de ser reconhecido em sociedade por denominação própria. Tem

ele caráter absoluto e produz efeito *erga omnes*, pois todos têm o dever de respeitá-lo. Dele deflui para o titular a prerrogativa de reivindicá-lo, quando lhe é negado. Um dos efeitos da procedência da ação de investigação de paternidade, por exemplo, é atribuir ao autor o nome do investigado, que até então lhe fora negado.

Em outras situações de recusa do nome cabe ação para o interessado, podendo ser lembradas as seguintes hipóteses: a) a impugnação, por parte de uma repartição pública, da assinatura formada por esse nome; b) a obstinação de um editor em mal ortografar esse nome na capa das obras do seu titular; c) o ato de um jornalista que desfigura esse nome em seus artigos ou editoriais; d) a negação de um funcionário da Junta Comercial a fazer constar esse nome numa firma; e) o vandalismo de um malfeitor que arranca a placa da casa do titular, placa essa que continha o seu nome.

#### 1.5.4.5. A proteção à palavra e à imagem

A transmissão da *palavra* e a divulgação de *escritos* já eram protegidas pela Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que hoje disciplina toda a matéria relativa a direitos autorais.

O art. 20 do Código Civil, considerando tratar-se de direitos da personalidade, prescreve que tais atos poderão ser proibidos, a requerimento do autor e sem prejuízo da indenização que couber, "*se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais, salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública*".

Complementa o parágrafo único que, em se "*tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes*".

A proteção à *transmissão da palavra* abrange a *tutela da voz*, que é a emanção natural de som da pessoa, também protegida como direito da personalidade, como dispõe o inciso XXVIII, *a*, do art. 52 da Constituição Federal, *verbis*:

"XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas".

O mesmo tratamento é dado à exposição ou à utilização da *imagem* de uma pessoa, que o art. 52, X, da Constituição Federal considera um direito inviolável. A reprodução da imagem é emanção da própria pessoa e somente ela pode autorizá-la.

A Carta Magna foi explícita em assegurar, ao lesado, direito a indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da *imagem* das pessoas. Nos termos do art. 20 do Código Civil, a reprodução de imagem para *fins comerciais*, sem autorização do lesado, enseja o direito a indenização, ainda que não lhe tenha atingido a honra, a boa fama ou a respeitabilidade.

A parte lesada pelo uso não autorizado de sua palavra ou voz, ou de seus escritos, bem como de sua imagem, pode obter ordem judicial interditando esse uso e condenando o infrator a reparar os prejuízos causados. O art. 20 do Código Civil, retromencionado, contém, como se observa, duas ressalvas. A primeira permitindo esse uso se necessário "*à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública*"; a segunda, restringindo a proibição às hipóteses de a divulgação da palavra ou da imagem atingir "*a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais*".

O direito à própria imagem integra, pois, o rol dos direitos da personalidade. No sentido comum, imagem é a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme etc. de qualquer objeto e, inclusive, da pessoa humana, destacando-se, nesta, o interesse primordial que apresenta o rosto.

Sobre o direito à própria imagem, não pode ser aceita, segundo ANTÔNIO CHAVES, a definição segundo a qual seria o direito de impedir que terceiros venham a conhecer a imagem de uma pessoa, pois não se pode impedir que outrem conheça a nossa imagem, e sim que a use contra a nossa vontade, nos casos não expressamente autorizados em lei, agravando-se evidentemente a lesão ao direito quando tenha havido exploração dolosa, culposa, aproveitamento pecuniário, e, pior que tudo, desdouro para o titular da imagem.

A proteção do direito à imagem resultou de um longo e paulatino trabalho pretoriano, visto não decorrer de texto expresso. À falta de melhor esteio, invocava-se o art. 666, X, do Código Civil de 1916, que focalizava, no entanto, antes uma limitação do direito do pintor e do escultor, em favor do proprietário de retratos ou bustos de encomenda particular e da própria pessoa representada e seus sucessores imediatos. Deu-lhe nova redação o art. 49, I, f, da Lei n. 5.988/73, que regulava os direitos autorais, posteriormente revogada pela Lei n. 9.610/98.

A Constituição Federal de 1988 veio afastar qualquer dúvida que porventura ainda pudesse pairar a respeito da tutela do direito à própria Imagem.

Com efeito, a referida Constituição, como já foi dito, declara invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a *imagem* das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5Q, X). E o inciso V do mesmo dispositivo assegura "o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

A nova Carta erigiu, assim, expressamente, o direito à própria imagem à condição de direito individual, conexo ao da vida, integrando o conjunto dos "direitos à privacidade", juntamente com o direito à intimidade, à vida privada e à honra. Via de regra, as decisões judiciais têm determinado que o *quantum* da verba indenizatória seja arbitrado na fase de execução, por perito ligado ao ramo.

A tutela à voz não exige que esteja atrelada à imagem, podendo ganhar individualidade, para identificar o seu portador. Do mesmo modo, o direito à imagem é autônomo. Embora possa estar conexo a outros bens, como a intimidade, a identidade, a honra etc., não constitui parte integrante destes. É possível, com efeito, ofender-se a imagem sem atingir a intimidade ou a honra das pessoas.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o "retrato de uma pessoa não pode ser exposto ou reproduzido, sem o consentimento dela, em decorrência do direito à própria imagem, atributo da pessoa física e desdobramento do direito da personalidade"<sup>45</sup>. E, ainda, que "o uso de imagem para fins publicitários, sem autorização, pode caracterizar dano moral se a exposição é feita de forma vexatória, ridícula ou ofensiva ao decoro da pessoa retratada"<sup>46</sup>.

#### **1.5.4.6. A proteção à intimidade**

Dispõe o art. 21 do novo Código Civil:

"Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a



*requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato contrário a esta norma".*

O dispositivo, em consonância com o disposto no art. 5Q, X, da Constituição Federal, supra-referido, protege todos os aspectos da intimidade da pessoa, concedendo ao prejudicado a prerrogativa de pleitear que cesse o ato abusivo ou ilegal.

Caso o dano, material ou moral, já tenha ocorrido, o direito à indenização é assegurado expressamente pela norma constitucional mencionada.

A proteção à vida privada visa resguardar o direito das pessoas de intromissões indevidas em seu lar, em sua família, em sua correspondência, em sua economia etc. O direito de estar só, de se isolar, de exercer as suas idiossincrasias se vê hoje, muitas vezes, ameaçado pelo avanço tecnológico, pelas fotografias obtidas com teleobjetivas de longo alcance, pelas mini-câmeras, pelos grampeamentos telefônicos, pelos abusos cometidos na Internet e por outros expedientes que se prestam a esse fim.

Desse modo, o art. 21 do novo diploma, retrotranscrito, e o art. 5º, X, da Constituição Federal, protegem a zona espiritual íntima e reservada das pessoas, assegurando-lhes o direito ao recato e a prerrogativa de tomar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato lesivo, ou exigir a reparação do dano já consumado.

## **1.6. DA AUSÊNCIA**

### **1.6.1 Introdução**

A *ausência* foi deslocada do livro do "Direito de Família", onde se situava no Código de 1916, para a Parte Geral do novo, onde encontra sua sede natural.

*Ausente* é a pessoa que desaparece de seu domicílio sem dar notícia de seu paradeiro e sem deixar um representante ou procurador para administrar-lhe os bens (CC, art. 22). Protege o Código, através de medidas acautelatórias, inicialmente o seu patrimônio, pois quer esteja ele vivo, quer esteja morto, é importante considerar o interesse social de preservar os seus bens, impedindo que se deteriorem, ou pereçam (arts. 22 a 25). Prolongando-se a ausência e crescendo as possibilidades de que haja falecido, a proteção legal volta-se para os herdeiros, cujos interesses passam a ser considerados (arts. 25 a 38).

A esse respeito, observa SILVIO RODRIGUES que o ordenamento jurídico, em face da ausência, procura, "de início, preservar os bens deixados pelo ausente, para a hipótese de seu eventual retomo; ao depois, transcorrido um período de tempo, sem que o ausente regresse, o legislador, desacoroçoado de esperar sua volta, passa a cuidar do interesse de seus herdeiros".

O Código Civil de 1916 colocou os ausentes no rol dos absolutamente incapazes (art. 52, IV), tendo sido por isso bastante criticado. O objetivo era tutelar o patrimônio da pessoa que desaparecia de casa e não informava o seu paradeiro. Para evitar que dilapidasse o seu patrimônio onde estivesse (porque o desaparecimento nessas condições é, em regra, indício de perturbação mental), e pudesse retomá-lo em caso de eventual retomo, era declarado absolutamente incapaz pelo juiz, e os atos de disposição do patrimônio que eventualmente praticasse eram considerados nulos.

### **1.6.2. Da curadoria dos bens do ausente**

Constatado o desaparecimento do indivíduo, sem que tenha deixado procurador com poderes para administrar os seus bens e sem que dele haja notícia, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, ou do Ministério Público, declarará a ausência<sup>3</sup>, e nomear-lhe-á *curador* (CC, art. 22). Também será este nomeado quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes (art. 23).

Dispõe o art. 25, *caput*, do novo diploma que "*o cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência, será o seu legítimo curador*". Em falta de cônjuge, a escolha recairá, em ordem preferencial, nos pais e nos descendentes (art. 25, § 12). Dentre estes, os mais próximos precedem os mais remotos (§ 22). Na falta das pessoas mencionadas, o juiz nomeará curador dativo (§ 32). Penso, no entanto, que, malgrado a omissão do Código, em falta de cônjuge e existindo companheira, esta deverá ser nomeada, aplicando-se o art. 226, § 32, da Constituição Federal.

A situação do ausente passa por três fases. Na primeira, subsequente ao desaparecimento, o ordenamento jurídico procura preservar os bens por ele deixados, para a hipótese de seu eventual retomo, como já dito. É a fase da *curadoria do ausente*, em que o curador cuida de seu patrimônio. Na segunda fase, prolongando-se a ausência, o legislador passa a preocupar-se com os interesses de seus sucessores, permitindo a abertura da *sucessão provisória*. Finalmente, depois de longo período de ausência, é autorizada a abertura da *sucessão definitiva*.

A curadoria do ausente fica restrita aos bens, não produzindo efeitos de ordem pessoal. Equipara-se à morte (é chamada de "morte presumida") somente para o fim de permitir a abertura da sucessão, mas a esposa do ausente não é considerada viúva. Para se casar, terá de promover o divórcio, citando o ausente por edital, salvo se se tratar de pessoa voltada a atividades políticas e tiver sido promovida a justificação prevista na Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, que concedeu anistia aos políticos envolvidos na Revolução de 1964.

Comunicada a ausência ao juiz, este determinará a arrecadação dos bens do ausente e os entregará à administração do curador nomeado. A curadoria dos bens do ausente prolonga-se pelo período de um ano, durante o qual serão publicados editais, de dois em dois meses, convocando o ausente a reaparecer (CPC, art. 1.161). Decorrido o prazo, sem que o ausente reapareça, ou se tenha notícia de sua morte, ou se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer a abertura da sucessão provisória (CC, art. 26).

*Cessa a curadoria*: a) pelo comparecimento do ausente, do seu procurador ou de quem o represente; b) pela certeza da morte do ausente; c) pela sucessão provisória. A abertura desta, com a partilha dos bens, faz cessar, portanto, a curadoria do ausente. Daí por diante, segue-se o procedimento especial dos arts. 1.164 e s. do Código de Processo Civil.

### **1.6.3. Da sucessão provisória**

Presentes os pressupostos exigidos no art. 26 do Código Civil, legitimam-se para requerer a abertura da sucessão provisória: "I - *o cônjuge não separado judicialmente*; II - *os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários*; III - *os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte*; IV - *os credores de obrigações vencidas e não pagas*" (CC, art. 27).

Malgrado, novamente, a omissão do Código, não se pode negar à *companheira* esse direito, em face do art. 227, § 62, da Constituição Federal e de sua eventual condição de herdeira (CC, art. 1.790).

Dispõe o art. 28 do Código Civil que *"a sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta dias depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, proceder-se-á à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido"*6. Esse prazo suplementar de seis meses é concedido ao ausente para que, ao ter conhecimento das reais e sérias conseqüências de seu desaparecimento, possa mudar de idéia e talvez retomar.

Os bens serão entregues aos herdeiros, porém, em caráter provisório e condicional, ou seja, desde que prestem *garantias* da restituição deles, mediante penhores ou hipotecas equivalentes aos quinhões respectivos, em razão da incerteza da morte do ausente. Se não o fizerem, não serão imitados na posse, ficando os respectivos quinhões sob a administração do curador ou de outro herdeiro designado pelo juiz e que preste dita garantia (CC, art. 30, § 1º). O excluído da posse provisória poderá, contudo, *"justificando falta de meios, requerer lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão que lhe tocaria"* (art. 34).

Os ascendentes, os descendentes e o cônjuge, todavia, uma vez provada a sua qualidade de herdeiros, poderão, independentemente de garantia, entrar na posse dos bens do ausente (art. 30, § 2º). Os imóveis do ausente só se poderão *alienar*, não sendo por desapropriação, ou *hipotecar*, quando o ordene o juiz, para lhes evitar a ruína (art. 31).

Prescreve o art. 33, *caput*, que o descendente, o ascendente ou o cônjuge que for sucessor provisório do ausente fará seus todos os frutos e rendimentos dos bens que couberem a este; os outros sucessores, porém, deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos, na forma do disposto no art. 29, com a fiscalização do Ministério Público e prestação anual de contas ao juiz.

Inovação digna de nota apresenta o parágrafo único do art. 33 do Código de 2002, que assim dispõe:

*"Art. 33. (...)*

*Parágrafo único. Se o ausente aparecer, ficando provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos"*.

Por sua vez, prescreve o art. 36 do mesmo diploma:

*"Art. 36. Se o ausente aparecer, ou se lhe provar a existência, depois de estabelecida a posse provisória, cessarão para logo as vantagens dos sucessores nela imitados, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecuratórias precisas, até a entrega dos bens a seu dono"*.

Cessará a sucessão provisória pelo comparecimento do ausente e converter-se-á em *definitiva*: a) quando houver certeza da morte do ausente; b) dez anos depois de passada em julgado a sentença de abertura da sucessão provisória; c) quando o ausente contar oitenta anos de idade e houverem decorrido cinco anos das últimas notícias suas (CPC, art. 1.167, III; CC, arts. 37 e 38).

#### **1.6.4. Da sucessão definitiva**

Poderão os interessados, dez anos depois de passada em julgado a sentença que concedeu a abertura da sucessão provisória, requerer a definitiva e o *levantamento das cauções* prestadas.

Também pode ser requerida a sucessão definitiva provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade e decorreram cinco anos das últimas notícias suas (CC, arts. 37 e 38). Essa presunção leva em conta a expectativa média de vida do brasileiro, que não ultrapassa os setenta anos.

Observa-se que o prolongado período de ausência modifica a postura do legislador, que abandona a posição de preocupação com o interesse do ausente, para atentar precipuamente para o interesse de seus sucessores, a quem confere a prerrogativa de pleitear a conversão da sucessão provisória em definitiva, levantando as cauções prestadas.

### **1.6.5. Do retorno do ausente**

Aberta a sucessão definitiva, os sucessores deixam de ser provisórios, adquirindo o domínio dos bens, mas resolúvel, porque se o ausente regressar *"nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo"* (CC, art. 39).

Pode-se dizer, na realidade, que tal sucessão, como diz SILVIO RODRIGUES, é *quase definitiva*, pois a lei ainda admite a hipótese, agora remotíssima, de retomo do ausente. E ordena que, se este reaparecer nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, haverá *"só os bens existentes e no estado em que se encontrarem. Se tais bens tiverem sido alienados, o ausente haverá o preço que os herdeiros e demais interessados tiverem por eles recebido. Se, por ordem judicial, houverem sido vendidos os bens do ausente e convertido o produto da venda em imóveis ou títulos da dívida pública, opera-se, na hipótese, a sub-rogação real, ou seja, os bens adquiridos tomam o lugar, no patrimônio do ausente, dos bens que foram alienados para com seu produto adquirir aqueles"*.

Se o retomo do ausente ocorrer antes, ou seja, durante o período da sucessão provisória, e ficar provado que o desaparecimento foi voluntário e injustificado, perderá ele, em favor dos sucessores, sua parte nos frutos e rendimentos (CC, art. 33, parágrafo único). Por outro lado, cessarão imediatamente as vantagens dos sucessores imitados na posse provisória, e terão de restituí-la ao que se encontrava desaparecido, bem como tomar as medidas assecuratórias precisas, até a entrega dos bens a este (art. 36).

Retomando o ausente no período da curadoria de seus bens, esta cessará automaticamente, recuperando ele todos os seus bens.

### **1.6.6. Ausência como causa de dissolução da sociedade conjugal**

A declaração de ausência, ou seja, de que o ausente desapareceu de seu domicílio sem dar notícia de seu paradeiro e sem deixar um representante, produz efeitos patrimoniais, permitindo a abertura da sucessão provisória e, depois, a definitiva, como visto. Na última hipótese, constitui causa de dissolução da sociedade conjugal, nos termos do art. 1.571, § 12, do Código Civil. Prescreve, com efeito, o aludido dispositivo legal:

*"Art. 1.571. (...)*

*§ II! O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente".*

Se o ausente estiver vivo e aparecer, depois de presumida a sua morte e aberta a sucessão definitiva, com a dissolução da sociedade conjugal, e seu cônjuge houver contraído novo matrimônio, prevalecerá o último, diferentemente do que ocorre no direito italiano, que declara nulo o segundo casamento se o ausente retoma, sendo considerado, porém, casamento putativo, gerando todos os efeitos civis.

A solução do Código Civil brasileiro parece melhor, pois a esposa, em virtude da ausência, já constituiu nova família, sendo desarrazoado dissolvê-la para tentar restabelecer uma ligação já deteriorada pelo tempo.