

# DIREITO CONTEMPORÂNEO

ESTUDOS EM HOMENAGEM A  
OSCAR DIAS CORRÊA

---

Antônio Celso Alves Pereira  
Caio Mário da Silva Pereira  
Caio Tácito  
Carlos Mário da Silva Velloso  
Cármem Lúcia Antunes Rocha  
Célio Borja  
Celso Cordeiro Machado  
Dejalma de Campos  
Esther de Figueiredo Ferraz  
Flávio Bauer Novelli  
Geraldo de Camargo Vidigal  
Gilmar Ferreira Mendes  
Ives Gandra da Silva Martins  
J. M. Othon Sidou  
Josaphat Marinho  
José Carlos Barbosa Moreira  
José Carlos Moreira Alves  
José Cretella Jr.  
Manoel Gonçalves Ferreira Filho  
Miguel Reale  
Paulo Bonavides  
Pinto Ferreira  
Raul Machado Horta  
Roberto Rosas  
Sálvio de Figueiredo Teixeira  
Sergio de Andréa Ferreira

COORDENAÇÃO:  
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS



c001

# Pessoas Desaparecidas em Atividades Políticas no Período da “Repressão”: os Efeitos Jurídicos e Sociais da Lei nº 9.140/95

Caio Mário da Silva Pereira

## I – Reconhecimento legal e administrativo de morte

A Revolução de 31.03.64 fundou-se, inicialmente, nos mais elevados propósitos de restauração da vida democrática, ameaçada de um corporativismo estranho às nossas tradições.

A primeira Presidência da República coube ao marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, que entregou os Ministérios mais atuantes a Roberto Campos (Planejamento), Octavio Gouvêa de Bulhões (Finanças), Milton Soares Campos (Justiça) e outros igualmente credenciados, só me referindo a estes, com os quais tive maior aproximação. Esta primeira fase, eu chamo de “construtiva”, com a aprovação e execução de medidas legislativas e de caráter administrativo, que até hoje subsistem.

Depois desta primeira fase, e por influências conhecidas, as preocupações da chamada *linha dura* encaminharam-se noutra rumo, mais punitivo do que reconstrutivo. Com o tempo, agravou-se a *repressão*. Centenas de brasileiros desapareceram ou foram mortos durante o período da ditadura militar (1964-1984). Inúmeras foram as lutas dos familiares, companheiros e amigos nas buscas dos corpos e informações.

Não é meu propósito ser o cronista do *regime militar*. Apenas, nos quadros deste estudo, sobressai o *desaparecimento* de pessoas envolvidas ou supostamente comprometidas com atividades consideradas subversivas. É famoso o episódio da descoberta do *cemitério clandestino de Perus*, em São Paulo, onde foram exumados mais de 100 corpos encontrados recentemente, de difícil identificação.

Num movimento que já prognosticava a *abertura democrática*, foi votada a Lei nº 6.683, de 28.08.79, concedendo anistia aos envolvidos em atividades políticas geradoras de atos de repressão. Cada vez mais difundia-se a acusação dos “desaparecimentos”, criando-se situações de extrema injustiça para as famílias dos “desaparecidos”. Não estando oficialmente mortos, as mulheres permaneciam em *semivivez*. Não se podia abrir a sucessão, na forma do disposto no art. 1.572 do Código Civil, nem ao menos se haveria de cogitar de *sucessão provisória*, mediante a declaração de ausência (Código Civil, arts. 481 e 482, e Código de Processo Civil, arts. 1.159 e segs.), por não se caracterizarem os elementos etiológicos da *ausência*, juridicamente estabelecidos na lei e na doutrina. Providências deveriam ser tomadas em relação a filhos menores. Os chamados *desaparecidos* eram envoltos em um vácuo jurídico. Eram indivíduos que se *supunham mortos*, sem que se pudesse proclamar esse estado.

Não podendo perdurar um tal estado de incerteza, o Congresso Nacional elaborou a Lei nº 9.140, de 04.12.95, reconhecendo *como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação em atividades políticas, no período de 02.09.61 a 15.08.79* (data da Lei da Anistia). Previu, ainda, *o reconhecimento de outras pessoas não relacionadas no documento anexo e também aquelas que foram mortas por causas não naturais, em dependências policiais ou assemelhadas*.

Este provimento legislativo incluiu indenização ao *cônjuge, o companheiro ou a companheira, descendente, ascendente, ou colateral até o quarto grau* – das pessoas que se qualificassem (nomeadamente ou mediante reconhecimento), nas condições previstas naquele diploma legal.

Embora não se trate de *morte*, no sentido de como se define a extinção da pessoa, o reconhecimento legal ou administrativo tem o mesmo efeito da morte, bem como sua repercussão na vida negocial e pessoal dos que lhe foram objeto, gerando direitos para os familiares e demais interessados e autorizando a sua inscrição no Registro das Pessoas Naturais, com as respectivas conseqüências. Abriu-se com a referida lei a possibilidade de recebimento de indenizações.

Através da *Comissão Especial de Desaparecidos Políticos do Ministério da Justiça* foram realizadas 26 reuniões onde foram analisados 497 processos e considerado que a grande maioria das mortes era realmente res-

ponsabilidade do Estado provocada por motivação política. Dos processos analisados, 33 foram indeferidos.

Por ocasião do vigésimo aniversário da *Lei da Anistia*, a imprensa anunciou novo Projeto de Lei, que estendia o alcance da lei de indenizações até 15.03.85, quando iniciou o governo civil no País, com o objetivo de atender àqueles que tiveram parentes desaparecidos ou mortos até o final do regime militar<sup>1</sup>. O Projeto de Lei prossegue em tramitação na Câmara dos Deputados.

Efeitos jurídicos decorrentes da Lei nº 9.140/95 exigem do intérprete um posicionamento doutrinário, o que faremos neste trabalho, sem a preocupação de esgotar o tema.

## II – As modalidades de morte e seus efeitos sociais e negociais

Os sistemas jurídicos, em termos mais ou menos análogos, declaram simplesmente que, com a morte, cessa a personalidade jurídica. O Código Civil brasileiro enuncia: “A existência da pessoa natural termina com a morte” (art. 10).<sup>2</sup>

R. Limongi França<sup>3</sup> define a morte como a “desintegração dos elementos do dinamismo intrínseco (psicológico e biológico) e extrínseco (da vida de relação sociocultural) do indivíduo humano (pessoa), de modo total e irreversível”.

Para o legislador brasileiro de 1916, o que tem significação é simplesmente que a morte põe termo à existência da pessoa natural. Leva em consideração, isto sim, a “morte presumida” (art. 10) em decorrência da “declaração de ausência”, nos termos dos arts. 481 e 482 do mesmo Código Civil.

A ciência moderna abriga outra modalidade de morte, a denominada “morte encefálica”, partindo de que a vida do indivíduo está subordinada à atividade cerebral. Esse conceito já ingressou em nosso direito positivo,

com a Lei nº 8.489, de 18.11.92, e com a Lei nº 9.434, de 04.02.97, as quais se referem, especificamente, à retirada de órgãos para transplantes.

### II.1 – A morte natural

A primeira repercussão da morte na vida negocial é a “abertura da sucessão”, *ex vi* do disposto no art. 1.572 do Código Civil. A titularidade subjetiva de todas as relações jurídicas desloca-se automaticamente para os herdeiros legítimos e testamentários. O sujeito das relações jurídicas era o *de cuius*. No mesmo instante da morte, o domínio e a posse da herança transmitem-se aos sucessores. Ocorrendo a transmissão – *delação* – há de se seguir a *aceitação* da herança, que, no dizer de Endermann, é um negócio jurídico, com repercussão imediata da morte na vida negocial. Como não pode haver direito sem sujeito, e como a herança não tem personalidade jurídica, os direitos que integram a massa hereditária têm um sujeito potencial, nessa fase intermediária, entre a abertura da sucessão (morte natural) e o ato negocial da aceitação da herança (Orlando Gomes).

Com a morte, toda a vida negocial do *de cuius* transmuda a subjetividade para seus sucessores, a saber: herdeiros legítimos, herdeiros testamentários e legatários. Pode ainda alcançar o companheiro ou companheira, beneficiados pela Lei nº 8.971, de 29.12.94, e pela Lei nº 9.278, de 10.05.96.

O testamento, inscrito por Eneccerus<sup>4</sup> na categoria de *negócio jurídico*, “é um ato pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens para depois de sua morte, ou faz outras declarações de última vontade”. Ato unilateral, solene e gratuito, é essencialmente revogável. Nesta última categoria, pode o testador, por ato personalíssimo seu, a todo tempo, declará-lo sem efeito, ou substituí-lo por outra declaração de vontade.

Não obstante a existência de todos os seus elementos etiológicos, a vida do testador impede que se produzam todos os seus efeitos. Somente a morte do declarante tem a força de o tornar executável. É, pois, a *morte* o fator essencial à repercussão na vida negocial dos beneficiados – dos herdeiros

1. Jornal *O Estado de São Paulo*, de 08.08.99.

2. No direito italiano, Alberto Trabucchi, in *Istituzioni di Diritto Civile*, nº 33, p. 65, da edição de 1944, resumidamente posiciona-se: “a morte extingue a personalidade”.

3. Limongi França, “O Conceito de Morte, Diante do Direito ao Transplante e do Direito Hereditário”, in *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano IX, nº 8, 2º semestre de 1995.

4. Eneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. II, p. 25.

ros e indiretamente de terceiros. A morte, portanto, tem o reflexo imediato na vida social e negocial.

No testamento, com as ressalvas anotadas, presente está a *morte*, e sua eficácia na vida negocial. Um só fenômeno biológico pode desencadear toda uma cadeia de efeitos. Os bens da herança transmitem-se, desde logo, segundo a ordem estabelecida no Código Civil, e obedecem a uma ordem diversa, conforme ato de vontade do disponente.

O segundo elemento, indireto, reside em que a morte pode introduzir novos elementos sucessíveis, inclusive atribuindo o *status* de filho. E, ainda, beneficia o companheiro ou companheira, que preencherem os requisitos das Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96. Sem se falar, ainda, que pelo testamento pode operar-se o reconhecimento voluntário de filho havido fora do matrimônio. Com a morte, os herdeiros ocupam o lugar do defunto. Sucintamente vale dizer que o herdeiro é o continuador da pessoa do *de cuius*.

Em princípio, sucede em todos os haveres e encargos. A matéria relativa à sucessão nos encargos percorreu uma lenta e tumultuada caminhada, a partir do direito romano, e após longa trajetória chegou à redação do art. 1.567, nestes termos: “O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se existir inventário, que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.”

Sem me deter em comentários em torno da disposição, lembro apenas que aos herdeiros cumpre honrar os compromissos do defunto, sem sacrifício de seus próprios haveres. Os credores podem perseguir o recebimento do que lhes era devido, porém *intra vires hereditatis*.

Se os débitos do falecido se contiverem dentro das forças da herança, ou até quanto nelas permanecerem, respondem os herdeiros. Se ultrapassarem, os herdeiros não respondem, e, por conseguinte, perdem os credores. Destarte, a morte percute na vida negocial dos herdeiros e estende sua repercussão na de terceiros estranhos à herança.

Muito freqüentemente, a repercussão da morte tem como conseqüência o encerramento ou o término de relações jurídicas. Aquelas de caráter personalíssimo são diretamente afetadas. Assim é que a morte põe termo ao pátrio poder, à tutela, à curatela e à guarda de incapazes. Embora ligados a efeitos patrimoniais, mas de cunho pessoal, extinguem-se os direitos de

renda vitalícia, de uso e de habitação. Posto que de cunho contratual, a natureza fiduciária do comodato não sobrevive ao falecimento de qualquer das partes.

O mandato merece considerações especiais. Contrato *intuitu personae* que é, nos termos do art. 1.316, II, do Código Civil, cessa com a morte de uma das partes. Isto não obstante, se morto é o mandante, são válidos, em relação aos contraentes de boa-fé, os atos celebrados pelo mandatário enquanto o ignorar (Código Civil, art. 1.521). Se, entretanto, estiver de má-fé o mandatário, e contratar com terceiros de boa-fé, valerá o ato, mas o representante responde por perdas e danos perante os herdeiros do mandante.

Falecendo o mandatário, seus herdeiros terão de comunicá-lo ao mandante. Deverão dar continuidade ao mandato, limitando-se, contudo, às pendências de negócios já entabulados, às medidas conservatórias e àqueles negócios que se não possam demorar sem perigo (arts. 1.322 e 1.323 do CC).

Em se tratando de “procuração em causa própria”, sobrevive à morte quer do mandante, quer do mandatário, não somente devido ao seu caráter de ato irrevogável, como, principalmente, porque envolve transmissão de direitos. Já decidiu o Supremo Tribunal Federal, pelo voto do então Ministro Orozimbo Nonato, que a *procuratio in rem suam*, desde que satisfaça os requisitos e formalidades exigidos para o contrato a que se destina, e conste do instrumento a quitação do preço ou a modalidade do seu pagamento, vale pelo próprio contrato, ao qual se equipara, e pode ser levada a registro, como se fosse o ato definitivo<sup>5</sup>.

Com a morte do proponente, extingue-se a *oferta de contrato*, ainda não aceita pelo oblato, salvo se do seu contexto ou das circunstâncias resultar o contrário.

A *morte do doador* torna ineficaz a doação ainda não aceita pelo donatário. Cumpre ressaltar as hipóteses de doação feita ao nascituro que é aceita pelos pais (art. 1.169, CC); e a doação pura, em benefício de um incapaz, a qual se perfaz desde logo, porque, em verdade, o Código dispensa a

5. A decisão foi publicada em *Arquivo Judiciário*, vol. 97, p. 82. E a tese foi aceita por Eduardo Espinola, *Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro*, nº 166, nº 71; Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. IV, nº 593; De Plácido e Silva, *Do Mandato*, nº 324; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, vol. III, nº 255.

aceitação, ao estatuir o art. 1.170, CC (numa linguagem imperfeita), que, neste caso, a pessoa “que não pode contratar é facultado, não obstante, aceitar doações puras”.

Não podendo eu me conformar em que o incapaz possa emitir manifestação válida de vontade, prefiro sustentar (contra a opinião de Clóvis Beviláqua, *vide* minhas *Instituições*, 10ª ed., vol. III, nº 232, p. 156) que no caso se trata de um *consentimento ficto*. Em sendo assim, a doação se perfaz sem a declaração volitiva do donatário incapaz, e, portanto, a morte do doador não alcança a perfeição do contrato.

As *obrigações contratuais bilaterais* nem sempre cessam com a morte. Transformadas em direitos reais, são oponíveis a terceiros, e, por maioria de razão, aos herdeiros do obrigado. Assim é que um contrato preliminar, devidamente inscrito no Registro de Imóveis e desacompanhado de cláusula de arrendimento, dá direito à execução compulsória, mediante sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado (art. 639, CPC). Condenado que seja o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida (art. 641, CPC).

A *promessa irrevogável de venda*, sob o império da Lei nº 649, de 11.05.69, uma vez inscrita, dá origem a direito real oponível aos herdeiros. A Lei nº 6.766, de 19.12.79, declarou irrevogáveis as contratações sobre terrenos loteados e lhes atribuiu adjudicação compulsória.

Ao mencionar esses casos de repercussão da morte natural, não alimentei a pretensão de arrolar a totalidade de seus efeitos, senão o propósito de oferecer uma visão panorâmica.

## II.2 – A morte presumida

O art. 10 do Código Civil abrange as duas espécies de morte: *natural* e *presumida*. Ao enunciar que a existência do homem termina com a morte, está se referindo à primeira. Na segunda parte, completa o princípio, acrescentando que a morte se presume quanto aos ausentes, e faz referência aos arts. 481 e 482. Estes, porém, foram alterados e substituídos pelos arts. 1.159 e segs. do CPC.

Verifica-se a *ausência* com o desaparecimento de uma pessoa, de seu domicílio, sem que dela haja notícia; ou sem que tenha deixado representante, a quem caiba administrar-lhe os bens; ou deixando mandatário que não queira ou não possa continuar a exercer o mandato.

O instituto da *ausência* é inspirado em dupla finalidade: por um lado, proteger a pessoa do ausente, contra a dilapidação de seu patrimônio; por outro, resguardar de deterioração valores que direta ou indiretamente compõem a riqueza social.<sup>6</sup>

Ocorrendo o desaparecimento da pessoa, o juiz mandará arrecadar os seus bens, e nomear curador. Feita a arrecadação, serão publicados editais durante um ano, reproduzidos de dois em dois meses, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens (art. 1.161 do CPC).

Não acudindo o ausente nem comparecendo seu procurador ou representante, abrir-se-á a sucessão provisória, a requerimento:

a) do cônjuge não separado judicialmente;

b) dos herdeiros presumidos legítimos e os testamentários;

c) dos que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte;

d) de credores de obrigações vencidas e não pagas (art. 1.163).

Requerida a sucessão provisória, serão citados para a habilitação o curador, pessoalmente os herdeiros presentes e por edital os ausentes.

A sentença que determinar a sucessão provisória somente produzirá efeitos seis meses depois de publicada pela imprensa. Passada em julgado, proceder-se-á à abertura de testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens. Os herdeiros, imitados na sua posse, prestam caução de os restituir.

Passando-se à segunda fase, duas são as hipóteses a considerar: o fim da sucessão provisória e o regresso do ausente. A sucessão provisória cessa:

I) quando houver certeza da morte do ausente;

II) 10 anos depois de passada em julgado a sentença de sucessão provisória;

6. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, vol. V, nº 425.

III) quando o ausente contar 80 (oitenta) anos de idade, e houverem decorrido cinco anos das últimas notícias suas. Em tais casos, abre-se a sucessão definitiva.

O sucessor provisório é um “herdeiro presuntivo”, que gere um patrimônio supostamente seu, com as restrições naturais a esta situação: poderá alienar os bens de fácil deterioração; quanto aos imóveis, somente quando ameaçam ruína.

Cessada a sucessão provisória, abre-se a definitiva; os herdeiros adquirem a propriedade dos bens. Será, contudo, uma *propriedade resolúvel*, pois que, se regressar o ausente nos 10 anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, poderá ele ou algum de seus descendentes ou ascendentes requerer ao juiz a entrega dos bens existentes, os quais serão recebidos no estado em que se encontrem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que seus herdeiros ou interessados houverem recebido pelos alienados depois daquele tempo. Se o ausente regressar depois de passado o decênio, nada recebe.

A *morte presumida* não repercute apenas nas relações patrimoniais. Os direitos de outra espécie são também alcançados. Se tiver deixado filho menor, e o seu cônjuge for falecido, ou não puder exercer o pátrio poder, será tratado como órfão. Por mais que seja prolongada a ausência, não se equiparando a morte presumida à morte natural, o seu cônjuge não pode convolar a novas núpcias, condenado que fica a uma situação de “semivivez”<sup>7</sup>. Tal situação, como veremos, não prevalecerá na hipótese da Lei nº 9.140/95.

### II.3 – A morte encefálica

A “morte clínica” é resultante da cessação das grandes funções orgânicas: falta de batimentos cardíacos, cessação respiratória, ausência de reação à luz pela inexistência de contração pupilar, resfriamento e outros sinais externos. E, assim sendo, termina com a “morte cerebral”, não obstante subsistirem as funções circulatórias, respiratórias e gastrintestinais.

7. Edgard de Moura Bittencourt, *A Família*, p. 38.

Limongi França, no brilhante estudo a que já me referi, detém-se na “transformação do conceito de morte”, na classificação das “espécies de morte”. Alude a que muitas questões ficaram em aberto a propósito da “morte cerebral”, a ser levada em consideração “se de todo o cérebro ou a do cérebro como um todo”, e conclui que o Código “deve permanecer em aberto a fim de que não tolha os amplos vãos da investigação e do progresso”<sup>8</sup>.

Mais especificamente voltada para os aspectos científicos, Daisy Gogliano desenvolveu em minúcia todo o tema vinculado à “morte encefálica”<sup>9</sup>. Alicerçada em sólidas opiniões de professores eminentes, versa em profundidade matérias da maior atualidade, como seja o conceito de “morte cerebral”, sua distinção relativamente ao coma irreversível (*coma dépassé*), a determinação do “momento da morte”, a distinção técnica entre “morte cerebral” e “morte encefálica” (que não são expressões sinônimas), e alude a um ponto que a mim, pessoalmente, parece-me sumamente intrigante: quando *já não existe qualquer sinal de atividade cerebral mas não cessa a vida vegetativa* (respiração, *pulsações cardíacas*). Ressalvamos aqui alguns aspectos da repercussão da morte encefálica na vida negocial.

Duas são as hipóteses que avento. A primeira, mais freqüente, aliás, é esta: na ocorrência de um acidente grave, ocorre a morte cerebral, e, subseqüentemente, a morte biológica. Abre-se a sucessão hereditária. Quem tiver legítimo interesse requer a instauração do processo de inventário e partilha dos bens. Os próximos do falecido, por iniciativa própria ou atendendo a instruções dele, autorizam a retirada de partes e órgãos. *Tollitur quaestio*. Tudo está encerrado.

A segunda hipótese é mais complexa. Pode acontecer um acidente, a vítima é socorrida prontamente, e evitada a sua morte. Submetida a tratamentos especiais, com a ligação de aparelhos, e mantida a “sustentação vital por meios mecânicos”, ela sobrevive, inclusive ao desligamento da aparelhagem técnica. Passa a uma vida vegetativa. Não fala, não reconhece as pessoas, não tem condições de se alimentar espontaneamente. Perde o contato com a realidade. Não responde a solicitações conscientes, perde a faculdade de emitir qualquer manifestação de vontade.

8. Limongi França, *op. cit.*, ps. 68-73.

9. Daisy Gogliano, “Morte Encefálica”, in *Revista de Direito Civil*, 1963, nº 63, ps. 57-85.

Situação análoga é a de uma pessoa que, no curso de uma intervenção cirúrgica, ou por outra causa, sofre um processo de descerebração, por efeito de uma parada cardíaca prolongada. Sobrevém a morte cerebral. E toda a fenomenologia descrita se desencadeia, permanecendo o paciente com todas as características de uma vida vegetativa.

Surge, então, toda uma variedade de questões. Possuidora de bens, não tem capacidade para administrá-los. Cabe, então, dentro na escala prevista no art. 447 do Código Civil, que lhe promovam a interdição.

Não obstante a morte cerebral, não se pode considerar aberta a sucessão, nos termos do art. 1.572 do Código Civil. Não é caso de se equiparar à declaração de ausência e abertura de sucessão provisória, porque as hipóteses não são as mesmas. Como se trata de pessoa portadora de vida biológica, sem as condições de vida consciente, é necessário que o legislador se volte para a situação fática, para convertê-la em situação jurídica.

Outro problema é o da extração de partes e órgãos. Alguns cientistas entendem que, sendo a vida humana subordinada à existência de vida cerebral, uma vez ocorrendo a morte cerebral, será lícita a abertura do corpo para aquele fim. Uma opinião, como tal, não pode encontrar aprovação pelo jurista. São duas situações que se defrontam. De um lado, o indivíduo, atingido de morte encefálica, não se pode considerar como uma pessoa viva. Por outro, o princípio da “dignidade humana” não se compadece com a idéia de sua conversão em uma “coisa”. Faz-se mister o respeito aos direitos humanos, que são insitos em toda pessoa enquanto subsiste com vida biológica, bem como o respeito à sua integridade física, como um direito da personalidade.

A Lei nº 9.434/97 dispôs sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. A retirada *post mortem* de tecidos ou órgãos, deverá ser precedida do diagnóstico de morte encefálica constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante (art. 3º). A lei estabelece, salvo manifestação de vontade expressa em contrário, a presunção de autorização no que concerne à retirada ou remoção de órgãos e tecidos (art. 4º). Deverá constar do documento de identidade da pessoa a expressa declaração de “não doador de órgãos ou tecidos”, para que não prevaleça a presunção (§ 1º do art.

4º). No entanto, a mesma lei veda a remoção de órgãos de pessoas não identificadas (art. 6º).

Esclareça-se, ainda, que a Lei nº 9.434/97 regulamentou a “disposição de parte do corpo vivo”, indicando, expressamente no art. 9º, § 3º, que “só é permitida a doação referida quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora”.

A Medida Provisória nº 1.959-27, de outubro de 2000, determinou a perda de validade após o dia 1º de março de 2001 “das manifestações de vontade relativas à retirada *post mortem* de tecidos, órgãos e partes nos documentos de identidade”, autorizando, no entanto, “*pessoa capaz dispor gratuitamente*”.

Conclui-se, portanto, que a *morte encefálica* percuta na vida social e negocial, embora se estenda, necessariamente, sobre a vida civil de quem por ela é atingido, como sejam as relações de caráter pessoal ou personalíssimo, o que não pode deixar de ser repensado.

### III – Os efeitos do reconhecimento da morte pela Lei nº 9.140/95

Há que se indicar, preliminarmente, a natureza jurídica desta *morte reconhecida*. Optamos por identificá-la como “morte fictícia”.

A ficção era conhecida pelos romanos como “*factio idem operatur in casu ficto quod veritas in caso vero*”. Empregada em toda a Antigüidade entre os diversos povos e civilizações, ainda é reconhecida pelo direito, embora recebida com algumas reservas pela dificuldade de sua conceituação.

Valdir Sznick<sup>10</sup> indica que “a ficção está para a ciência jurídica, como as hipóteses estão para as ciências exatas e científicas (...). A ficção foi introduzida para tornar mais fácil e segura a aplicação do direito, especialmente nos casos favoráveis à parte, sempre atendendo a casos de necessidade ou utilidade geral”. Reporta-se a Esser ao afirmar que “ficção não

<sup>10</sup>Valdir Sznick, “A Ficção e a Realidade do Direito”, in *Revista Forense*, 1983, nº 282, p. 470.

contém uma verdade oposta à realidade, uma simulação ou suplantação de sua realidade natural por outra puramente fingida, com valor de fórmula jurídica que expressa a equivalência jurídica dos supostos do fato”<sup>11</sup>. Conclui por defini-la como “procedimento lógico através do qual um fato não contemplado, por uma norma jurídica, venha também a ser sujeito à disciplina legal por assimilação a um outro fato, este previsto na norma”<sup>12</sup>.

Ao afirmarmos que a Lei nº 9.140/95 refere-se à *morte fictícia*, excluimos, por consequência, a *morte natural* e, também, a *morte presumida*.

A *presunção* se vincula à prova, e não ao fato. Enquanto a *presunção* supõe a prova de um fato verdadeiro, a ficção estabelece como verdadeiro um fato não confirmado. Ao reconhecer como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação ou acusação de participação em atividades políticas, no período de 02.09.61 a 15.08.79, a ficção comparece no mundo jurídico para indicar “uma verdade, ainda que seja uma verdade abstrata”, como ensina Valdir Sznick<sup>13</sup>.

Essa “verdade abstrata”, ou seja, a *morte de pessoas reconhecidas por lei*, gera efeitos no mundo jurídico. Esses efeitos, na maioria das vezes, são comuns às demais modalidades de mortes, excluindo outras, conforme buscaremos indicar a título exemplificativo.

Buscamos indicar, de modo sucinto, alguns efeitos dessa modalidade de morte, aproveitando, quando couber, as situações indicadas.

1. Como nas demais modalidades de *morte*, a primeira repercussão na vida negocial é a abertura da sucessão, *ex vi* do disposto no art. 1.572 do CC. Não tendo sido aberta a *sucessão provisória*, deverão ser promovidos os procedimentos à semelhança da morte natural, podendo ser, inclusive, apresentado eventual testamento.

2. Se já ocorreu a abertura da *sucessão provisória*, cabe, na hipótese, a aplicação dos procedimentos previstos nos arts. 481 do CC e 1.167 e segs. do CPC, previstos para a *sucessão definitiva*.

3. Deve-se dar ao cônjuge sobrevivente, identificado pela Comissão Especial, o mesmo tratamento concedido pelos tribunais às hipóteses de morte

presumida, para efeitos de *recebimento de pensão previdenciária*. É competente a Vara Federal para dirimir eventuais conflitos.

4. Na hipótese de *localização com vida de pessoa desaparecida ou de provas contrárias às apresentadas*, serão revogados os atos decorrentes da aplicação da Lei nº 9.140/95. O art. 12 declara que, salvo hipótese de comprovada má-fé, não cabe ação regressiva para o ressarcimento do pagamento já efetuado.

5. Em decorrência do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, não estão afastadas as ações judiciais indenizatórias fundadas em fatos decorrentes da situação política mencionada na lei. Determina, inclusive, o art. 14 que *os recursos interpostos das sentenças condenatórias serão recebidos somente no efeito devolutivo*, autorizando, desde logo, o pagamento determinado na decisão da instância inferior.

6. Não se pode recusar ao cônjuge sobrevivente o direito de contrair novo matrimônio. Embora o art. 3º da Lei nº 6.515/77 não inclua a *ausência* ou *morte presumida* como fatores de extinção do vínculo matrimonial, não há que se exigir, neste caso, o divórcio por iniciativa do cônjuge sobrevivente.

7. Com a entrada em vigor da Lei nº 9.278/96, regulamentando, mais uma vez, a união estável, em nada altera o art. 10 da Lei nº 9.140/95, ao autorizar o pagamento da indenização ao *cônjuge ou companheiro(a)*, assim como *aos descendentes, ascendentes e colaterais até quarto grau*.

8. É inquestionável a responsabilidade civil do Estado determinada pelo art. 15 do Código Civil “por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”. O “direito de regresso” previsto na lei civil é sempre do Estado, a pessoa jurídica pública à qual se acha vinculado o funcionário culpado, sendo necessária a prova da conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano.

Esta é posição consolidada em nossos tribunais, reconhecendo, também, o dever de ressarcimento por danos materiais e morais decorrentes de repressão de atos subversivos.

O direito à indenização por parte daqueles indicados na Lei nº 9.140/95 representou, finalmente, a oportunidade do recebimento da inden-

11. Valdir Sznick, *op. cit.*, p. 471.

12. Valdir Sznick, *op. cit.*, p. 472.

13. Valdir Sznick, *op. cit.*, p. 472.



zação na esfera administrativa, ao indicar, nominalmente, os beneficiários da indenização, prevendo a hipótese de indicação de outros a partir da apreciação de uma *Comissão Especial*.

Já no início do século reconheceu o Supremo Tribunal Federal que “responde o Estado por atos danosos praticados por seus agentes em movimentos subversivos, como o verificado no Ceará em 1913” (STJ, *RDA*, 5:159).<sup>14</sup>

Mais recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou que “o Estado responde pelos danos causados à propriedade particular, pela ação da polícia em luta contra os subversivos” (TJSP, *RDA* 122/170).<sup>15</sup>

José Cretella Júnior<sup>16</sup> indica a obrigação de indenizar do Estado na hipótese de “excesso ou abuso das forças da legalidade contra os revolucionários ou em decorrência de operações em momentos de revoluções”.

Merece, ainda, referência a Lei Estadual nº 3.495, de 27.11.2000, sancionada pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, que autoriza a Secretaria de Estado da Fazenda ao “pagamento de pensão mensal às vítimas sobreviventes da ‘Chacina da Candelária’ e aos dependentes das vítimas fatais”.

Concluindo, esclareça-se que as situações anteriormente indicadas são meramente exemplificativas, convocando os operadores do direito a refletirem sobre estas e outras questões conexas.

Alerte-se, sobretudo, para os casos em que não houve morte das pessoas envolvidas na participação em atividades políticas, mas comprovadas mutilações e lesões físicas e psicológicas irreversíveis. Não se podem afastar da apreciação do Poder Judiciário essas hipóteses com base no princípio constitucional do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

As lutas atuais no que concerne ao “acesso à justiça” deverão abranger, prioritariamente, a efetiva tutela jurisdicional e a garantia dos direitos individuais. Cabe ao profissional do direito e ao cidadão conscientizarem-se de que o abuso do direito, o cerceamento de defesa e a falta de assistência jurídica devem ser eliminados da agenda democrática de nosso País.

---

14. José Cretella Júnior, *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 325.

15. José Cretella Júnior, *op. cit.*, p. 328.

16. José Cretella Júnior, *op. cit.*, p. 106.