

FIM DA PERSONALIDADE NATURAL. COMORIÊNCIA E VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

RUBENS LIMONGI FRANÇA

I. PROLEGÔMENOS

A) *Conceito de pessoa.*

1. *Pessoa* vem do latim *persona-ae*, que por sua vez tem a origem no verbo *personare* (*per* + *sonare*), que quer dizer *soar com intensidade*. Servia aquele vocábulo inicialmente para designar a máscara usada pelos atores teatrais, graças à qual lhes era assegurado o aumento do volume da voz. Por analogia, passou a palavra a ser utilizada no direito para designar o ser humano, enquanto desempenha o seu papel no teatro da vida jurídica. Isto se deu na Idade Média, pois no Direito Romano a idéia correspondente era expressa pelo vocábulo *caput*.

Em Filosofia, *pessoa* é a *substância natural dotada de razão*. Em suma, é o ente humano.

Em ciência jurídica, *pessoa* é o *sujeito dos direitos* isto é, o *ente capaz de adquirir direitos e contrair obrigações*.

Atualmente, na legislação dos povos civilizados, a noção de *pessoa* tanto na filosofia como no direito são coincidentes, porquanto só o homem é capaz de adquirir direitos e contrair obrigações (Cód. art. 2º).

Tempo houve, porém, como no do direito romano, em que *peçoas* eram só os homens livres, pois aos escravos se consideravam coisa.

Numa certa fase do direito luso-brasileiro, anterior ao Código, havia a chamada morte civil, instituição por cuja força o indivíduo era despojado de sua condição de pessoa, para a vida das relações jurídicas.

2. Hoje em dia, além do homem, é certo que se atribuem direitos às chamadas *peessoas jurídicas* ou *morais*, às *fundações*, e, aparentemente, até aos animais (Lei das Contravenções Penais, art. 64).

Mas, no primeiro caso (peessoas morais e fundações) o que se tem em vista é a salvaguarda dos direitos do *ente humano*, para cuja utilidade as associações e fundações surgiram. No segundo (o art. 64 do estatuto das Contravenções está no último capítulo da *políciu de costumes*), por sua vez, o escopo da norma é preservar a sensibilidade humana relacionada com os irracionais, bem como o hábito do equilíbrio na utilização dos meios econômicos, dos quais os animais constituem parte (v. Cód. português, art. 2º).

B) *Espécies de peessoas.*

3. Assim, em virtude de um expediente do direito positivo, que por sinal encontra raízes seguras no direito natural, as peessoas podem ser classificadas em duas espécies: 1) *peessoas propriamente ditas, físicas, individuais ou naturais*; e 2) *peessoas jurídicas, morais ou coletivas*.

As primeiras são os homens, individualmente considerados; as outras os *corpos sociais*, as *entidades de existência moral, que resultam da aglutinação orgânica de homens, ordenada a um certo fim*.

4. Uma outra terminologia (*Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS) chama as peessoas físicas de *peessoas de existência visível*, e as morais de *peessoas de existência invisível*. Tais expressões, porém, a despeito de sua respeitável origem, parecem-nos menos exatas, porque é possível *ver* a existência das peessoas jurídicas através dos indivíduos que dela fazem parte.

De qualquer forma o que importa é ficar assente que o direito distingue essas duas espécies de pessoas, qualquer que seja a terminologia adotada. Daí a conveniência também de se formular, para a pessoa, um conceito amplo, capaz de abranger as duas espécies que o sistema consagra. Pessoa, pois, seria — *todo ente capaz de direitos e obrigações* (Esboço, art. 16; Cód. argent.no, art. 3º).

C) *Fim da personalidade natural.*

5. O Código, art. 10, dispõe que — “a existência da pessoa natural termina com a morte”, e que esta “se presume, quanto aos ausentes, nos casos dos arts. 481 e 482”. Como se vê, para o direito civil, *há mais de uma espécie* de morte, aspecto da matéria que oferece grande interesse.

6. No dispositivo acima transcrito, duas espécies de morte se reconhecem: a morte *natural* e a *presumida (ficta mors)*. Há, porém, pelo menos em doutrina, uma terceira espécie de morte: a *civil*.

Já foi dito que esta última, em nosso direito, não mais é reconhecida pelo sistema. Há autores porém que, não sem fundamento, dela divisam resquícios em dispositivos como o art. 1.599 do Código, e o art. 7º do DL. n. 3.038 de 1941. O primeiro artigo citado, que se encontra sob a rubrica “Dos que não podem suceder” — dispõe que — “os descendentes do herdeiro excluído (da herança) sucedem *como se ele morto fôsse*” (cf. art. 1.602). Por sua vez o outro preceito estabelece que o oficial declarado indigno perde o posto e a patente, assegurado à respectiva família o direito a pensões, *como se houvesse falecido*.

Bem diversas, contudo, são essas situações daquela da antiga morte civil, por cuja força as pessoas a ela condenadas ficavam totalmente afastadas de qualquer papel no palco do direito. O mesmo se diga da *capitis deminutio maxima* do direito romano.

Na verdade, as únicas espécies de morte agasalhadas propriamente pelo ordenamento são a natural e a presumida.

7. A morte natural é o *limite do ciclo vital do homem*. Saber do momento a partir do qual esse limite foi atingido constitui, como o do nascimento, um problema fundamentalmente médico-legal.

Quanto à morte presumida, diz o art. 10, segunda parte, que ela incide nos casos dos arts. 481 e 482. Entretanto essa presunção, embora em caráter provisório, também existe com referência ao art. 469 que trata da sucessão provisória do ausente. Portanto, de acordo com o sistema do Código há três casos de morte presumida:

a) O *do art. 469*, quando já se tenham passado dois anos sem que se saiba do ausente (assim declarado pelo juiz), se não deixou representante nem procurador; ou tendo-os deixado já se escoaram quatro anos (caráter provisório).

b) O *do art. 481*, conforme a redação da Lei n. 2.437, de 7 de março de 1955, quando já tenham transcorridos vinte anos depois de passada em julgado a sentença de abertura da sucessão provisória do ausente;

c) O *do art. 482*, quando se prova que o ausente conta oitenta anos de nascido e de cinco datam as suas últimas notícias.

Além destes, há vários casos de morte presumida agasalhados em leis extravagantes, como a de oficial da aeronáutica (DL n. 6.239, de 3.2.1944), de servidor público (DL n. 5.782, de 30.8.1943), etc.

É com relação à *morte natural* que se coloca o problema da *comoriência*, e, por sua vez, uma grande série de questões a ela correlatas.

II. COMORIÊNCIA

A) Conceito

8. *Comoriência* diz respeito a *comorientes*. Comorientes são aqueles que morreram em virtude de um complexo comum de causas, sem que se possa determinar quem faleceu primeiro.

O problema se coloca quando essas pessoas são herdeiras umas das outras.

A esse respeito o Direito romano, compilado no *Corpus Juris Civilis* (Digesto, 24, 1, fr. 32, § 14; 34, 5, frs. 22 e 23), estabelecia presunções, que serviam como regra até o dealbar do Direito moderno. Em 1803, o Código de Napoleão, art. 720, estabelecia preceito inspirado ainda na velha e desarrazoada lição do Período Clássico. Do mesmo modo o Direito português, anterior ao Código de 1867, conforme se vê em Coelho da Rocha (*Instituições de direito civil português*, Coimbra, 1857, t. 1, § 72).

9. Apesar da grande influência do Código francês, a matéria evoluiu no sentido de suprimir tais distinções sutis que, no dizer de Beviláqua:

“não mereceram a aprovação da doutrina, como não encontraram aplicação prática” (*Código Civil comentado*, 7. ed., 1944, v. 1, p. 217).

Adotou-se, no Direito das Gentes, a regra de que, não se podendo estabelecer, de fato, quem morreu primeiro, a presunção é única: de que as pessoas faleceram ao mesmo tempo (v. Código português de 1867, art. 1.738; Código espanhol, art. 33; Código argentino, art. 109; Código alemão, de 1900, art. 20). Em suma, na tradução de Raoul de la Grasserie, reza o Código alemão, art. 20:

“Si plusieurs personnes ont péri dans un danger commun, ont droit présumer qu’elles sont décédées au même instant” (*Code Civil allemand*, Paris, 1897, p. 5).

B) *Direito Brasileiro.*

10. No Direito brasileiro, a simplificação do assunto se deve ao gênio de Teixeira de Freitas, cujo *Esboço*, assim dispõe no art. 243:

“Se duas ou mais pessoas tiverem falecido em um desastre comum, ou em qualquer outra circunstância, de modo que não se possa saber qual delas faleceu primeiro, *dever-se-á pre*

sumir que faleceram todas ao mesmo tempo...” (Ed. do Ministério da Justiça, 1952, v. 1, p. 146).

No mesmo sentido, Felício dos Santos, *Projeto*, Rio de Janeiro, 1891, art. 157; e Coelho Rodrigues, *Projeto*, Rio de Janeiro, 1897, art. 6º.

Dessa avisada e reiterada tradição não discrepou o Código Civil, estabelecendo no art. 11:

“Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, *presumir-se-ão simultaneamente mortos*”.

III. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

A) *Conceito e direito anterior.*

11. Vocação hereditária é o direito à transmissão da universalidade dos bens (ativo e passivo de uma pessoa a outra, por causa da morte (*causa mortis*) da primeira.

A vocação hereditária é própria da sucessão legítima, estando prevista em lei, não devendo ser cogitada em matéria de sucessão testamentária, por que aí se devem obedecer, resguardada a legítima (se houver), as vontades do testador.

No sistema lusitano medieval, a vocação hereditária atendia ao chamado direito da troncalidade, fundado na regra *paterna paternis, materna maternis*, segundo a qual os bens do marido se adjudicavam aos parentes masculinos e os da mulher aos femininos, matéria sabiamente versada pelo Prof. Guilherme Braga da Cruz, em tese defendida na Universidade de Coimbra.

12. No regime das Ordenações (IV, 94; IV, 96, pr.) até a fase final do sistema anterior ao Código vigorou o que assim está articulado na Consolidação Carlos de Carvalho, art. 1.731: “Defere-se a sucessão legítima ou ‘*ab intestato*’ na ordem seguinte: a) aos *descendentes*; b) na falta dos descendentes, aos *ascendentes*; c) na falta de uns e outros aos *colaterais* até o

décimo grau por direito civil; d) na falta de todos, ao *cônjuge sobrevivente*".

B) *Direito atual*

13. É ao Projeto Felício dos Santos (arts. 1.399 da 1. ed. e 1.468 da edição de 1891) que se deve a vocação hereditária na ordem pela qual a estabelece o art. 1.603 do Código (*v. Projeto do Código Civil*, Imprensa Nacional, 1891, p. 149; cf. Beviláqua, *Código Civil comentado*, 7. ed., 1947, v. 6, p. 58). Seu mandamento estava vazado nestes termos: "A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I — aos *descendentes*; II — III — ao *cônjuge sobrevivente*; IV — aos *colaterais*; V — aos *Estados, ao Distrito Federal ou à União*".

Várias normas jurídicas posteriores, especialmente no que tange a Lei do Divórcio (1977), à situação do *cônjuge* bem assim a Constituição de 1988, particularmente no relativo à *igualdade dos filhos de qualquer natureza*, grande modificações substanciais à indicação da ordem acima alinhada (art. 1.603 do Código).

IV. A VOCAÇÃO HEREDITÁRIA À FACE DA COMORIÊNCIA

A) *Legislação de outros países.*

14. Estreitas são as relações entre a vocação hereditária e o problema da comoriência, pois, não se sabendo qual das pessoas faleceu primeiro, *não há, entre elas, sucessão por causa da morte*.

15. Vários Códigos são expressos a esse respeito:

Código Civil português, de 1867, art. 1.738:

"Se o auctor da herança, e os seus herdeiros, ou legatários, perecerem no mesmo desastre, ou no mesmo dia, sem que se possa averiguar quaes foram os que se finaram primeiro, reputar-se-ão falecidos todos ao mesmo tempo, e não se verifi-

cará entre eles a transmissão da herança ou legado” (Porto, Ed. Cardoso Paul, 1879, p. 267).

Código Civil espanhol, de 1888, art. 33:

“Si se duda, entre dos o más personas, llamadas a suceder, quién de ellas há muerto primero, él que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo, y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro” (v. Leyes civiles de España, Madrid, 1898, p. 8).

Código Civil italiano, de 1865, art. 924:

“Se fra duo o più chiamati rispettivamente a succedersi è dubbio quale abbia pel primo cessato di vivere, chi sostiene la morte anteriore dell'uno o dell'altro, deve darne la prova; in mancanza di prova si presumono morti tutti ad un tempo, e non ha luogo trasmissione di diritto dell'uno all'altro” (Torino, Ed. Gianzana, 1888, p. 313-4).

Código Civil austríaco, de 1811, com a redação dada pela Lei de 4 de julho de 1938, art. 55, o art. 25, *in fine*:

“... s'il ne peut faire cette preuve, elles sont toutes présumées être mortes au même moment, et il ne peut être question de reporter les droits de l'une sur l'autre” (Paris, Ed. de Michel Doucet, 1947, p. 14).

No mesmo sentido o Código argentino, art. 109, (Buenos Aires, Editorial Claridad, 1947, p. 20), e muitos outros.

B) Doutrina de outros países.

16. Dessa orientação não é discrepante a doutrina comparada.

Assim, são estas as palavras de Demofilo de Buen, em seu *Derecho civil español*, Madrid, 1922, p. 61:

“El derecho español declara terminantemente que él que sostenga la muerte anterior de una o otra persona deve probar-

la y que a falta de pruebas, se presumen muertas al mismo tiempo, y no tiene lugar la transmisión de derechos de una a otra" (cf. Diego Espín Cánovas, *Derecho civil español*, Madrid, 1951, v. 1, p. 125).

No mesmo diapasão, na Itália, Trabucchi (*Istituzioni di diritto civile*, 9. ed., Padova, 1956, p. 62-3), Ruggiero e Maroi (*Istituzioni di diritto privato*, 8. ed., 1951, v. 1, § 40, p. 195) e Rotondi (*Istituzioni di diritto privato*, 8. ed., Milano, 1965, p. 175-7).

Esses autores realçam ainda a questão da *prova em contrário*, isto é, da *premoriência*, que deve incumbir àquele que tenha interesse em não aceitar os *efeitos da presunção de comoriência*, a saber, a inexistência de qualquer possibilidade de vocação hereditária, ou seja, de transmissão, entre os co-mortos, de bens *causa mortis*.

C) Doutrina brasileira.

17. Além dos Códigos e da doutrina estrangeira, a lição dos mestres nacionais é límpida a respeito.

Veja-se *Serpa Lopes, Curso de direito civil*, 2. ed., 1957, v. 1, p. 267, onde endossa expressa e inequivocamente os ensinamentos do Código austríaco, do alemão, do suíço, do italiano, e assinala:

"O nosso Código não nô-lo diz expressamente, porém trata-se, de um critério geralmente adotado, qual o de ser chamada à sucessão a *pessoa que tem que herdar na falta dos que morreram na mesma ocasião*" (cf. Franzem de Lima, *Curso de direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, 1957, v. 1, n. 177).

Em sentido idêntico, o mestre Beviláqua, não só na *Teoria geral do direito civil*, como também no *Código Civil comentado*.

Na primeira dessas obras ensina o seguinte:

"... deve o direito aceitar os fatos como realmente existem, e declarar que, se não pode provar, conviêentemente, a prioridade da morte de uma pessoa em relação à outra, *não haverá transmissão de direito entre elas*" (*Teoria geral...*, cit., 2 ed., 19295, p. 130).

Nos *Comentários* é ainda mais incisivo:

“Na falta de qualquer elemento de prova, o que a razão diz é que não se pode afirmar qual delas faleceu primeiro, e, conseqüentemente, *nenhum direito fundado na procedência da morte pode ser transferido de uma para outra*. Será chamada à sucessão a pessoa que tem de herdar, na falta dos que se finaram no desastre comum (*Código Civil...*, cit., 7 ed., 1944, v. 1, p. 281).

18. A orientação do Código e da *communis opinio doctorum* é algo de definitivamente consolidado entre nós e, a despeito do Direito anterior, reponta no *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 243; no *Projeto* de Felício dos Santos, art. 151; e no *Projeto* de Coelho Rodrigues, art. 6º. A título de ilustração, transcrevemos a lição deste último:

“Na falta de prova plena deste (o fato da premoriência), entende-se que morreram (as pessoas) simultaneamente e *que não houve entre elas transmissão de direitos*” (Rio de Janeiro, 1897, p. 10).

V. OBSERVAÇÕES FINAIS

A) *Caráter da presunção.*

A matéria é límpida e não comporta tergiversações, uma vez que dimana da clara presunção de que os comorientes faleceram ao mesmo tempo.

É preciso porém assimilar que tal presunção não é *iuris et de iure* senão *iuris tantum* (V. Beviláqua, João Luis Alves, Serpa Lopes, e os demais) o que deflui da própria expressão. “não podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros”.

Logo, podendo-se averiguar o contrário, o preceito não colhe, cabendo o ônus da prova *aos interessados*. É evidente, porém, que *os interessados* são aqueles que desejam provar que *a morte não foi simultânea*, o que traz como conseqüência a mudança da vocação hereditária.

B) A morte diante da moderna tecnologia.

Outra observação complementar que nos cumpre fazer é o que concerne à morte, à face da atual tecnologia.

Entre outros muitíssimos aspectos basta lembrar de um lado os avançados expedientes da *reanimaes* cujo resultado pode chegar à própria *sobrevida*, mas que quando não a atinge, modifica o momento da morte, com *alteração de vocação hereditária*.

Daí advém uma série completa de assuntos, pois tais expedientes podem ter sido tomados com ou sem o *feito de mudar o destino da herança*.

De outra parte, os últimos dados da investigação médica alteraram o *conceito de morte*, deslocando-lhe os fulcros tradicionais (como a *respiração e batimento cardíaco*) para a caracterização da *irreversibilidade da morte cerebral*.

Cada qual destes aspectos corresponde a outras tantas teses que é indispensável desenvolverem-se a seu tempo.