

## **AUSÊNCIA E MORTE PRESUMIDA NO DIREITO BRASILEIRO**

**GARCIA, R. A. C<sup>1</sup>; ALVES, M.G<sup>2</sup>; PASTORI, M.A.<sup>3</sup>**

<sup>1</sup> *Mestrando em Ciência, Tecnologia e Sociedade pela UFSCar - Universidade Federal de São Carlos-SP. Professor de Direito Empresarial do Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior - IMMES - Brasil.*

<sup>2</sup> *Mestre em Biotecnologia pela UFSCar - Universidade Federal de São Carlos-SP. Professor de Direito Civil do Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior - IMMES - Brasil.*

<sup>3</sup> *Advogado. Bacharel em Direito pelo Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior –IMMES.*

### **RESUMO**

O intuito deste estudo é conhecer melhor o instituto da morte seja ela natural, declarada por atestado médico ou de testemunhas, mas principalmente da decorrente de justificação judicial, a morte presumida. Tratar minuciosamente o instituto da ausência, com todos os seus procedimentos e as suas fases, desde a curadoria dos bens do ausente até declaração da morte presumida. A legislação atual teve o cuidado de normatizar primeiramente os cuidados com o patrimônio do ausente, nomeando curador em favor de seu patrimônio, diferente do tratamento dado pelo Código Civil de 1.916 que tratava o ausente como absolutamente incapaz. O ausente que desaparecer sem deixar notícias de seu paradeiro sofrerá os efeitos causados pelo seu desaparecimento, se retornar em meio as fases iniciais da ação de declaração de ausência receberá seu patrimônio no montante que o deixou. Se o retorno acontecer passados dez anos da abertura da sucessão definitiva, não reaverá seu patrimônio, permanecendo a partilha como se fosse morto. A ausência repercute em varias áreas do Direito como na área empresarial, em que a morte é causa de dissolução empresarial. E o sucessores deverão também esperar o tempo previsto para a decretação de sua morte presumida para tomar posse da sociedade ou receber as quotas equivalentes.

**Palavras-chave: ausência; morte presumida; sociedade empresarial; patrimônio.**

### **INTRODUÇÃO**

A morte natural se dá com a parada do sistema cardiorrespiratório e a cessação das funções vitais do indivíduo, atestada por médico, ou na falta deste especialista, por duas testemunhas. Com a morte termina a personalidade civil da pessoa natural, a sua capacidade de direito ou de gozo, a capacidade para ser sujeito de direitos e obrigações no âmbito civil.

Nem sempre é possível encontrar o corpo de uma pessoa falecida, para se constatar a parada do sistema cardiorrespiratório e atestar sua morte. Nestes casos, algumas hipóteses são previstas pelo ordenamento jurídico em que é possível que a morte seja presumida.

Pode acontecer também que uma pessoa desapareça de seu domicílio, sem deixar notícia, sem que alguém saiba seu destino ou paradeiro, sem que se saiba se está vivo ou morto, e também se esta ausência é voluntária, consciente, ou contra sua própria vontade.

A pessoa desaparecida recebe o nome de ausente. Se o ausente possuir bens, é necessário determinar o destino destes. O patrimônio do ausente precisa ser preservado, pois envolve o interesse de muitas pessoas, entre elas, o próprio ausente, que pode estar vivo; os sucessores, os quais, se o ausente estiver morto, tornar-se-ão senhores do tal patrimônio; os credores, cuja quitação das obrigações depende de tais bens; e a sociedade, para a qual não é conveniente o perecimento ou a deterioração dos bens do ausente.

O instituto da ausência é muito delicado e inspira muita cautela em seu procedimento, pois se pode privilegiar o ausente, e guardar-lhe os bens até que retorne, e o mesmo não mais retornar. Por outro lado, poderá os bens ser entregues aos herdeiros, mas existe a possibilidade de retornar o ausente.

Assim, o objetivo deste estudo é analisar todas as hipóteses em que é possível se presumir a morte e estudar minuciosamente a solução que o ordenamento jurídico deu para o problema da ausência.

## **2. OS INSTITUTOS DA AUSÊNCIA E DA MORTE PRESUMIDA**

Deve-se ter muito cuidado na interpretação do vocábulo ausente não o confundindo com a figura popular daquele que apenas não está presente, que como exemplo, pode ser notado no artigo 428, II, do Código Civil: “se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente”.

Para o instituto do Ausente a previsão legal é mais técnica, exigindo a composição de requisitos específicos para sua ocorrência.

Conforme define (TEPEDINO, 2003):

A ausência é um estado de fato, declarado em juízo e consubstanciado no desaparecimento de uma pessoa do seu domicílio, sem dar notícias do lugar onde se encontra, nem deixar procurador para administrar seus bens, acarretando, por essa razão, dúvida a respeito da sua sobrevivência.

A princípio, na simples leitura do conceito acima, o instituto da ausência poderia ser visto com menor importância, sob o pretexto de ser cada vez mais rara a sua ocorrência prática nos dias de hoje, diante do fantástico avanço tecnológico dos meios de comunicação.

Isto, porém é um equívoco, pois não se sabe os caminhos seguidos pela vida e o desaparecimento de um ente querido do seio familiar pode ocorrer com qualquer um em qualquer momento da vida.

A importância do presente tema se iniciou nos países envolvidos em guerras e revoluções, pois muitos foram os desaparecidos em tais épocas. Hoje em dia, em especial, o instituto tem grande relevância, uma vez que, em decorrência da grande crise de violência que ocorre, principalmente, nos grandes centros urbanos, muitas pessoas desaparecem sem que se saiba o seu paradeiro.

De uma maneira simples, pode-se dizer que ausente é a pessoa que deixa seu domicílio e não dá notícias de seu paradeiro. A previsão legal do instituto exige a composição de requisitos específicos para sua ocorrência, conforme conceitua (MONTEIRO, 2003), através da seguinte fórmula: “não presença + falta de notícias + decisão judicial = ausência”.

O desaparecimento de uma pessoa traz consequências afetivas para a família, mas no campo jurídico cabe ao Estado definir uma forma de administrar seus bens.

Se o ausente for titular de direitos, esses não podem ficar ao desamparo, decorrendo daí o dever da lei tutelar seus interesses com a nomeação de curador para representá-lo. O sentido maior da lei é defender o patrimônio daquele que se ausentou, proporcionando sua transmissão aos herdeiros.

A tutela do patrimônio do ausente deve ser visto sob dois prismas: a pessoa ainda pode estar viva e deve seu patrimônio ser preservado para quando de seu retorno ou, já estando falecida, a preservação será feita em benefício dos herdeiros. Portanto, vivo ou morto, é importante considerar o interesse social da preservação de seus bens, de forma a impedir que se deteriorem ou pereçam. Para tanto a lei divide a declaração de ausência em três fases: curatela dos bens do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva.

Antes de traçar um paralelo do instituto no antigo e no atual diploma legal é importante distinguir, de forma breve, alguns conceitos pertencentes à parte geral do Direito Civil.

A personalidade jurídica é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Adquire-se personalidade, segundo a doutrina natalista, com o nascimento com vida, mas, segundo a teoria concepcionista, a mesma é adquirida desde a concepção. O término da personalidade se dá com a morte que pode ser real ou presumida, o que é notado no artigo 7º do Código Civil de 2.002:

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:  
I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;  
II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.  
Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

A capacidade jurídica é uma delimitação ao campo de atuação da personalidade e a capacidade de fato é a aptidão para agir pessoalmente na prática de atos da vida civil. Três são as formas de suprimento da incapacidade (ausência de capacidade de fato): a representação para o absolutamente incapaz (artigo 3º do CC), a assistência para o relativamente incapaz (artigo 4º do CC) e para alguns autores, a autorização para o casamento do menor com idade núbil.

O Código Civil de 1916 incluía os ausentes como absolutamente incapazes, contudo, houve muitas críticas de muitos autores pela colocação do ausente como incapaz, pois, será sim incapaz porque ausente no local em que não se encontra, mas é perfeitamente capaz onde se encontra e lá pode validamente praticar atos da vida civil.

O Novo Código Civil exclui essa modalidade de incapacidade no seu artigo 3º, tratando a ausência de forma autônoma, na parte geral a partir do artigo 22. A conceituação do Código Civil de 1916 não era própria, uma vez que não existe incapacidade por ausência, mas necessidade de proteção a um patrimônio, uma vez que há impossibilidade da pessoa desaparecida cuidar de seus interesses. Tanto é assim que essa dita incapacidade cessa imediatamente com o retorno do ausente.

O Novo Código Civil, portanto deslocou o instituto jurídico da ausência da parte de direito de família, passando a tratar do mesmo em sua parte geral.

## **2.1. Morte Presumida**

A morte natural se dá com a parada do sistema cardiorrespiratório e a cessação permanente das funções vitais do indivíduo, atestada por médico, ou na falta de especialista, por duas testemunhas, fundamentando em conhecimentos clínicos e de tanatologia.

A morte encefálica é aceita também em casos de transplantes como observado por (DINIZ, 2007) “para efeito de transplante, tem a lei considerado a morte encefálica, mesmo que os demais órgãos estejam em pleno funcionamento, ainda que ativados por drogas”.

Conforme mencionado anteriormente a personalidade jurídica termina com a morte, podendo ser esta natural ou presumida, destaca (VENOSA, 2009) que “essa regra é

decorrente do princípio *mors omnia solvit*, isto é, a morte tudo resolve”, o que pode ser observado no artigo 6 do Código Civil de 2.002: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.”

Na falta dos requisitos da morte natural, o Código Civil elucida algumas hipóteses em que é possível que a morte seja presumida.

Casos em que não foi possível encontrar o cadáver para exame, nem há testemunhas que presenciaram ou constataram a morte, mas é extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida. Portanto, não havendo certeza da morte, se houver um conjunto de circunstâncias que indiretamente induzam a certeza, a lei autoriza ao juiz a declaração da morte presumida.

A Lei de Registros Públicos, a Lei 6.015/73, prevê que é possível que, na falta de médico que ateste a morte, é possível o assento do óbito se houver duas testemunhas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte.

O artigo 88 da citada Lei de Registros Públicos prevê algumas hipóteses em que o juiz pode justificar a morte, como em casos de quem desapareceu em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, exigindo para tal que se prove a presença do desaparecido no local do desastre e que não seja possível encontrar o cadáver. Essas são hipóteses de prova indireta da morte do indivíduo, suficiente para o assento do óbito em Registro Público.

Entretanto, conforme ensina o ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal (ALVES, 2007):

...com a morte real, portanto, há a extinção imediata da personalidade jurídica, e, conseqüentemente, o falecido deixa de ser titular de direitos e deveres, ao contrário do que ocorre em relação à chamada ‘morte presumida’, que é a morte em que não há cadáver, e, mais, é a morte cuja presunção não destrói a personalidade do que presumidamente morreu, levando-se em conta que, na morte presumida, há a possibilidade de o indivíduo presumidamente morto estar vivo e continuar, onde estiver vivo, a gozar de todos os atributos da personalidade jurídica”(Moreira Alves, 2007).

A declaração judicial de morte presumida é somente admitida em casos excepcionais, “para viabilizar o registro do óbito, resolver problemas jurídicos gerados com o desaparecimento e regular a sucessão causa mortis, apenas depois de esgotadas todas as

buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do óbito” (DINIZ, 2008). É o que se verifica o parágrafo único do art. 7º do Código Civil de 2002 descrito anteriormente.

O Código Civil de 2002 autoriza ao juiz a declaração de morte presumida quando for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida. Outra hipótese, em que se autoriza a declaração de morte presumida é quando alguém, desaparecido em campanha, ação militar ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Assim interpreta (ALVES, 2007):

Nesse caso a hipótese há de se estender, logicamente, às situações de convulsões intestinas, e, portanto, convulsões internas no país. Não teria sentido dar ao desaparecimento, nessas convulsões, tratamento distinto do decorrente de campanha externa do país, com pessoa desaparecida ou feita prisioneira.

A Lei 9.140 de 04 de dezembro de 1.995 possibilitou que fosse decretada a morte presumida aos participantes das atividades políticas ocorridas entre 02 de setembro de 1.961 a 15 de agosto de 1.979. Esta lei foi promulgada para reconhecer o direito dos familiares envolvidos, dos que não retornaram ao seio familiar.

A referida Lei reportou aos familiares dos desaparecidos políticos o direito de conferir-lhe a concessão da certidão do assento de óbito, proporcionando assim todos os efeitos da extinção da existência da pessoa natural, para enfim serem reconhecidos como mortos.

O artigo 9, incisos I e IV, do Código Civil prevê que o óbito deverá ter assento em Registro Público, assim como a declaração de morte presumida será registrada:

Importante se faz esclarecer que na morte presumida a lei impõe que a pessoa ausente por determinado tempo seja considerada morta, a fim de possibilitar a abertura da sucessão hereditária.

Na morte presumida não há necessidade da declaração da ausência para a abertura do inventário e para partilha sucessiva aos herdeiros, o que difere da declaração da ausência, onde seu ato é zelar pelos bens do ausente, no intento de de seu retorno.

### **3. AS FASES DA DECRETAÇÃO DA AUSÊNCIA**

O ordenamento jurídico procura de início preservar os bens deixados pelo ausente, para a hipótese de seu eventual retorno, mas com o passar do tempo, sem o regresso do ausente, o legislador passa a cuidar do interesse dos herdeiros, portanto, o critério varia à medida que a ausência se prolonga, caracterizando três fases diversas para ser decretada a

ausência. Inicia-se pela fase de curadoria, passando pela sucessão provisória e finalmente a sucessão definitiva. Assim é o que ensina (TEPEDINO, 2001):

...a 'curadoria dos bens do ausente', no qual há apenas a administração dos bens do ausente na esperança do seu retorno; a 'sucessão provisória', na qual se defere a posse dos bens aos sucessores, mas impondo uma série de restrições com intuito ainda de proteger o interesse do ausente no caso de eventual reaparecimento; e a chamada 'sucessão definitiva', em que a propriedade dos bens passa para os sucessores, adstritos apenas a restituí-la ao ausente caso este apareça no prazo de dez anos.

De início o legislador supõe transitório o desaparecimento da pessoa e as medidas que toma visam preservar o patrimônio do ausente, para o caso de sua volta. Essa primeira fase, dura um ano, chamada de curadoria dos bens do ausente em que, declarada a ausência, o juiz determinará a arrecadação dos bens e nomeará curador para gerir o seu patrimônio.

Com o passar do tempo torna-se menos provável o retorno da pessoa desaparecida, bem como aumenta a probabilidade de o ausente ter morrido. Então, o legislador deixa de proteger somente o interesse do ausente e passa a dividir essa proteção com os herdeiros e credores. Essa é a segunda fase, a sucessão provisória, com duração de dez anos.

Finalmente transcorrido um longo período de tempo, sem que haja notícia do desaparecido, a probabilidade de o ausente ter morrido aumenta de forma tal, que é previsto pela legislação a presunção de sua morte, mesmo assim ainda vislumbrando a possibilidade de seu retorno. A partir de então, o legislador passa quase toda a proteção para os interesses dos herdeiros, mas ainda resguardando os direitos do ausente caso apareça. Essa é a última fase, a sucessão definitiva, quando o ausente é presumido morto.

Somente com a abertura da sucessão definitiva é que o ausente é presumido morto. Enquanto isso, seus direitos, obrigações e sua capacidade permanecem como se vivo estivesse, inclusive "o ausente herda como qualquer outra pessoa, e a herança adquirida ingressa em seu patrimônio" (Maria Berenice, 2008).

### **3.1. Curadoria dos Bens do Ausente.**

Esta fase segundo explica (PORTO, 2008), é a fase que se dá a caracterização da ausência por sentença declaratória, que deverá ser registrada no cartório do domicílio anterior do ausente, tal especificação está previsto no artigo 94 da Lei 6.015 de 1.973 dos Registros Públicos.

Se antes de seu desaparecimento, o ausente que possuir patrimônio não constituiu representante, procurador ou mandatário, com poderes suficientes e sem impedimento, para administrar todos os seus bens, poderá, qualquer interessado, não necessitando ser parente, bastando que tenha interesse pecuniário, ou o Ministério Público, requerer ao juiz que declare a ausência e nomeie curador para administrar os bens do ausente.

Caso o ausente deixou representante, mas este recuse ou não pode exercer ou continuar o mandato, seja pelo término do prazo do mandato, ou por não serem os poderes a ele delegados suficientes para a administração de todo o seu patrimônio, também poderá o juiz declarar a ausência e lhe nomear curador, conforme o artigo 23 do Código Civil: “Também se declarará a ausência, e se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes”.

O juiz, ao nomear curador, fixar-lhe-á os poderes e deveres, conforme as circunstâncias do caso, determinando detalhadamente as providências a serem tomadas e as atividades a serem realizadas ao desempenhar suas funções administrativas relativas aos bens do ausente, de forma eficiente e responsável, conforme prevê o artigo 24 do Código Civil: “O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores.” O mesmo artigo observa que cabe ao curador dos bens do ausente, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores, os seus impedimentos previstos no artigo 1.735, à possibilidade de escusa, do artigo 1.736, e também a prestação de contas, determinada nos artigos 1.755 a 1.762, todos do Código Civil.

O juiz, ao nomear o curador dos bens do ausente, deve escolher, na ordem legal estrita e sucessiva, só podendo escolher o próximo, na falta ou no caso de impossibilidade do anterior, conforme elucida o artigo 25 do Código Civil.

Se o ausente não for casado, mas constituir união estável vigente na época do desaparecimento, seu companheiro ou companheira será o legítimo curador dos bens, sendo o primeiro da lista de preferência para a escolha do curador dos bens do ausente (RODRIGUES, 2006). “E, ao falar em companheiro, mister reconhecer a mesma legitimidade ao parceiro da união homoafetiva” (DIAS, 2008).

Após a declaração da ausência, o juiz mandará arrecadar os bens do ausente, que ficarão sob a responsabilidade do curador nomeado. Durante um ano o juiz mandará publicar editais, de dois em dois meses, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a retomar na

posse de seus bens, nos termos dos artigos. 1.160 e 1.161, ambos do Código de Processo Civil.

Caso o ausente não possuir bens, não há o que proteger, não fazendo sentido lhe nomear curador dos bens, por os mesmo não existirem. “Não há necessidade de se aguardar toda a tramitação da demanda, sendo possível simples justificação judicial” (DIAS, 2008).

Se o ausente, antes de seu desaparecimento, constituiu procurador, representante ou mandatário que queira, possa e possua poderes suficientes para administrar os bens do ausente, não se faz necessária a proteção de um curador Pois os tais bens já estariam protegidos pelo representante e não necessitando da proteção de um curador de bens.

O artigo 78 da Lei 8.213/91 autoriza a concessão de pensão provisória aos dependentes depois seis meses da declaração da ausência. Não exige esse prazo, nem a declaração de ausência, se o segurado desaparecer em decorrência de acidente, desastre ou catástrofe. A pensão se manterá até o reaparecimento do segurado.

A curadoria dos bens do ausente cessa com o comparecimento do ausente, de seu procurador ou de quem o represente, caso em que este retomará a administração dos bens; com a certeza da morte do ausente, circunstância que o óbito será registrado em registro público, na data provada ou provável, e terá todos os efeitos do fim da personalidade jurídica. Cessa também a curadoria dos bens do ausente com a abertura da sucessão provisória.

### **3.2. Fase da Decretação da Sucessão Provisória.**

Com o passar do tempo sem que notícias se tenham do ausente ficará cada vez mais difícil à probabilidade de retorno do ausente, tornando-se cada vez mais remota essa possibilidade. Assim, diz (RODRIGUES, 2006):

...convém que se comece a ter em vista não apenas o interesse do desaparecimento, que provavelmente está morto, mas também o de terceiros, a saber, o de seu cônjuge, de seu companheiro, de seus herdeiros e de pessoas com quem ele eventualmente viesse mantendo relações negociais.

Decorrido um ano da declaração da ausência, da arrecadação dos bens do ausente e da nomeação de curador para seus bens, sendo publicados seis editais, de dois em dois meses, convocando o ausente, ou três anos se houver deixado procurador, os interessados poderão requerer ao juiz a abertura da sucessão provisória, como traz o artigo 26 do Código Civil de 2.002:

O prazo de um ano será aplicado tanto para o ausente que não deixou representante quanto para os casos previstos no artigo 23 do Código Civil, ou seja, aquele que deixou representante que não queira a responsabilidade, que não possa, ou não tenha poderes suficientes. O prazo é contado a partir da primeira publicação de edital convocatório do ausente, após a declaração de sua ausência.

O prazo de três anos se aplicará ao ausente que, antes do desaparecimento, consistir representante, e este efetivamente o representar, caso em que não será nomeado curador dos bens do ausente. Também se aplicará esse prazo quando o ausente for incapaz, mas tem representante legal com poderes para zelar por seus bens, caso em que não será necessário nomear o curador de bens (Maria Berenice, 2008, p. 487). Conta-se o prazo do momento em que se obtiveram as últimas notícias do ausente, por não haver nesse caso a fase de curadoria dos bens do ausente. Só então, depois de transcorrido o prazo, poderá o juiz declarar a ausência, determinar a arrecadação dos bens do ausente e então abrir a sucessão provisória.

Os legitimados para pedir a abertura da sucessão provisória do ausente estão previstos no artigo 27 do Código Civil de 2002. Consideram-se interessados para tal, o cônjuge não separado judicialmente, os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários, os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte e os credores de obrigações vencidas e não pagas. “O companheiro ou companheira, durante a vigência da união estável poderá requerer a abertura da sucessão provisória, em virtude da sua condição de herdeiro” (RODRIGUES, 2006). “É necessário assegurar ao parceiro da união homoafetiva igual direito” (DIAS, 2008).

Depois de decorrido o prazo legal se não houver interessados na sucessão provisória, ou, se mesmo havendo, nenhum deles a requerer, cabe ao Ministério Público requerê-la ao juiz competente, é o que prevê o §1º do artigo 28 do Código Civil. Se entre os herdeiros houver interdito ou menor, também competirá ao Ministério Público o requerimento da abertura da sucessão provisória (DINIZ, 2008).

Somente depois de transcorridos cento e oitenta dias da publicação pela imprensa, da sentença que determinar a abertura da sucessão provisória é que a mesma produzirá efeitos. Segundo ensina (RODRIGUES, 2006): “Trata-se de um prazo suplementar concedido ao ausente, que talvez agora, ao ter ciência das consequências mais amplas de seu silêncio, resolva aparecer”. A partir deste momento então é possível proceder à abertura de testamento, se houver, e ao inventário e à partilha de bens, como se morto estivesse o ausente.

Após o trânsito em julgado da sentença que determinar a abertura da sucessão provisória, se passar trinta dias sem que compareça algum dos interessados para requerer a abertura do inventário e a partilha de bens, aplicar-se-ão as regras previstas para herança jacente, que, conforme os artigos 1.819 a 1.823 do Código Civil é aplicável quando falece alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido. Assim, o juiz nomeará curador que será responsável pela guarda, conservação e administração dos bens do ausente, considerando-se herança jacente. Nesse momento, cessa a curadoria dos bens do ausente e começa a curadoria da herança jacente, podendo, à livre escolha do juiz, permanecer o mesmo curador. A curadoria da herança jacente cessa com o comparecimento de algum sucessor devidamente habilitado, ou com a declaração de herança vacante.

O juiz poderá, amparado no artigo 29 do Código Civil, antes da partilha, nos casos que julgar conveniente, ordenar a conversão dos bens móveis, sujeitos à deterioração ou a extravio, em bens imóveis ou em títulos, que podem ser públicos ou privados, garantidos pela União, resguardando dessa forma o patrimônio do ausente caso esse venha a retornar.

O artigo 30 do Código Civil comprova a precariedade do direito dos sucessores em relação à posse dos bens do ausente. Os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, desde que provada a qualidade de herdeiros necessários, não precisarão prestar garantias para se imitirem na posse dos bens do ausente, pois presume-se que zelarão pelos quinhões recebidos provisoriamente. “Claro que neste rol devem ser incluídos o companheiro e o parceiro homossexual” (DIAS, 2008).

Com exceção dos descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro, os demais herdeiros que não puderem prestar a garantia exigida, serão excluído da posse provisória, e a sua parte será entregue a outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste a garantia ou a um curador que a administre.

O artigo 31 é bem claro em dizer que os bens imóveis do ausente só poderão ser alienados por desapropriação ou por ordem judicial, e somente por meio da mesma hipotecados, exclusivamente com o objetivo de lhes evitar a ruína, preservando o patrimônio do ausente, diante da possibilidade de seu reaparecimento.

Após serem empossados nos bens do ausente, os sucessores provisórios representarão ativa e passivamente o ausente, de modo que contra eles correrão as ações pendentes e as que de futuro lhe forem movidas, mas só respondendo até o limite da herança recebida, conforme a regra do art. 1.997 do Código Civil.

Quanto aos frutos e rendimentos dos bens, os ascendentes, os descendentes e o cônjuge, de posse dos bens do ausente, terão direito a integralidade deles, tendo em vista a sua condição de herdeiros necessários. Os outros sucessores só terão direito à metade desses frutos e rendimentos. A outra metade deverá ser capitalizada, ou seja, convertida em bens imóveis ou em títulos garantidos pela União. Além disso, estes herdeiros deverão prestar contas dessa capitalização, anualmente, ao juiz competente, conforme prevê o artigo 33 do Código Civil de 2.002.

O Código Civil permite ao herdeiro que foi excluído da sucessão provisória por não prestar garantia, se provar insuficiência de recursos, terá direito à metade dos rendimentos do quinhão que teria recebido. Em contrapartida, o artigo 33 exposto acima prevê que aquele que recebeu o quinhão desse herdeiro excluído teria direito à metade dos frutos e rendimentos e deveria capitalizar a outra metade. Surge então um impasse, o herdeiro excluído terá direito à parte a ser capitalizada ou à parte que caberia ao herdeiro empossado nos bens?

Plausível parece a solução que comenta (DINIZ, 2008):

Não parece razoável que ao herdeiro excluído sejam atribuídos rendimentos, enquanto aquele que o substituiu na gestão dos bens nada recebe. Parece mais coerente sustentar que é o ausente que deixa de receber rendimentos por aquele quinhão, uma vez que, fosse um curador gerindo os bens, seria ele a arcar com a remuneração.

No caso de se conseguir determinar a época exata do falecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a sucessão em favor dos herdeiros que o eram àquele tempo, conforme previsto pelo artigo 35 do Código Civil. Essa informação é de grande importância, conforme análise de (GAGLIANO, 2005):

Isso, inclusive, pode gerar algumas modificações na situação dos herdeiros provisórios, uma vez que não se pode descartar a hipótese de haver herdeiros sobreviventes na época efetiva do falecimento do desaparecido, mas que não mais estejam vivos quando do processo de sucessão provisória.

Duas são as hipóteses de cessar a sucessão provisória, ou seja, com o aparecimento do ausente, com a prova da sua existência com vida, ou com a sua transformação em sucessão definitiva.

No caso do aparecimento do ausente, seja mandando notícias suas, ou provando a sua existência, cessarão para logo as vantagens dos sucessores provisórios, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecuratórias necessárias, até a entrega dos bens ao ausente,

exceto em caso de desapropriação, ou por ordem judicial para lhes evitar ruína, ou quando convenha converter em títulos de dívida pública.

Exceção a regra ocorre em relação aos credores que segundo mostra (FIÚZA, 2011), que os mesmos “recebem a título definitivo, nada tendo, pois, a restituir ao ausente ressurgido”.

Conforme a redação do parágrafo único do artigo 33 já citado anteriormente, no caso do ausente aparecer, e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, ele perderá, em favor dos sucessores provisórios, a parte que lhe caberia nos frutos e rendimentos, ficando apenas com o direito ao patrimônio original ou as garantias prestadas pelos sucessores provisórios.

Diante de tal situação, o ausente ao regressar deverá demonstrar que sua ausência foi involuntária ou justificada, para que receba, a metade dos frutos e rendimentos capitalizados pelos sucessores provisórios que o deviam. Caso não consiga demonstrar a involuntariedade ou justificativa plausível, perderá, em favor dos sucessores, também a metade capitalizada dos frutos e rendimentos.

Quanto aos bens em poder do cônjuge, dos ascendentes e descendentes, o ausente que aparecer durante a fase de sucessão provisória não terá direito aos frutos e rendimentos dos bens, conforme já estudado no artigo 33 anteriormente. Quanto ao seu patrimônio original, de acordo com o parágrafo segundo do artigo 30, como esses sucessores não precisam prestar garantias para a posse de seu quinhão, o ausente só terá direito aos bens no estado em que se acharem, aos sub-rogados em seu lugar, ou ao preço que aqueles houverem recebido pelos bens alienados, e sem direito a indenização, interpretação esta feita por analogia ao artigo 39 do Código Civil, aplicável ao ausente que aparecer após a abertura da sucessão definitiva.

### **3..3. Fase da Decretação da Sucessão Provisória.**

Conforme prevê o artigo 37 do Código Civil: “Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas”, ou seja, a sucessão definitiva poderá ser requerida dez anos após o trânsito em julgado da sentença que abrir a sucessão provisória.

Em uma rápida análise nota-se que quando é permitida a abertura da sucessão definitiva, já ocorrea fase de curadoria dos bens do ausente, que durou um ou três anos,

conforme o caso; e a fase da sucessão provisória, que após cento e oitenta dias da sentença, durou pelo menos dez anos. Portanto, o prazo real para que se declare aberta a sucessão definitiva dos bens do ausente será de no mínimo onze anos e seis meses do desaparecimento do ausente. De encontro a este raciocínio vem o que diz (Silvio Rodrigues, 2006), “A probabilidade de que tenha falecido é imensa, sendo reduzidíssima a possibilidade de seu retorno”, e também (GAGLIANO, 2005):

Por mais que se queira preservar o patrimônio do ausente, o certo é que a existência de um longo lapso temporal, sem qualquer sinal de vida, reforça as fundadas suspeitas de seu falecimento. Por isso, presumindo efetivamente o seu falecimento, estabelece a lei o momento próprio e os efeitos da sucessão definitiva.

A segunda hipótese legal em que é autorizada a abertura da sucessão definitiva, prevista no artigo 38 do mesmo Código, é quando o ausente possuir oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele. Nesse ponto, conforme explica (DINIZ, 2008), considera-se “a medida de vida da pessoa, mesmo que não tenha havido anteriormente sucessão provisória”.

A sucessão provisória se converterá em definitiva quando houver certeza da morte do ausente, dez anos depois de passada em julgado a sentença da abertura da sucessão provisória, ou quando o ausente contar oitenta anos de idade e houverem decorrido cinco anos das últimas notícias suas o que pode ser observado no artigo 1.167 do Código de Processo Civil.

Em qualquer caso, se a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva, o juiz também declarará a morte presumida do ausente, conforme o art. 6º do Código Civil, “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

São considerados interessados para pedir a abertura da sucessão definitiva, por analogia, os interessados do artigo 27, aplicável à sucessão provisória, ou seja, o cônjuge não separado judicialmente, os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários, os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte e os credores de obrigações vencidas e não pagas. Entende-se que também o companheiro ou a companheira, se na época do desaparecimento viviam a união estável, também se consideram interessados.

A abertura da sucessão definitiva permite aos sucessores o levantamento das cauções prestadas, das garantias pignoratícias ou hipotecárias. Neste mesmo momento é

permitido aos sucessores excluídos, por não prestar as garantias exigidas, entrar na posse dos bens relativos aos seus respectivos quinhões.

Nota-se que nessa fase da decretação da ausência a preocupação com os bens do ausente muda de foco conforme explica (Silvio Rodrigues, 2006): “o legislador abandona a posição de preocupação com o interesse do ausente, para atentar principalmente para o interesse de seus sucessores”.

Poderão também os sucessores que capitalizaram metade dos frutos e rendimentos na fase de sucessão provisória, resgatá-los e utilizá-los como queiram. E a partir de então, todos os sucessores terão direito a todos os frutos e rendimentos dos bens gerados pelo respectivo quinhão. Com a sucessão definitiva, os sucessores poderão utilizar os bens como bem entenderem, não mais havendo restrição para alienar ou hipotecar tais bens.

“Pode-se dizer que tal sucessão é quase definitiva, pois a lei ainda admite a hipótese, agora remotíssima, do retorno do ausente” (RODRIGUES, 2006). O conceituado doutrinador ao dizer isto tem por base o artigo 39, caput do Código Civil de 2.002.

Este artigo garante ao ausente, ou qualquer de seus herdeiros necessários, que regressar nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, o direito aos bens existentes no estado em que se acharem, aos sub-rogados em seu lugar, ou ao preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo. Terá o mesmo direito o ascendente ou descendente do ausente, que aparecer até dez anos após a abertura da sucessão definitiva.

O Código Civil não prevê a possibilidade de retorno do ausente após o prazo de dez anos da abertura da sucessão definitiva, surgindo um impasse quanto a seus direitos, que segundo entendimento de MARIA BERENICE DIAS e ARNALDO RIZZARDO, se o ausente, ou qualquer de seus herdeiros necessários, que regressar depois desse prazo, não mais terá direito a nada, pois o prazo de dez anos a que se refere o artigo 39 do Código Civil é decadencial. Desta maneira garante-se a segurança jurídica, o direito adquirido dos sucessores e de terceiros.

Decretada a sucessão definitiva considera-se presumida a morte do ausente, com todos os efeitos decorrentes, e a sucessão do morto presumido equivale à sucessão definitiva de que falecido fosse, portanto se o ausente retornar após a decretação da sucessão definitiva, não fará mais jus a seus bens.

Na possibilidade do ausente não retornar e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens serão arrecadados como vagos passando a propriedade do Município, Distrito Federal ou a União dependendo o território em que se localizam.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O nascimento com vida é um fato certo, o que não coloca em dúvida a sua existência, surgindo assim a sua personalidade jurídica. O mesmo não se diz com esta certeza quanto ao fim da personalidade jurídica que pode dar-se de forma certa ou incerta.

A personalidade jurídica se dá com a morte da pessoa natural. A morte pode ser registrada como óbito, atestado por médico ou por testemunhas, ou podem também ser justificadas pelo juiz, nos casos que a lei considera a pessoa presumidamente morta sem declaração de ausência. Nesses casos, considera-se que a morte foi certa, sem dúvidas.

No caso da ausência, pessoa natural desaparece de seu domicílio sem deixar notícia, sem que se saiba se está vivo ou morto. Neste caso, a princípio existe uma grande preocupação pelo legislador com a proteção do patrimônio do ausente, desta maneira regulamentando o destino de seus bens. Para isso é previsto um processo com três fases, as duas primeiras, da curadoria com duração de um ano e da sucessão provisória com duração de dez anos, nelas a atenção do legislador está focada na preservação dos bens do ausente, pensando ainda na probabilidade de sua volta, tomando assim posse de seus bens sem que se percam ou deteriorem. Somente depois de passado esse prazo é que se pode abrir a sucessão definitiva, ou também no caso em que o ausente já tiver oitenta anos de idade e passados mais de cinco anos de seu desaparecimento. Na sucessão definitiva, tem a declaração de ausência, presumindo-se a morte do ausente, pois a probabilidade de sua volta passa a ser praticamente impossível.

A presunção da morte tem eficácia contra todos, mas a eficácia possui uma condição resolutiva que é o reaparecimento do ausente, que se acontecer, considera-se como se vivo estivesse o tempo todo. Portanto o reaparecimento do ausente em qualquer das fases iniciais, assim como por dez anos após a abertura da sucessão definitiva garante o direito a retomada da posse de seus bens, na situação que se encontrarem de acordo com que cada uma das etapas legalmente prevê.

Passados dez anos da abertura da sucessão definitiva, caso ocorra, não mais lhe garante o seu patrimônio.

Com grande semelhança ocorre a sucessão da sociedade empresarial da qual o ausente era sócio, passando por todas as fases, até que seja decretada a morte presumida do ausente. Com a declaração da morte, então, poderão os herdeiros ou legatários, tomarem posse da sociedade se assim for determinado ou então receberão a liquidação das cotas respectivas ao sócio falecido ao promoverem a dissolução da sociedade empresarial.

Com a evolução jurídica trazida pelo Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico conseguiu ampliar a solução do problema da ausência, que até então era muito vago e indefinido, possibilitando a proteção dos bens do ausente até que seja presumidamente morto, mas sempre pensando na possibilidade de seu retorno e no direito dos seus herdeiros.

## **5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALVES, José Carlos Moreira. **Os efeitos jurídicos da morte. IV Jornada de Direito Civil**, Brasília, v. I, p. 17-27, 2007.

ARAÚJO, Bárbara de Almeida. **A ausência: análise do instituto sob a perspectiva civil-constitucional**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, volume 2: direito de empresa. - 15. Ed. - São Paulo: Saraiva, 2011 p. 219 a 223 e 498 a 500.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil** - São Paulo: Saraiva, 2003 p. 219 a 225.

DELGADO, Mário Luiz. **Problemas de Direito Intertemporal no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 172.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2008 p. 656.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil Anotado**. 13 ed. - São Paulo, Saraiva: 2008 p. 1397.

FIÚZA, César. **Direito Civil: curso completo** - 15. ed. revista, atualizada e ampliada. - Belo Horizonte: Del Rey, 2011 p. 134 a 137.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: curso completo** - revista, atualizada e ampliada. - Belo Horizonte: Del Rey, 2003 p. 117.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume I - Parte Geral. 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2005 p. 547.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro, volume 1 ; parte geral** – 5. ed. rev. E atual. – São Paulo; Saraiva, 2007 p. 174 a 180.

\_\_\_\_\_. **Principais inovações no Código Civil de 2002** – São Paulo; Saraiva, 2002 p. 04.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito das Sucessões. Rio de Janeiro, 2003 p.10 a 11.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, v. 1** – São Paulo; Saraiva, 1990 – 1994 p. 332 a 340.

\_\_\_\_\_. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, v. 1; parte geral** – 39. Ed. ver. E atual. Por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. – São Paulo; Saraiva, 2003 p.113 a 119.

NETO, José Antônio de Paula Santos. **Da ausência** – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001 p. 01 a 377.

OLIVEIRA, J. M. Leoni de. **Teoria Geral do Direito Civil** – Rio de Janeiro: Lumen, 1999 p. 140.

PORTO, Tarcisa Araceli Marques. **A ausência no novo código civil** – São Paulo: SRS Editora: 2008 p. 01 a 240.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil** – São Paulo: RT, 2003, p. 21 a 75.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2008 p. 776.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil/ Silvio Rodrigues**. – São Paulo; Saraiva, 2002 p. 77 a 84.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, vol. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Volume I** – Parte Geral. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009 p. 612.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: direito de família** – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2011. – (Coleção direito civil; v.6) p. 477 a 485.