

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A EXTINÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA NATURAL EM
DECORRÊNCIA DA MORTE PRESUMIDA**

Kêmella Gnocchi de Godoy

Presidente Prudente/SP
2006

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A EXTINÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA NATURAL EM
DECORRÊNCIA DA MORTE PRESUMIDA**

Kêmella Gnocchi de Godoy

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Gilberto Notário Ligerio.

Presidente Prudente/SP
2006

**A EXTINÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA NATURAL EM
DECORRÊNCIA DA MORTE PRESUMIDA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

Prof. Gilberto Notário Ligerio

Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior

Marcos Antônio Soares

Presidente Prudente/SP, 22 de novembro de 2006.

Dedico este trabalho àquela que fez da formação acadêmica de seus filhos seu próprio sonho e ideal de vida: A você, mãe, em memória, que até nos momentos em que parecia ser frágil, foi capaz de transmitir-me perseverança e coragem, tornando-se inesquecível em minha vida.

“Na vereda da justiça, está a vida, e no caminho da sua carreira não há morte.”

Provérbios, 12:28.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter-me concedido a vida, bem como pela proteção que recebi no decorrer desta caminhada, possibilitando a realização do presente trabalho.

À minha mãe, Cleide, em memória, que sempre foi capaz de amar intensamente, demonstrando a plenitude de seu carinho em cada abraço e em cada palavra, transmitindo-me fé e determinação, sem as quais eu jamais teria conseguido cumprir mais uma etapa de minha vida. Nada impedirá que, em todos os momentos, seu amor transcenda o infinito, e me embale com a ternura que só aquela que é minha maior fonte de inspiração sempre conseguiu manifestar.

Ao meu pai, Mário, que tanto amo, pelo apoio, carinho, bem como pelos seus conselhos que conduzem a minha vida, e que sempre me servirão de respaldo.

Aos meus irmãos, Hewerton e Hiwersen, por estarem ao meu lado quando mais necessito de ajuda e companheirismo, o que os tornam parte da minha própria trajetória.

Ao professor Cláudio Sanchez, pelo incentivo aos estudos, e por acreditar que todo acadêmico é capaz de cultivar uma promissora carreira jurídica.

Agradeço, ainda, meu orientador, professor Ligerio, pela atenção e ensinamentos prestados no decorrer desta jornada, propiciando a conclusão deste trabalho, bem como a toda banca examinadora, a quem serei eternamente grata.

RESUMO

O presente trabalho consiste na análise do instituto da morte presumida, inovado com o advento do Novo Código Civil no que se refere às hipóteses em que a presunção do óbito pode ser declarada judicialmente. Este diploma legal trouxe em seu art. 7º duas novas possibilidades de se caracterizar a morte presumida, sem a necessidade de anterior declaração de ausência, quais sejam, achar-se a pessoa em perigo de vida, não havendo posterior notícias de seu paradeiro, bem como desaparecer ou ser aprisionada em guerra, não sendo encontrada em até dois anos após o término desta. O próprio Direito Natural revela a necessidade de termos juridicamente definida a situação de quem desapareceu de seu domicílio, vez que este fato gera conseqüências em vários campos do ordenamento jurídico, atingindo, inclusive, os membros da sociedade que o indivíduo pertencia, o que demonstra a importância de ser reconhecida a extinção da personalidade daquele que foi considerado pelo direito como presumidamente morto, propiciando, assim, estabilidade e segurança nesse meio social. A abordagem do tema compreende a definição de quando há o início e término da personalidade, a evolução histórica desse direito, sua natureza jurídica, suas principais características, bem como os procedimentos que devem ser observados para que seja declarada a morte presumida. Pode-se concluir que o direito da personalidade está voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, sendo esta considerada como princípio maior da Constituição Federal Brasileira, verificando-se a extinção da personalidade tanto nos casos em que a morte é real, quanto nas hipóteses em que é declarada presumida pelo judiciário, a fim de que possa haver segurança jurídica nas relações, apta a afastar a instabilidade social ocasionada pelo desaparecimento do indivíduo.

PALAVRAS-CHAVE: Morte Presumida; Personalidade; Ausência; Segurança Jurídica.

ABSTRACT

The present work consists of the analysis of the death presumed institute, innovated with the New Civil Code advent as for the hypotheses where the swaggerer of the death can be judicially declared. This statute brought in its art. 7º two new possibilities of if characterizing the death presumed, without the necessity of previous declaration of absence, which are, finding it person in life dangering, not having subsequent notice of its localization, as well as disappearing or being imprisoned in war, not being found in to two years after the ending of this. The Natural law by itself discloses the necessity of terms juridically defined the situation of who disappeared of its domicile, time that this fact generates consequences in some fields of the legal system, reaching, also, the members of the society that the individual belonged, what it demonstrates the importance of to be recognized the extinguishing of the personality of that was vain considered by the right as deceased, having propitiated, thus, stability and security in this social environment. The boarding of the subject understands the definition of when it has the beginning and ending of the personality, the historical evolution of this right, its juridical nature, its main characteristics, as well as the procedures that must be observed so that the death is declared vain. This considered can be concluded that the right of the personality is come back to the protection of the dignity of the human person, being as bigger principle of the Brazilian Federal Constitution, verifying it extinguishing of the personality in such a way in the cases where the death is real, how much in the hypotheses where it is declared presumed for the judiciary, so that it can have legal security in the relations, apt to move away the social instability caused by the individual disappearance.

KEYWORDS: Death Vain; Personality; Absence; Legal Security.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONSIDERAÇÕES GERAIS DO DIREITO DA PERSONALIDADE	10
1.1 Conceito de Direito da Personalidade	10
1.2 Evolução histórica do Direito da Personalidade	12
1.3 O Direito da Personalidade na Constituição Federal Brasileira	18
1.4 Características e Natureza Jurídica do Direito da Personalidade	19
1.5 Início da Personalidade	23
1.6 Término da Personalidade	25
2 DA MORTE PRESUMIDA	29
2.1 Conceito de Morte Presumida	29
2.2 Hipóteses de Declaração de Morte Presumida no Novo Código Civil	30
2.3 A Morte Presumida e o Instituto da Ausência	34
2.3.1 Do Procedimento da Declaração de Ausência	42
2.3.1.1 Da Curadoria Provisória	42
2.3.1.2 Da Sucessão Provisória	45
2.3.1.3 Da sucessão Definitiva	49
3 A MORTE PRESUMIDA E A JUSTIFICAÇÃO DO ÓBITO – LEI 6015/73	55
3.1 Conceito e Hipóteses de Morte Justificada	55
3.2 Prova Indireta da Morte ou Presunção do Óbito?	57
3.3 Procedimento da Justificação do Óbito	59
4 DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DE MORTE PRESUMIDA	69
4.1 Do Procedimento Judicial Para Declaração da Morte Presumida	69
4.2 Algumas Conseqüências Jurídicas da Sentença Declaratória de Presunção da Morte	70
4.3 O Princípio da Segurança Jurídica em Face da Morte Presumida	77
CONCLUSÕES	83
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	87
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	91

INTRODUÇÃO

O trabalho em tela objetiva a análise da sentença declaratória de morte presumida e sua implicação na extinção da personalidade da pessoa natural, uma vez que consideráveis conseqüências jurídicas são advindas da decisão que considera altamente provável o óbito do indivíduo, que não teve o cadáver localizado para a comprovação real de seu falecimento.

No que tange à aplicação prática do tema em estudo, a presente obra procura demonstrar que as freqüentes ocorrências de catástrofes naturais em nosso planeta, as inúmeras situações em que a pessoa pode se encontrar em perigo de vida – por exemplo, vítimas de seqüestros e ataques criminosos –, bem como as guerras civis e militares, cada vez mais assíduas em todo o mundo, revelam a importância do reconhecimento da morte presumida como fator apto a extinguir a personalidade do desaparecido, propiciando, desse modo, estabilidade e segurança entre os membros da sociedade.

Em relação à técnica de pesquisa utilizada, aproveitamos a indireta, especificamente a pesquisa bibliográfica, em que tomamos por base a doutrina, bem como artigos de revistas jurídicas, que viabilizaram o desenvolvimento do tema em estudo, através do método dedutivo.

No que se refere ao conteúdo explanado neste trabalho, o primeiro capítulo destina-se a conceituar o direito da personalidade, bem como a esclarecer sua distinção com a idéia de capacidade de direito. Em seguida, são apresentadas a evolução histórica, a natureza jurídica, e as principais características desse direito, considerado essencial à pessoa, na medida em que visa a proteção de sua dignidade, considerada como o princípio mãe em nossa Constituição Federal.

Ainda na primeira parte, estudamos o momento em que se inicia a personalidade da pessoa humana, e quando há sua extinção, sendo que a doutrina apresenta-se divergente no tocante a aceitar o fim da personalidade quando o óbito decorre de sentença que declarou a morte presumida.

Em seguida, estão em pauta as hipóteses de presunção do óbito, consagradas no Novo Código Civil, destacando-se a inovação trazida neste diploma com o acréscimo de causas não

previstas no Código de 1.916, embora já fossem estas abordadas na Lei de Registros Públicos (6015/73) como causas que permitem a justificação do óbito, consideradas atualmente como hipóteses de morte presumida.

Ademais, é abordada a diferença entre ausência e presunção do óbito, examinando-se o procedimento judicial observado para se obter a declaração daquela, viabilizando, posteriormente, que o prolongado tempo de desaparecimento do ausente acarrete na presunção de sua morte, havendo, assim, a abertura da sucessão definitiva de seus bens.

No terceiro capítulo, procura-se traçar a co-relação existente entre as causas previstas na lei 6015/73, ensejadoras da justificação do óbito, e as consagradas no art. 7º do Código Civil, como hipóteses de morte presumida. É apresentada, outrossim, a discussão doutrinária concernente ao procedimento a ser adotado para a declaração de morte presumida (ou justificada), quando do preenchimento dos requisitos do art. 7º do diploma cível.

E, ao final, abordamos algumas das principais conseqüências jurídicas que podem advir da sentença declaratória de morte presumida do indivíduo – como a dissolução do vínculo matrimonial, extinção da punibilidade do réu em eventual processo penal em trâmite – bem como a existência da segurança jurídica daqueles que sofrem os reflexos da decisão que declara a presunção do óbito, afastando a instabilidade social gerada pelo desaparecimento da pessoa, sendo que esses fatores revelam existir extinção da personalidade tanto na morte real, quanto na morte presumida.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS DO DIREITO DA PERSONALIDADE

1.1 Conceito de Direito da Personalidade

Para que possamos conceituar o direito da personalidade, necessário se faz previamente esclarecermos a conotação do termo *personalidade*, bem como abordarmos na seqüência em que consiste a *capacidade de direito*, tendo em vista a tênue linha que os separa, causando, não raras vezes, a utilização desses termos por alguns juristas como sinônimos fossem.

A *personalidade* compreende a união de caracteres da pessoa, de atributos humanos como a vida, honra, integridade física, imagem, dentre outros bens, objeto de proteção no ordenamento jurídico. Aquela é inerente à condição de ser humano, recebendo, dessa forma, o amparo do Direito, denominado de Direito da Personalidade.

Nesse contexto, leciona Gofredo da Silva Telles, *apud* Diniz (2003, p. 119):

[...] a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprio da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

No mesmo sentido, com propriedade Godoy (2001, p. 25) sustenta:

[...] a esses direitos que irradiam e se apóiam na personalidade, servindo de, justamente, a sua proteção, bem assim à tutela de suas emanções primeiras, como a vida, a honra, a privacidade, a imagem da pessoa, entre outras, é que se dá o nome de direitos da personalidade.

Logo, o conjunto de bens peculiares da essência humana, como a vida, imagem, nome, dentre outros, é tutelado juridicamente pelos denominados direitos da personalidade, tanto no âmbito cível, quanto no campo constitucional, conforme passaremos a expor oportunamente.

Insta salientarmos que, o conceito de personalidade até então apresentado não é o reconhecido pela unanimidade da doutrina pátria e estrangeira, vez que o emprego da conotação de *capacidade de direito* na definição de *personalidade* prepondera entre renomados juristas, resultando num aparente sinônimo entre ambos os termos.

Elimar Szaniawski (2005) atribui ao Código Civil revogado o fato de inúmeros doutrinadores não atentarem à distinção existente entre a capacidade de direito e a personalidade, haja vista que só com o advento do novo diploma legal é que o legislador separou os dois conceitos.

Nesse diapasão, Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 8-9) assevera que:

[...] na doutrina civilista tradicional, personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direitos e contrair obrigações [...]. “Personalidade e capacidade jurídica são expressões idênticas” nas palavras de Eduardo Espínola. Para Pontes de Miranda, por exemplo, “capacidade de direito e personalidade são o mesmo”.

E ainda, enfatizou a autora (2005, p. 13) que San Tiago Dantas (2001) distinguiu personalidade jurídica e capacidade de direito, mesmo antes da vigência do Novo Código Civil:

Em seu *programa de Direito Civil*, registrou o professor que a expressão “direitos de personalidade” não tem relação exclusiva com a noção de personalidade jurídica enquanto capacidade de ter direitos e obrigações. A personalidade quando se trata dos direitos de personalidade, era considerada por San Tiago Dantas um fato natural, “como um conjunto de atributos inerentes à condição humana”. O autor distinguiu duas acepções do termo “personalidade”: uma delas é puramente técnico-jurídica e significa a capacidade de alguém ter direitos e obrigações (ou seja, a atual definição de capacidade jurídica); a outra acepção é natural e equivale ao conjunto dos atributos humanos, como a honra, a vida, a integridade corpórea, a liberdade.

Destarte, o ser humano era compreendido até meados do século XX apenas como componente de uma relação jurídica, ante a noção de personalidade estar voltada ao contexto de *capacidade de direito* – diversamente de sua atual valoração, vez que o conceito contemporâneo que temos de personalidade está embasado na dignidade da pessoa humana –,

acarretando na dupla acepção do termo *personalidade*, sabiamente apresentada pelo professor Dantas.

O valor que atualmente recai sobre a personalidade enaltece a figura do homem, assim como coloca a acepção natural daquele termo num patamar mais elevado do que a acepção técnico-jurídica. Nesse diapasão, Borges (2005, p. 10) afirma que “atualmente, concebe-se a personalidade jurídica como categoria mais ampla do que a capacidade”, e conclui Francisco Amaral (2000), *apud* Borges (2005, p. 10) que “hoje em dia, a personalidade surge como projeção da natureza humana.”.

1.2 Evolução histórica do Direito da Personalidade

Em latim, a palavra *persona* significa máscara utilizada pelos atores teatrais, sendo esse termo empregado para designar à pessoa a condição de sujeito de direitos, como se fôssemos atores na sociedade (VENOSA, 2002).

A proteção jurídica dos direitos da personalidade evoluiu na medida em que o homem foi adquirindo o reconhecimento de seu valor, como ente dotado de dignidade no seio da ordem social.

Carlos Alberto Bittar (2001, p. 19) leciona acerca da teoria dos direitos da personalidade e os fatores que foram determinantes para sua formação:

A construção da teoria dos Direitos da Personalidade humana deve-se, principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a idéia da dignidade do homem; b) à Escola de Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissolivelmente e preexistente ao reconhecimento do Estado; e, c) aos filósofos e pensadores do iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo frente ao Estado.

Entretanto, ressaltamos que, embora a doutrina cristã tenha despertado sobremaneira a consciência da sociedade quanto à noção de dignidade da pessoa humana, acarretando no desenvolvimento da mencionada teoria, a história registrou o reconhecimento da

personalidade em época anterior a dos ensinamentos de Cristo, em que pese seu amparo não ter sido sistematizado naquela ocasião.

Elimar Szaniawski (2005) assevera que a categoria dos direitos de personalidade era conhecida desde a Grécia antiga, florescendo a aceção de direito geral de personalidade entre os séculos IV e III a.C., devido à influência da filosofia. Leciona, ainda, que (2005, p. 24-25): “Nesse período, o Direito vigente reconhecia cada ser humano possuidor de personalidade e de capacidade jurídicas, definindo-se a capacidade abstratamente.”

A doutrina tradicional aponta os romanos como os criadores da teoria jurídica da personalidade, sendo que a expressão *personalidade* era atribuída ao indivíduo dotado de três *status*, quais sejam, *status libertatis*, *status civitatis*, e o *status familiae*. Aquele que não detinha liberdade, como os escravos, não possuía nenhum outro *status*, não sendo considerado cidadão romano, estando impedido de contrair matrimônio nos termos da lei vigente, vez que não era dotado de personalidade, embora fosse ser humano (SZANIAWSKI, 2005).

Dessa forma, para se obter personalidade jurídica, ou seja, ter aptidão para contrair obrigações e adquirir direitos, o Direito Romano exigia do homem a comunhão dos três *status* na sociedade: o de ser livre, ser cidadão romano e a condição familiar, sendo que esta última, consoante disciplina Venosa (2002), consistia na figura do *pater familias*, uma vez que a *alieni iuris* – pessoas sujeitas ao poder do *pater* –, não eram titulares de direitos, nem podiam adquiri-los.

No tocante ao *status familiae*, Szaniawski (2005, p. 28) complementa a assertiva *supra* ao dispor que “o ato jurídico praticado por dependentes do *pater familias*, só seria eficaz se trouxesse benefícios para este. Se, ao contrário, trouxesse prejuízos, era considerado ineficaz.”.

Não obstante a doutrina tradicional sustentar que os escravos não possuíam personalidade devido à ausência do *status libertatis*, sendo, desse modo, considerados *res* pertencentes aos senhores, podemos encontrar doutrinadores que discordam dessa assertiva¹. Venosa (2002) preceitua que os romanos usavam o termo *persona* indistintamente, tanto para aqueles que detinham personalidade – porque reuniam os três tipos de *status*, sendo, pois, sujeitos de relações jurídicas – quanto para os escravos.

¹ Cf. Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2001, p.16)

Robleda (1976), *apud* Szaniawski (2005, p. 28), argumenta que:

[...] os escravos de Roma não podem ser considerados *res*, nem objetos de direitos, mas, ao contrário, pessoas e sujeitos de direitos, embora tendo capacidade de Direito extremamente limitada [...]. O escravo era responsável pelos atos que praticava, tornava-se obrigado como consequência dos delitos que praticava [...].

Portanto, para os que comungam desse segundo entendimento, a personalidade decorre da própria natureza humana do indivíduo, independentemente da condição de ser livre ou escravo na sociedade romana.

Os direitos da personalidade eram tutelados em Roma através do instrumento processual denominado *actio injuriarum*, que consistia num interdito criado no século II a.C. para defesa do sujeito contra a ofensa à honra, à liberdade, à vida, etc., vindo a substituir a vingança privada naquela sociedade (GODOY, 2001).

A queda do Império Romano do Ocidente, face às invasões dos povos bárbaros naquele território no século V, e o advento da Idade Média ocasionaram profundas mutações na Europa, tanto de cunho econômico quanto social.

As modificações econômico-sociais abalaram o Direito Romano, passando o ordenamento jurídico da Europa Ocidental a ser composto pelo Direito germânico costumeiro, imposto pelos invasores, acarretando no desuso do primeiro, bem como na exaltação da vingança privada. Entretanto, ao lado do costume, vigia o Direito Canônico, e a autoridade espiritual da igreja se fazia presente naquela nova comunidade de homens livres, detentores de novos valores e não mais submissos ao autoritarismo absolutista (SZANIAWSKI, 2005).

No século XI surgiu a Escola dos Glosadores de Bolonha, que trouxe de volta a aplicação do Direito Romano justianeu, tornando-se este o direito que vigorou na Europa até o século XIX. Conseqüentemente, Portugal conheceu o renascimento daquele direito, passando as glosas a integrar o direito português vigente no reinado de D. João I, bem como as posteriores ordenações Afonsinas e Manuelinas, sendo que esta chegou a vigorar no Brasil colônia (SZANIAWSKI, 2005).

As glosas não modificaram essencialmente a tutela do direito geral de personalidade, permanecendo sua proteção nos mesmos termos da *actio injuriarum*. É o que observa Capelo de Souza (1995), apud Szaniawski (2005).

Na doutrina de Godoy (2001, p. 19), denota-se que:

[...] foi particularmente na Idade Média que surgiram, com maior concretude, idéias de valorização do homem, reconhecendo-se nele intrínseco um componente espiritual, mais que corpóreo, cuja significação está em sua dignidade, base da concepção dos direitos da personalidade.

E foi com esse ilustre reconhecimento do valor humano que o pensamento da era medieval se apresentou, revelando-se nas exaltações feitas por filósofos à *dignidade da pessoa humana*, dentre os quais se destaca Tomás de Aquino, para quem, segundo a observação de Szaniawski (2005, p. 36) “pessoa é aquilo que é revestido de dignidade”, tendo esta sua origem na doutrina cristã.

Nos séculos XVII e XVIII nasce o Direito Natural, responsável pelo desenvolvimento da noção de dignidade da pessoa humana, relevante à fixação dos direitos da personalidade, enfatizando a existência de direitos inatos (GODOY, 2001).

Entretanto, salientamos que o Estado só veio reconhecer a necessidade de proteção da pessoa humana com o advento do liberalismo no século XVII na Inglaterra, bem como do iluminismo na França no mesmo século, onde, consoante a exposição de Szaniawski (2005, p. 41) “os principais valores consistem na liberdade, na igualdade de todos os homens, na propriedade privada, no mercantilismo, na tolerância e liberdades filosóficas e religiosas” – valores esses que se fizeram presentes no momento em que o homem era visto como o centro da ordem social.

Contudo, no início do século XX, os direitos gerais da personalidade firmados no iluminismo e liberalismo, foram duramente combatidos pela Escola Histórica do Direito e pelo Positivismo Jurídico, concebendo este a idéia de que a única fonte de direito era o Estado, fazendo-se necessário, portanto, que o mesmo tipificasse os direitos da personalidade, transformando-os em autônomos, para que só então pudessem ser tutelados.

Nesse diapasão, Szaniawski (2005, p. 43) discorre que:

Para o positivismo jurídico, somente poderiam ser reconhecidos como direitos de personalidade os diversos direitos que derivam da pessoa humana, expressamente tipificados na lei, considerados os únicos e verdadeiros direitos subjetivos, merecedores da tutela do Estado.

A teoria do direito positivo, que reinava nesse período, culminou na divisão da tutela da personalidade em direito público e em direito privado, sendo aquele – previsto em inúmeras constituições como direitos fundamentais, bem como na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e demais declarações internacionais – voltado à proteção do indivíduo contra eventuais ataques praticados pelo Estado.

Já o direito privado da personalidade abrangia os mesmos direitos consagrados como públicos, mas aplicados nas relações entre particulares, quando da agressão por um sujeito a algum atributo da personalidade de outro (SZANIAWSKI, 2005).

Na assertiva do professor Carlos Alberto Bittar (2001, p. 19-21) “A Declaração francesa defendia o respeito ao indivíduo frente ao absolutismo do Estado, representando a reação contra a opressão do poder e os privilégios de classes em períodos anteriores.”.

Se com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (datada em 1789) os direitos da personalidade públicos ganhavam espaço no ordenamento jurídico, na medida em que se fazia atuante a necessidade de se ver tutelada a personalidade do indivíduo contra atentados advindos do poder público, de outra banda aqueles mesmos direitos, porém na esfera privada, mostravam-se menos desenvolvidos. Nesse contexto, explica Bittar (2001, p. 21) que “Os direitos da personalidade ainda não se encontravam suficientemente estruturados, para que se interessasse o legislador em conferir proteção, no âmbito privado, aos atributos da pessoa.”.

Em complemento a essa doutrina, Edson Ferreira da Silva (1998, p. 27) esclarece:

[...] mesmo o Código de Napoleão, fruto da revolução que pretendeu consagrar os direitos do homem, não dedica maior atenção aos direitos de personalidade, ocorrendo o mesmo com os códigos que nele se inspiraram. Estimava-se que essa matéria era mais própria das leis políticas que das leis civis.

Com o advento das duas guerras mundiais e as conseqüentes mutações econômica e social dos indivíduos, o pensamento vigente no século XIX e meados do século XX – que se restringia a enfatizar a proteção dos direitos da personalidade apenas na relação entre o Estado e o particular – deparou-se com a transformação do Estado Liberal em Social, onde há necessidade de o povo ter um governo mais atuante na tutela das relações privadas mostrava-se cada vez mais forte, ante a valorização da dignidade da pessoa humana.

Assim, Borges (2005, p. 13) explica o posicionamento de Renan Lotufo (2003):

Renan conta que os direitos da personalidade passaram a ter uma relevância maior depois da segunda guerra mundial, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). O autor aponta a dignidade como fundamento dos direitos da personalidade ao vincular o crescimento de tais direitos à inserção do respeito à dignidade humana nos novos sistemas constitucionais.

Logo, o valor atribuído à dignidade do homem, como princípio maior que alicerça os direitos da personalidade, foi internacionalmente disseminado quando da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, culminando no fenômeno da *constitucionalização dos direitos civis* – assim chamado pelo professor Szaniawski (2005) –, tendo em vista a ausência de dedicação até aquele momento dos diplomas cíveis à tutela dos mencionados direitos, conforme exposto acima.

Assevera o citado mestre (2005, p. 56) que:

[...] O sistema jurídico desenvolvido pelo Direito Civil clássico não mais respondia aos anseios sociais, nem às necessidades do homem. Esse fenômeno excluiu o Direito Civil da tradicional posição de ponto nuclear do ordenamento jurídico dos povos, vindo a ocupar seu lugar a *Constituição*, que passou a ditar princípios e regras que constituem e regulam as relações sociais [...] Desse modo, o Código Civil deverá ser lido sob ótica dos grandes princípios constitucionais. Nessa ótica, *o Direito Civil não se contém somente na regulamentação dos valores patrimoniais e individuais em si, mas se expande, estendendo seu poder de atuação no sentido de realizar a efetivação de valores existenciais e de justiça social.*(grifo nosso)

Ante o exposto, a proteção da personalidade do homem alcançou o abrigo constitucional a partir de meados do século XX, tanto para tutelar sua dignidade nas relações entre ele e o Estado, quanto para defendê-la nas relações entre particulares, proteção esta que

tem como principal fundamento a certeza de que o ordenamento jurídico existe para regulamentar a vida em sociedade, figurando o ser humano como razão de ser do próprio Direito, merecendo, pois, a sua dignidade ampla e eficaz tutela, a fim de que a ordem jurídica se mostre digna de conduzir esse grande contrato social, preconizado por Rousseau.

1.3 O Direito da Personalidade na Constituição Federal Brasileira

Com o término da segunda guerra mundial, a dignidade da pessoa humana passou a se apresentar como princípio maior nas Constituições, amparando de maneira mais eficiente o direito da personalidade.

Nesse diapasão Szaniawski (2005, p. 120) declina que:

O direito brasileiro absorve plenamente estas lições, tendo em vista que os incisos III e II, do art. 1º da CF de 1988, expressamente consagram como fundamento da nação brasileira, o princípio matriz da *dignidade* da pessoa humana e da *cidadania*, que se apresentam como uma verdadeira cláusula geral de proteção da personalidade humana, incluindo a Constituição, em seu § 2º, do art. 5º, os direitos e garantias fundamentais oriundos de tratados internacionais em que o Brasil seja parte [...]

Logo, o direito positivo deve ser aplicado sob a ótica da magna carta, que traz a pessoa humana como fundamento da existência do ordenamento jurídico. O princípio matriz da dignidade da pessoa humana reflete todos os demais direitos fundamentais do homem, e de acordo com Szaniawski (2005, p. 121), “Esses princípios constitucionais fundamentais formam um conjunto de sustentação do direito geral de personalidade brasileiro, e também informam os direitos especiais de personalidade.” .

Através desses princípios, o operador do direito conta com diretrizes quando da aplicação da norma e de sua interpretação. O direito da personalidade está embasado no princípio mãe da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, sendo que os outros princípios fundamentais que norteiam a *personalidade* visando sua proteção encontram-se, preponderantemente, no título II – Direitos e garantias fundamentais (vida, propriedade, intimidade, etc.) –, e no título VIII – educação, cultura, saúde, previdência, meio ambiente, etc.

Borges (2005, p. 14) explica que “[...] Os direitos da personalidade são os considerados essenciais à pessoa humana, visando a proteção de sua dignidade. Diante disso, em nosso direito, cada vez mais o conceito ‘personalidade’ se aproxima do valor ‘dignidade’.”.

E conclui a assertiva dispondo a autora (2005, p. 16) que “Os direitos de personalidade, cada vez mais desenvolvidos para uma proteção maior do ser humano, voltam-se para a realização da dignidade da pessoa. Talvez venham a ser chamados de direito da dignidade.”.

1.4 Características e Natureza Jurídica do Direito da Personalidade

Os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis (DINIZ, 2003). Salienta-se que, Bittar (2001) acresce, ainda, como características: direitos inatos, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*.

São absolutos porque todos devem respeitá-los, inclusive o Estado, não se exigindo qualquer pré-relação jurídica entre as partes, bastando a ocorrência de lesão a qualquer desses direitos para que surja o direito de reparação ao dano causado (SOUZA, 2002).

São intransmissíveis, na medida em que não possuem conotação patrimonial, o que os diferem dos direitos pessoais, haja vista que estes são aplicados na designação de direitos de natureza patrimonial (SZANIAWSKI, 2005).

Consoante disciplina SOUZA (2002, p. 13) :

O valor econômico não alcança os danos sofridos, quando se está a falar em danos aos direitos da personalidade. Refoge até da característica elementar do Direito Civil, que é a reparação de danos, não como sanção, mas como denominado: direito do ressarcimento.

Nos direitos da personalidade, não há uma reparação, mas uma compensação da dor [...].

São indisponíveis; no entanto, deve esta característica ser vista com ressalvas, posto que não é vedado a uma pessoa explorar economicamente sua imagem em decorrência da

profissão, como o fazem os artistas e modelos, por exemplo, sendo esta indisponibilidade, então, relativa.

São irrenunciáveis porque, conforme leciona SOUZA (2002, p. 14) “[...] a faculdade de renúncia está compreendida na faculdade de disposição. Quando se diz que são indisponíveis, significa que são também irrenunciáveis.”. Diniz (2003) assevera que os direitos em comento são irrenunciáveis por não ultrapassarem a esfera de seu titular.

São imprescritíveis por não se extinguirem nem pelo uso, nem pelo não uso de seu titular, e impenhoráveis por não terem conotação pecuniária.

São inexpropriáveis, segundo Diniz (2003, p. 121) “[...] por serem inatos, adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana. Daí serem vitalícios [...]”.

No que concerne a serem direitos inatos, há entendimentos doutrinários que não aceitam essa característica, afirmando que os direitos da personalidade são apenas os positivados. Assim, Szaniawski (2005, p. 81) citando De Cupis (1961) dispõe que:

[...] não se presta à expressão *direitos inatos*, pois com a modificação da consciência moral e da forma de ver o ser humano inserido na sociedade, modifica também o âmbito dos direitos essenciais à personalidade [...] Por isso, os direitos da personalidade se vinculam ao direito positivo tal como os outros direitos subjetivos.

Opondo-se a esse entendimento, Bittar (2001, p. 7) sustenta:

Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atestam –, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária – e dotando-os de proteção própria [...]

São os direitos que transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade.

Parece-nos mais acertado o segundo entendimento, haja vista que o sentimento de dignidade do homem, e conseqüentemente seus direitos de personalidade, são inerentes à condição de ser da pessoa humana, vindo o direito positivo a prestar-lhe efetiva tutela, o que

não implica em dizer que apenas quando da positivação haverá direitos da personalidade, vez que se estaria engessando o ordenamento jurídico, bem como conferindo a esses direitos o caráter taxativo, quando na verdade, não são eles *numerus clausus*.

São, ainda, necessários, vitalícios e oponíveis *erga omnes*, haja vista que “não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana [...] terminam, em regra, com o óbito de seu titular por serem indispensáveis enquanto viver [...]” (DINIZ, 2003, p. 121).

No que tange a última característica, são os direitos da personalidade oponíveis contra todos por serem absolutos, o que implica na obrigação de todos se absterem de praticar determinado ato em relação aos bens jurídicos, tendente a prejudicá-los (SOUZA, 2002).

Quanto à *natureza jurídica*, a discussão doutrinária repousa em ser os direitos de personalidade de caráter subjetivo, ou simples estado natural da pessoa.

Para o autor alemão Von Tuhr, citado por Szaniawski (2005, p. 73):

[...] todos os bens jurídicos protegidos pela lei não podem ser considerados como direitos subjetivos e, conseqüentemente, a ocorrência de certo fato, que é proibido e que produz danos, não pode, simplesmente, ser tratado como lesão de um direito subjetivo [...] A vida, o corpo, a liberdade de obrar, constituem um estado natural, não podendo esses bens ser monopolizados. Também não podem existir, em relação aos direitos de personalidade, disposições sobre o nascimento, extinção, renúncia ou transferência desses direitos[...]

Nesse mesmo sentido, o autor argentino Orgaz, *apud*, Silva (1998, p. 7) sustenta que “[...] a vida, a integridade física ou moral, o nome, etc, não constituem direitos da pessoa – como se fossem algo separado e distinto dela, algo que a pessoa tem e que poderia não ter –, senão que são a pessoa mesma.”.

Logo, para a corrente doutrinária que leciona não possuir os atributos da personalidade humana – vida, imagem, honra, etc. – natureza de direito subjetivo, a razão apresentada consiste no fato de não ter o homem nenhuma faculdade sobre os mesmos, ao passo que é da essência do direito subjetivo atribuir ao indivíduo o poder de prevalecer a sua vontade.

Portanto, os que negam a natureza de direito subjetivo aos direitos da personalidade, como os autores alemães Savigny, Von Tuhr e Enneccerus, o argentino Orgaz, dentre outros, fundamentam seu posicionamento dispondo que, esses direitos não podem ter como objeto o próprio homem, vez que não se admite o poder de disposição de si mesmo, e, conforme explica Bittar (2001, p. 14) “[...] não poderia haver direito do homem sobre a própria pessoa, porque isso justificaria o suicídio”, razão pela qual essa corrente não acolhe os direitos de personalidade como sendo direitos subjetivos.

De outra banda, há doutrinadores que defendem ter os direitos de personalidade a natureza de direito subjetivo, pois a vida, a honra, a integridade física, a liberdade, etc., são bens que encontram tutela no ordenamento jurídico, por serem direitos essenciais à existência do homem, sem os quais os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o mesmo.

Ferrara (1921) apud Szaniawski (2005, p. 78) é adepto dessa corrente, dispondo que “[...] no direito subjetivo, a alavanca de movimento do mecanismo de proteção é colocado nas mãos do titular. Este pode movimentá-la no seu interesse, quando quiser.”.

Nesse diapasão, Godoy (2001, p. 32) assevera que “[...] entende-se haja mesmo um direito que o indivíduo se reconhece, consubstanciando em uma prerrogativa, no Brasil erigida em nível constitucional (art. 1º, inciso III), considerada valor fundamental de República, de preservar a própria dignidade [...]”.

Assim, o Estado juiz proporciona a tutela aos direitos da personalidade, podendo o indivíduo acioná-lo quando da lesão ou ameaça de lesão a quaisquer de seus bens que integram aqueles direitos, sendo que o direito subjetivo consiste nessa *faculdade* de o sujeito ter seu interesse protegido, bem como no *poder* que lhe é atribuído para assegurar essa tutela frente a outras pessoas, através de medidas judiciais.

Szaniawski (2005, p. 77) leciona que “O poder reconhecido a uma pessoa para assegurar a proteção de seus interesses morais, não é outra coisa senão um direito subjetivo.”. Diniz (2003, p. 120) realça o que foi exposto *supra*, nos permitindo concluir que a corrente adepta à natureza de *direito subjetivo* dos direitos da personalidade é a mais acertada:

Na verdade, o direito à vida é o *direito ao respeito à vida* do próprio titular e de todos. Logo, os direitos da personalidade são *direitos subjetivos* “*excludendi alios*”,

ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial.

1.5 Início da Personalidade

O ordenamento jurídico brasileiro determina que o início da personalidade da pessoa natural ocorre a partir do nascimento com vida, resguardando-se, entretanto, os direitos do nascituro desde a sua concepção. É o que dispõe, *in verbis*, o art. 2º do Código Civil:

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

Venosa (2002, p. 159) disciplina que “a questão do início da personalidade tem relevância porque, com a personalidade, o homem se torna sujeito de direitos.”. Entretanto, insta observarmos que a doutrina não é unânime em aceitar o início da personalidade nos termos em que está disposto na lei civil pátria, recebendo o nosso legislador críticas por não atribuir personalidade ao nascituro, embora proteja seus direitos.

A origem dessa concepção de se determinar o nascimento com vida como ponto de partida da personalidade do indivíduo está calcada no Direito Romano, que, na lição de Szaniawski (2005, p. 63-64) “considerava o embrião como parte das vísceras da mulher, não vislumbrando o feto como ser independente [...]”.

Ao filiar-se a essa tradição romana, o legislador civil não se atentou para a existência da distinção entre capacidade de direito e personalidade – embora tenha separado esses dois conceitos no Capítulo I do Título I do Livro I do Código Civil, quando da elaboração do art. 2º -, mesclando ambas as noções, o que o levou a negar esta última ao nascituro, divergindo, dessa forma, do princípio matriz revelado na magna carta, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, Borges (2005, p. 15-16) assevera que:

Adquire-se, juridicamente, dignidade com o simples fato de ser humano, mesmo ainda não tendo nascido[...] A dignidade da pessoa humana não depende de estado nem de outros qualificativos jurídicos, não nasce de um contrato nem de declaração

de vontade, não está ligada aos papéis ou atividades que a pessoa desempenha, *não tem relação com a capacidade*. Chega-se a afirmar que *a dignidade da pessoa humana independe, inclusive, do nascer com vida*, pois o nascituro, mesmo sem ainda ter nascido, possui a qualidade de humano. *O pressuposto da dignidade é a qualidade de humano, não o nascimento com vida*. (grifo nosso).

Szaniawski (2005) igualmente leciona que o nascituro é uma pessoa e, como tal, portador de personalidade, estabelecendo-se, todavia, a capacidade de direito a partir do nascimento com vida da pessoa. Diniz (2003) também defende que os direitos da personalidade independem do nascimento com vida.

Logo, é com base nessa interpretação sistemática do Código Civil, bem como da Constituição Federal que o ordenamento jurídico penal veda a prática do aborto, haja vista que o nascituro tem o direito à vida e aos demais atributos da personalidade.

Se no art. 2º do diploma cível brasileiro o legislador andou mal ao negar a personalidade ao nascituro, em outros dispositivos do Código Civil, ao contrário, lhe garantiu direitos que são da essência da personalidade humana, como, por exemplo, no parágrafo único do art. 1609, onde se permite reconhecer o filho, mesmo antes de nascer; no art. 1798, em que legitima como sucessoras as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão; dentre outros.

Todavia, há na doutrina brasileira quem sustente ser o nascimento com vida o marco inicial da personalidade. Caio Mário (2004, p. 217) leciona que, antes do nascimento com vida não existe personalidade, pois:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua triologia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento da personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito[...].

O mencionado doutrinador assim explana sua idéia porque usa a noção de capacidade de direito para elucidar a de *personalidade*, ou seja, dispõe que personalidade é a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, mesclando ambos os institutos. Por isso, temos a formação da corrente que nega personalidade ao nascituro, e todo autor que não distinguir

ambas as noções fatalmente irá se aderir a esse posicionamento, face a capacidade de direito ser algo atribuído àquele que nasce com vida.

Venosa (2002, p. 160) assevera que “o fato de o nascituro ter proteção legal, não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito.”.

Logo, devemos interpretar a legislação cível de maneira sistemática, voltando a atenção ao Capítulo I do Título I do 1º Livro do Código Civil, onde a personalidade se apresenta como noção distinta da capacidade, bem como à Constituição Federal, em que a dignidade da pessoa humana é o princípio que alicerça todo o ordenamento jurídico, sendo o nascituro igualmente tutelado pelo direito, em virtude de ser detentor de personalidade.

1.6 Término da Personalidade

A personalidade da pessoa natural se encerra com o advento de sua morte. É o que dispõe o art. 6º do Código Civil *in verbis*:

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

Com o fim da personalidade jurídica do indivíduo, este deixa de ter capacidade de direito, ou seja, ser sujeito de direitos e obrigações, gerando efeitos para o mundo jurídico, como por exemplo, dissolução do vínculo matrimonial, transmissão do patrimônio a herdeiros, extinção do poder familiar, dentre outras conseqüências no vasto campo do direito, conforme passaremos a demonstrar oportunamente neste trabalho.

Ressalta-se que, a morte da pessoa humana pode ser vislumbrada pela ótica jurídica sob duas frentes: real ou presumida, sendo esta última consagrada no Código Civil em seus artigos 6º e 7º:

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 2 (dois) anos após o término da guerra.*

Parágrafo único [...]

A morte real é provada pela certidão extraída do assento de óbito, e a presumida é declarada em sentença judicial que deverá ser levada a registro, consoante art. 9º, inciso IV do Código Civil.

A presunção da morte ocorre quando existe alta probabilidade do falecimento da pessoa desaparecida, sem que haja, contudo, certeza inequívoca de seu óbito, vez que “tudo que é presumido é altamente provável, mas não constitui certeza.” (VENOSA, 2002, p. 189).

A doutrina brasileira é divergente no tocante à extinção da personalidade da pessoa natural quando o reconhecimento de seu óbito advém de sentença declaratória de morte presumida.

Caio Mário (2004) sustenta que a presunção de morte vigora apenas para efeitos patrimoniais, não implicando em fim da personalidade da pessoa natural.

Venosa (2002) também preceitua que a morte presumida, quando decorrer do lapso temporal de dez anos de ausência da pessoa, devidamente declarada pelo magistrado, não acarreta na extinção da personalidade, uma vez que possui apenas efeitos patrimoniais, na medida em que se abre a sucessão definitiva dos bens do ausente.

Em sentido contrário a essa corrente, que nega a extinção da personalidade do indivíduo quando declarado judicialmente presumido seu óbito, outro posicionamento doutrinário defende existir o fim da personalidade, seja com a morte real, seja com a presumida, gerando a sentença declaratória de presunção de óbito efeitos idênticos aos da morte natural. É o que explana Santos Neto (2001, p. 150-151):

Deveras, a morte presumida é figura excepcional prevista na lei para a extinção da personalidade natural [...] o entendimento que se impõem é o de se considerar a morte presumida, quanto aos efeitos civis, plenamente equiparado à morte real [...] Negar eficácia plena à morte presumida se mostra não apenas incorreto, mas ilegal.

Nesse sentido, Diniz leciona que (2003, p. 199):

A existência da pessoa natural cessa com a morte natural, ou presumida, devidamente registrada em registro público (CC, art. 9º, I e IV), que determina o exato momento da abertura da sucessão, também designado de *devolução hereditária*, pois a partir dele os herdeiros recebem, de imediato, a posse e a propriedade da herança.

No mesmo diapasão, Lisboa (2004, p. 323) dispõe:

A pessoa física ou natural se extingue com a morte, que pode ser real ou presumida.

A presunção de morte somente pode ser considerada por ocasião da declaração judicial de ausência da pessoa e nos termos da lei. Em todos os demais casos, a morte deve ser comprovada pelo interessado em exercer algum direito decorrente do óbito.

Esse segundo entendimento nos parece mais acertado, sendo que a presunção de morte, mesmo quando advinda de um instituto voltado à proteção do patrimônio do desaparecido, qual seja, a ausência, extingue a personalidade da pessoa natural, na medida em que a sentença que a declara deverá ser levada a registro civil, como preconiza a art. 9º, inciso IV do CC e art. 94 da lei de Registros Públicos (6015/73), a fim de que seja lavrada no respectivo assento de óbito, implicando em significativas conseqüências no âmbito jurídico, como, por exemplo, na possibilidade de o cônjuge presente contrair novo matrimônio, consoante art. 1571, §1º do diploma cível.

Destarte, Heinrich Hubmann (1967), *apud* Szaniawski (2005, p. 114-115), disciplina que a personalidade é composta por três elementos, e ao analisarmos os mesmos, outra não é a conclusão que chegamos, senão a de que a morte presumida efetivamente extingue a personalidade. Vejamos:

Segundo Hubmann, a personalidade humana é composta por três elementos fundamentais a *dignidade*, a *individualidade* e a *pessoalidade*, que constituem o indivíduo, portador de caráter próprio [...]

A *dignidade humana* consiste no elemento indicador da localização do ser humano no universo [...] A *individualidade* na unidade indivisível do ser humano, consigo mesmo identificado, que possui um caráter próprio, que todo indivíduo traz consigo ao nascer. Este caráter próprio evolui e é complementado através da educação, do progresso moral e espiritual que cada indivíduo desenvolve no curso de sua vida.[...] A *pessoalidade* é o terceiro elemento, que se traduz pela relação do indivíduo com o

mundo exterior, com outras pessoas, com toda a sociedade e com os seus valores éticos, onde o indivíduo se afirma como ser, defendendo sua individualidade.

Notadamente, seja com o óbito real, seja com o presumido, falta ao indivíduo o terceiro elemento que compõe a personalidade, qual seja, a *personalidade*. Tanto na morte real quanto na presumida, a pessoa deixa de se relacionar com a sociedade, e justamente por não haver essa integração do sujeito com o mundo exterior é que se alcança o conjunto probatório exigido pelo ordenamento jurídico para que seja declarada a presunção do óbito através de sentença, que será levada a registro civil.

Assim, face à imprescindibilidade da reunião dos três elementos que compõem a personalidade da pessoa humana é que podemos concluir pelo término da mesma, tanto na hipótese de morte real, quanto na de morte presumida.

2 DA MORTE PRESUMIDA

2.1 Conceito de Morte Presumida

A morte presumida consiste no reconhecimento judicial de que o sujeito desaparecido não mais se encontra com vida, inexistindo, contudo, a prova material de seu falecimento, o que se verifica tanto nas hipóteses onde há conversão da sucessão provisória em definitiva do patrimônio do ausente aos herdeiros – consoante art. 6º do CC –, quanto nos casos estabelecidos no art. 7º *supra* citado do mesmo *Codex*, ensejando sentença declaratória com data do óbito fixada pelo magistrado.

A doutrina de Lisboa (2004, p. 324) dispõe que:

Morte presumida ou ficta é a extinção da pessoa física declarada por decisão judicial decorrente da falta de indício de materialidade do fato, ou seja, pela ausência de cadáver. [...]

Não havendo êxito na localização da pessoa, ao juiz incumbirá precisar a data provável do óbito, que trará reflexos nos negócios jurídicos e na sucessão dos bens deixados pelo desaparecido.

Salienta-se que decorre do próprio Direito Natural a necessidade de termos juridicamente resolvida a situação de desaparecimento de uma pessoa física, uma vez que este fato gera conseqüências nos vários campos do ordenamento jurídico, sendo que a vida em sociedade clama por uma regulamentação nos casos em que o indivíduo não mais se apresenta como parte que a integra.

Conforme outrora explanado, a pessoa física compõe o meio social portando em sua personalidade três elementos caracterizadores de sua existência, quais sejam, *a dignidade, a individualidade e a pessoalidade*, sendo que este último se verifica quando da relação do indivíduo com o mundo exterior.

Na medida em que a pessoa deixa de se apresentar como ser integrante da vida em comunidade, necessário se faz que o ordenamento jurídico ampare tal situação, vez que os demais componentes da sociedade, que de alguma forma se relacionavam com aquela, terão de

ser protegidos pelo Direito, devido à incidência de reflexos que o desaparecimento do indivíduo acarreta na vida das demais pessoas. Por conseguinte, o legislador pátrio consagrou o instituto da morte presumida, suprindo, pois, a lacuna deixada por todo aquele que, sob a ótica da vida em sociedade, figura como falecido, embora não exista prova material de seu óbito.

Com propriedade, Santos Neto (2001) disciplina que, historicamente, a morte presumida decorrente de ausência, baseia-se em dois sistemas, quais sejam, o etário – onde se convencionou o limite de sobrevivência do desaparecido –, e o de prazo vencido – em que é superado um lapso temporal fixado em lei, contado a partir da declaração da ausência. E completa dispondo que: “Os paradigmas mais recuados dessas concepções, ainda sem contornos jurídicos precisos, são, respectivamente, o Salmo 89 e a Odisséia.”.

2.2 Hipóteses de Declaração de Morte Presumida no Novo Código Civil

O Novo Código Civil elenca em sua parte geral, nos artigos 6º *in fine* e 7º, três hipóteses em que se verifica a ocorrência da morte presumida:

A) nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva dos bens do declarado ausente (art. 6º, parte final do CC);

B) Se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida (inciso I do art. 7º do CC);

C) Se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra (inciso II do art. 7º do CC).

O diploma civil pátrio em vigor trouxe em seu art. 7º hipóteses de presunção do óbito antes não consagradas pelo Código de 1916, sendo que neste havia apenas a possibilidade de declaração de morte presumida em casos onde a ausência do indivíduo perdurasse por um lapso temporal de 20 (vinte) anos (art.10 do CC/1916).

Assim, quando a pessoa natural desaparecia de seu domicílio, não havendo notícias suas, tampouco do local de seu paradeiro, bem como inexistindo representante ou procurador

para administrar seus bens, os interessados poderiam pleitear a declaração de sua ausência no judiciário, sendo que, o magistrado nomearia um curador destinado a reger o patrimônio do ausente. Silvio Rodrigues (2000) leciona, consoante o Código Civil de 1916, que, empossado o curador, seriam feitas publicações de editais convocando o ausente a retomar a posse de seu patrimônio, durante um ano, sendo que, passados dois anos da publicação do último edital – três anos após o desaparecimento do ausente –, os interessados elencados no art. 470 do CC/1916 (cônjuge, herdeiros, credores) poderiam requerer a abertura da sucessão provisória. Não havia, ainda, a declaração de morte presumida do ausente, embora seus bens estivessem com os herdeiros. Nesse sentido, Rodrigues (2000, p. 407-408) assevera que:

[...] se após a abertura da sucessão provisória transcorrerem *vinte anos*, sem que o ausente retorne; ou então, se o ausente conta 80 anos de idade e de cinco datam as últimas notícias suas, a probabilidade de que tenha falecido é imensa, sendo reduzidíssima a possibilidade de seu retorno [...], de modo que confere aos interessados a prerrogativa de pleitearem a transformação da sucessão provisória em definitiva[...]

[...] O art. 10 do Código Civil, declarando que a existência da pessoa natural termina com a morte, afirma que esta se presume, em caso de ausência, quando já aberta a sucessão definitiva. (grifo nosso)

O citado professor dispõe que a Lei 2.437, de 7 de março de 1955, reduziu o prazo de duração da sucessão provisória para vinte anos no CC/1916, visto que antes o lapso temporal era de trinta anos, para que só então os interessados pudessem postular a declaração da morte presumida do ausente.

Rodrigues (2000, p. 403) já atentava para a necessidade de serem instituídas na legislação civil brasileira hipóteses de presunção do óbito distintas das decorrentes de anterior declaração de ausência, declinando que:

O problema da ausência, na maior parte dos países, se configura por ocasião das grandes catástrofes, principalmente das guerras e diz respeito a pessoas desaparecidas em bombardeios, naufrágios, explosões, etc., cuja morte não se pode comprovar. Se tivermos em consideração o número de pessoas que durante a II Guerra Mundial desapareceram em campos de concentração, em campos de batalha e em prisões, sem que delas se tenha notícias, podemos colocar o problema em seus devidos termos. E podemos também reconhecer a necessidade de a lei criar, em face do ausente e para disciplinar relações jurídicas que defluem de sua pessoa, uma presunção de morte.

Nesta vertente, o Novo Código Civil brasileiro inovou, trazendo em seu art. 7º o instituto da morte presumida sem co-relação com o da ausência, vez que esta só se verifica nas hipóteses em que o indivíduo deixou bens patrimoniais – conforme passaremos a demonstrar oportunamente neste trabalho –, amparando agora também as hipóteses em que a sobrevivência da pessoa natural é extremamente remota, não se exigindo a declaração de ausência como pressuposto nos casos elencados no mencionado artigo.

Reza o inciso I do art. 7º do CC, *in verbis*:

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;*

Estar em *perigo de vida*, conforme o apontado no artigo *supra*, pode ser uma situação decorrente tanto da própria saúde do desaparecido, quanto de circunstâncias ocasionais em que este se encontrava ou fora colocado por outrem. Nesse sentido, Luis Carlos Alcoforado (online, 2006) relata que:

Decorre da primeira hipótese, a suposição natural de que uma pessoa, ao tempo do desaparecimento, fosse portadora de grave e fatal enfermidade, sem cura conhecida, não gozaria de condições orgânicas suficientes para lhe sustentar à vida, ou, mesmo, tivesse idade biológica bastante avançada.

Quanto à segunda ótica da expressão *perigo de vida*, o mencionado professor exemplifica como elemento fortuito, que leva o indivíduo a estar em tal situação, a prática de alpinismo em uma montanha distante e perigosa, não mais retornando, nem dando sinais de sobrevivência. Elucida, também, a intervenção de terceiros ocasionando o perigo de vida do desaparecido, trazendo o exemplo de um seqüestro demasiadamente longo. Maria Helena Diniz (2005) exemplifica, ainda, como sendo situações em que o sujeito se encontra em perigo de vida, hipóteses como naufrágio, incêndio, inundações e desastre.

O inciso II do art. 7º do CC estabelece a segunda hipótese de declaração de morte presumida, igualmente inédita na legislação civil pátria, haja vista que a situação ali declinada guardava correspondência com a Lei 6015/73 – Lei de Registros Públicos –, mas não

integrava o Código Civil de 1916, conforme passaremos a explicar oportunamente neste trabalho. Assim dispõe o inciso II do mencionado artigo:

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

I – [...]

II – se alguém desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até 2 (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.

Nota-se que o parágrafo único deste artigo estabelece que, para o requerimento da declaração de morte presumida, devem ser esgotadas todas as possibilidades de buscas e averiguações da pessoa desaparecida, devendo a sentença fixar a data do óbito.

Importante destacarmos que a presunção de morte, além de estar prevista no Código Civil e Lei de Registros Públicos, também foi reconhecida por uma Lei Federal para considerar mortas pessoas desaparecidas em determinadas situações. Vejamos:

Lei Federal 9.140, de 04.12.1995, alterada pela lei 10.536/02 e 10.875/04, que reconhecem como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas no período de 02.09.1961 a 05.10.1988, tratando-se, pois, de uma hipótese de morte presumida, antes não consagrada em nosso diploma cível.

No que concerne à presunção do óbito estabelecido no art. 6º *in fine* do Código Civil, isto é, decorrente de anterior declaração de ausência do indivíduo, adiantamos que, após o curso de determinado lapso temporal, a contar da sentença que declara a ausência, advindo a conseqüente curadoria dos bens daquele e a posterior sucessão provisória, “deve a presunção de vida ceder lugar a uma presunção de morte, para que a sucessão se torne possível e cesse, no âmbito do Direito a indefinição criada.”, conforme observa Santos Neto (2001, p. 149) . Essa terceira hipótese de declaração de morte presumida, tida como única pelo Código Civil de 1916, será melhor explorada no próximo subtítulo.

2.3 A Morte Presumida e o Instituto da Ausência

O instituto da morte presumida não se confunde com o da ausência. Neste último, tem-se apenas a certeza do desaparecimento de alguém, não se cogitando em falecimento.

Venosa (2002, p. 177) leciona que “[...] ausente é a pessoa que deixa seu domicílio e não há mais notícias de seu paradeiro. Não basta, no entanto, a simples não presença: o ausente deve ser declarado tal pelo juiz [...]”.

Declara-se a ausência para que o patrimônio daquele que desapareceu de seu domicílio e exime-se de dar notícias, seja protegido. A finalidade desse instituto é exclusivamente patrimonial. Nota-se que, se o desaparecido deixou procurador ou representante para administrar seus bens, ou caso não possua patrimônio, não há que se falar em declaração de ausência, podendo eventualmente ser aplicado o disposto no art. 7º do CC (instituto da morte presumida) se o desaparecido não era possuidor de bens patrimoniais, mas encontrava-se em perigo de vida, não havendo notícias de seu paradeiro e esgotadas as buscas e averiguações, ou ainda, se participara de guerra ou sendo feito prisioneiro não tenha retornado após dois anos do término desta.

Moacir Adiers (2004, p. 192) conceitua *ausência* em seu sentido jurídico da seguinte forma:

Ausente, em sentido jurídico, é aquele que não está presente, ou que desaparece ou se afasta de seu domicílio, por um espaço de tempo relativamente longo, que deixa bens sem administração ou com administração insuficiente ou com administrador que não queira exercer ou continuar exercendo a sua administração, sem que dele se tenha qualquer notícia, inculcando essas circunstâncias sérias dúvidas quanto à existência da pessoa.

Frisa-se que, a *ausência* ora estudada não pode ser confundida com a *ausência* desprovida de sentido jurídico, ou seja, a simples não presença do indivíduo em algum lugar, visto que, conforme disciplina Venosa (2002, p. 191), “a simples ausência de uma pessoa, ainda que prolongada, não tem, por si só, repercussão jurídica.”, afirmativa esta que realça o fato de haver conotação distinta para a mesma palavra, uma jurídica e outra decorrente da linguagem comum. Nesse diapasão, Tesheiner (on line, 2006), dispõe:

Há que se distinguir a ausência decretada (o *ser* ausente, a pessoa juridicamente ausente) da simples ausência (o *estar* ausente, a pessoa faticamente ausente). A primeira supõe, além do fato da ausência e da falta de notícias, como decorre do art. 1.163 do CPC (“sem que se saiba do ausente”), a decretação da ausência, com a arrecadação de bens do ausente e a nomeação de curador que os administre.

No entanto, a conotação atribuída à *ausência* no sentido comum – não presença da pessoa no local em que deveria se encontrar – produz efeitos distintos no âmbito jurídico, conforme o campo do direito em que é aplicada. Adiers (2004) explica que a não presença do indivíduo no local em que ele deveria ou poderia estar traz repercussão no processo civil diversa da produzida no direito civil, haja vista que naquele, objetivando-se preservar os princípios do contraditório e da ampla defesa, consagrados no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, será o ausente citado por edital ou por hora certa, nomeando-se um curador à lide (art. 9º, II, do CPC), enquanto que a consequência gerada no âmbito do direito material consiste na nomeação de um curador, não para atuar na defesa técnica do indivíduo em determinada relação jurídica processual (como ocorre no primeiro caso), mas sim para administrar e preservar os bens do ausente, a fim de que haja a conservação do patrimônio, para que seja devolvido com o eventual retorno daquele, ou entregue aos herdeiros e sucessores quando da partilha na sucessão provisória.

Caio Mário (2005, p. 228) frisa a distinção entre os dois tipos de curador: “Não há, porém, confundir a curatela do ausente *ob successionis cautelam* com a nomeação de curador *in litem* ao demandado que não é encontrado e não acode a citação por edital.”.

Denota-se que, o instituto da ausência no Código Civil de 1916 era localizado no Livro destinado ao Direito de Família, nos artigos 463 a 484, sofrendo severas críticas dos doutrinadores, que sustentavam a adequação do instituto na Parte Geral desse diploma.

Adiers (2004, p. 189) explica este posicionamento da doutrina dispondo que:

Para sustentar correto o entendimento que afirmava ser a Parte Geral o local próprio para o seu tratamento, fundamentavam com a afirmativa de que os efeitos da *declaração de ausência* não se restringiam às relações de ordem familiar, ou não apenas a elas, senão que se expandiam para outras áreas do direito civil e para além do próprio direito civil.

Logo, ante o posicionamento doutrinário, o legislador civil de 2002 trouxe para a parte geral do Código o instituto da ausência, localizado no Capítulo III, do Título I (DAS PESSOAS NATURAIS), do Livro I (DAS PESSOAS).

Nogueira da Gama (2004, p. 31) explica o fundamento da mudança de localização deste instituto no novo diploma civil:

Uma alteração importante – ainda que a princípio apenas sob o prisma formal – é representada pela colocação do tratamento legislativo a respeito da ausência na Parte Geral do novo Código Civil no Livro I (“Das Pessoas”), deixando de cuidar da ausência ao lado da curatela e da tutela, como ocorre na divisão do Código Civil de 1916, em que a ausência é cuidada na Parte Especial, Livro I (“Do Direito de Família”). Tal mudança – certamente correta – representa a adequação do tratamento normativo à matéria, *deixando o ausente de ser formalmente tratado como incapaz*. Daí não ter sido repetida a norma jurídica contida no art. 5º, IV do CC/1916. (grifo nosso)

Consoante explanado *supra*, a declaração de ausência está diretamente relacionada à proteção do patrimônio do indivíduo que desapareceu de seu domicílio, sem ter deixado um administrador para reger sua fazenda, dada a preocupação do Código Civil com a conservação desses bens, na medida em que este diploma legal busca elidir a existência de patrimônios sem titular. Para tanto, os artigos 22 a 25 desse *Codex* vislumbram a nomeação de um curador para exercer essa administração, sendo o mesmo instituído nos moldes dos artigos 1.142 a 1.154, bem como do art. 1160, todos do Código de Processo Civil.

O art. 1.159 do CPC disciplina quando haverá a declaração de ausência da pessoa natural:

Art. 1159. *Desaparecendo alguém do seu domicílio sem deixar representante a quem caiba administrar os bens, ou deixando mandatário que não queira ou não possa continuar a exercer o mandato, declarar-se-á a sua ausência.*

E dispõe no art. 1.160 sobre a nomeação de curador para a administração dos mencionados bens, *in verbis*:

Art. 1160. *O juiz mandará arrecadar os bens do ausente e nomear-lhe-á curador na forma estabelecida no Capítulo antecedente.*

Esses dispositivos processuais guardam co-relação com os artigos 22 a 25 do Código Civil, situados na Seção I – Da curadoria dos bens do ausente – do Capítulo III – DA AUSÊNCIA. Assim, o artigo 22 do diploma legal em testilha preceitua que:

Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

O artigo 23 do mesmo *codex* dispõe da seguinte forma:

Art. 23. 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.

Os dispositivos legais acima declinados são o fundamento da assertiva de que o instituto da ausência é destinado à proteção patrimonial do indivíduo, competindo ao curador administrar os bens pertencentes ao declarado ausente pelo judiciário.

Frisa-se que a curadoria nos casos de ausência, não se confunde com o instituto da curatela do Direito de Família, instituído nos artigos 1767 a 1783 do Código Civil, haja vista que *o ausente não é considerado incapaz*, sendo a função do curador apenas a de administrar os bens do desaparecido. Por conseguinte, se não houver patrimônio deixado pelo ausente, *não haverá nomeação de curador*, tendo em vista que não há que se falar em declaração de ausência face a inexistência de um de seus pressupostos, qual seja, bens patrimoniais. Com propriedade, leciona Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 227) :

Ausente é aquele que desaparece de seu domicílio sem que dele se tenha qualquer notícia. Dá-se em administração seus bens; partilha-se seu patrimônio; *não porque seja ele um incapaz*, mas porque sua fazenda necessita de gerência, e ainda, porque *o prolongado afastamento da direção de seus negócios induz à presunção de sua morte*. (grifo nosso)

Ocorre que, o fato de o ausente não ser considerado incapaz, sendo a curadoria atinente a seus bens, e não a sua pessoa, é uma inovação trazida pelo Novo Código Civil, visto que o diploma legal de 1916 estabelecia em seu art. 5º, inciso IV que o ausente era dotado de

incapacidade civil. Lira Coelho (on line, 2000, p. 02), em seu parecer redigido quando da vigência do antigo Código Civil afirmou que “A pessoa que sabe do desaparecimento do ausente requer ao juiz a declaração de ausência [...], imediatamente dá-se ao ausente um curador, porque ele cai em incapacidade absoluta [...]”, e complementa Santos Neto(2001, p. 203): “[...]embora voltada eminentemente à preservação e administração de interesses patrimoniais, a isso não se limita a curadoria do ausente, que tem também o objetivo de garantir sua representação nos atos da vida civil [...]”.

Atualmente, com o deslocamento do instituo da ausência da parte especial – Do Direito de Família (que abrange a tutela e curatela) – para a parte geral do Código Civil, não há mais que se sustentar a incapacidade daquele que fora declarado ausente, vez que a curatela não recai sobre sua pessoa, mas sim sobre seu patrimônio.

Venosa (2003) explica sobre a impropriedade da lei civil de 1916 ter tratado o ausente como um incapaz, dispondo que este continua munido de capacidade civil para a realização de atos negociais onde quer que se encontre. Adiers (2004, p. 200) complementa o afirmado por Venosa ao disciplinar que “A declaração de ausência de uma pessoa não a inibe de praticar atos que envolvam seus bens, no lugar em que ela se encontre.”

O Código Civil em vigor reconhece que a curadoria tratada na declaração de ausência não se vincula à pessoa do desaparecido, mas sim a seus bens patrimoniais, restando, pois, afastada a idéia de incapacidade do ausente. Tanto é verdade que no diploma civil de 1916 (que arrolava o ausente como absolutamente incapazes em seu art. 5º, inciso IV), o Capítulo Da Ausência denominava a Seção como “*Da curadoria de ausentes*”, sendo que no Código atual, o *nomen iuris* é “*Da curadoria dos bens do ausente*”.

Desse modo, tem-se que a curadoria provisória está voltada à guarda e administração dos bens do ausente, a fim de que sejam eventualmente transmitidos a seus herdeiros na fase de sucessão, devolvidos quando do retorno daquele, ou, ainda, para que o patrimônio possa satisfazer as obrigações avençadas com terceiros.

Com o desaparecimento da pessoa natural e a conseqüente declaração de ausência, o magistrado irá nomear um curador para a administração e zelo do patrimônio do primeiro, conforme prevê os artigos 22 e 23 do Código Civil *supra* citados. A leitura do art. 24 do mesmo *Codex* não pode nos levar a uma interpretação equivocada acerca da curadoria dos

bens do ausente, da curadoria disciplinada na Parte Especial do Código Civil, tampouco da tutela (arts 1728 a 1783 do CC). Reza o mencionado artigo, *in verbis*:

Art. 24. 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.

Nogueira da Gama (2004, p. 34) explica:

A respeito da parte final do art. 24, ora comentado, quanto à aplicação, no que for possível, do que dispõe o Código a respeito dos tutores e curadores, deve-se ressaltar que os três institutos não se confundem, havendo diferenças importantes entre a ausência de um lado, e a tutela e a curatela, de outro. *A ausência não pressupõe a incapacidade do ausente, diversamente do que ocorre na tutela e na curatela. A referência contida no art. 24 quanto aos tutores e curadores deve ser entendida como os poderes e obrigações do curador dos bens do ausente serem funcionalizados ao atendimento dos interesses do ausente e, em segundo plano, aos herdeiros dele. (grifo nosso)*

As diversas peculiaridades que o magistrado deve se ater quando da nomeação de tutor e curador na aplicação do Direito de Família, devem aqui ser igualmente observadas. Nery Junior e Andrade Nery (2002) exemplificam algumas das hipóteses de aplicação comum aos institutos da curatela, tutela e da curadoria dos bens do ausente, como ocorre nos casos em que se justifica a recusa da nomeação do curador, sendo as mesmas relacionadas no art. 1736 do CC; o exercício da curatela dos bens do ausente está submetido à fiscalização judicial e o curador deverá prestar contas da administração ao juiz, consoante o art. 1756, exceto nas hipóteses do art. 1783, isto é, quando o curador for o cônjuge e o regime de bens do casamento for o de comunhão universal.

No que tange à legitimidade ativa para requerer a declaração de ausência daquele de quem não se tem notícias e cujo paradeiro é ignorado, não tendo deixado representante ou procurador para a administração de sua fazenda, o comando civil, em seu art. 22, elenca qualquer interessado, bem como o Ministério Público para o mister. Adiers (2004) assevera que “qualquer interessado” abrange a pessoa que tenha com o ausente um vínculo jurídico – no caso de credores tanto de créditos vencidos e não pagos, quanto os que ainda não se venceram –, ou vínculo de parentesco ou afinidade, em virtude do interesse recair sobre a

preservação dos bens. O Ministério Público tem interesse na arrecadação do patrimônio do ausente, uma vez que estes podem ser considerados vacantes, passando a integrar o patrimônio do Município, Distrito Federal ou União, nos termos do art. 1822 do CC e art. 1.143 do CPC, o que ressalta a caráter social da arrecadação, na medida em que é de interesse público o fato de não haver bens sem titulares que o administrem. Nesse diapasão, Adiers (2004, p. 204) leciona:

[...] Ausentando-se o proprietário dos bens, ficando os mesmos à deriva por falta de administração, e não contando ele com herdeiros ou sucessores, ou não se apresentando interessados na preservação dos mesmos bens, podem os mesmos ser declarados vacantes, passando a integrar o domínio do Município, ou do Distrito Federal, ou da União.

Frisa-se que, além do Ministério Público e daqueles que mantém vínculo jurídico ou de parentesco com o ausente, a iniciativa para a propositura de Ação Declaratória de Ausência pode ser *ex officio*, porquanto o art. 1159 do Código de Processo Civil não elenca um rol de legitimados, o que viabiliza a instauração do processo através da iniciativa do magistrado, haja vista que o interesse sobre a conservação dos bens é tanto dos herdeiros e credores, quanto da própria sociedade. Nesse sentido, Nogueira da Gama dispõe (2004, p. 32):

[...] Enquanto o art. 22, referido, exige que algum interessado ou Ministério Público requeira a declaração judicial de ausência, o art. 1159, do texto codificado de Processo Civil, não estabelece qualquer exigência desta natureza, o que mereceu aplausos por parte da doutrina, permitindo a instauração do procedimento *ex officio*. [...] Assim, com a redação do art. 22 do CC, haveria o retorno ao tratamento anterior a 1.973, ou seja, não poderia o juiz, de ofício, instaurar o procedimento de jurisdição voluntária conhecido como “Dos bens dos ausentes”, o que não se mostra coerente e compatível com os princípios e valores da Constituição de 1988, especialmente relacionados à construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, em que se constata que o interesse à respeito dos bens do ausente não pode ser apenas dele ou de seus herdeiros, mas de toda a sociedade, como visto.

A doutrina de Caio Mário (2005) igualmente sustenta a viabilidade de declaração de ausência *ex officio*, quando o magistrado souber da existência de bens abandonados, cujo titular tem paradeiro desconhecido, nomeando, assim, um curador dativo, fixando-lhe poderes e obrigações.

Denota-se que, o art. 22 do CC prevê a inaplicabilidade da curadoria provisória nos casos em que a pessoa desaparecida tenha deixado representante ou procurador para administrar sua fazenda. Vale dizer, *não haverá ação declaratória de ausência desde logo*, tendo em vista a desnecessidade, nesses casos, de nomeação de curador dos bens do ausente, uma vez que estes não se encontram desprovidos de gerência. O mencionado artigo traz a distinção entre *representante e mandatário*, sendo que, aquele é o curador, o tutor ou os pais (representantes legais) do ausente, e o mandatário é aquele que firmou contrato de mandato com a pessoa que se ausentou, recebendo poderes para a administração e conservação dos bens do mandante.

Destarte, Gama (2004), leciona que, no caso de desaparecimento de um incapaz, não haverá necessidade de se instaurar a curadoria dos bens da pessoa desaparecida se existir representante legal (pais, tutor ou curador) com poderes para zelar e cuidar dos bens daquele.

O fato de não ser declarada a ausência para a instauração da fase da curadoria dos bens, quando houver representante ou mandatário destinados a reger o patrimônio da pessoa desaparecida, não obsta a propositura de ação judicial para a declaração de ausência e abertura da sucessão provisória, desde que decorrido o lapso de três anos do desaparecimento daquela, consoante o art. 26 do CC. Nesse diapasão, Gama (2004, p. 33) sustenta que:

[...] a fase da curadoria dos bens do ausente não será instaurada na hipótese de existir representante legal ou convencional do ausente com poderes de administração e conservação de seus bens, não impedindo, no entanto, que, após decorrido determinado lapso temporal, seja possível o reconhecimento da ausência para fins de instauração da sucessão provisória [...]

Salienta-se que, se o mandatário não quiser ou não puder exercer ou continuar o mandato, ou ainda, se os seus poderes forem insuficientes para reger o patrimônio do mandante, ora desaparecido, deverá ser declarada a ausência deste e nomeado curador para seus bens, conforme o determinado no art. 23 do Código Civil.

2.3.1 Do Procedimento da Declaração de Ausência

A declaração de ausência, conforme outrora destacado, objetiva resguardar o patrimônio daquele que desapareceu de seu domicílio sem deixar representante legal ou procurador, não havendo notícias de seu paradeiro, haja vista que os bens serão restituídos a seu titular em caso de retorno, designados aos sucessores, ou, ainda, destinados ao pagamento das dívidas deixadas pelo ausente.

Referida proteção patrimonial passa por três fases, quais sejam, curadoria dos bens do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva, disciplinadas na lei processual civil nos artigos 1.159 a 1.169, sendo, pois, processada mediante jurisdição voluntária.

2.3.1.1 Da Curadoria Provisória

Consoante o disposto no art. 22 do Código Civil, os legitimados a propor ação declaratória de ausência são quaisquer interessados, ou seja, quem tenha vínculo jurídico ou de parentesco com o ausente, o Ministério Público, bem como o magistrado do domicílio do ausente, *ex officio*, conforme *supra* exposto.

Proposta a ação por qualquer dos legitimados, no objetivo de serem conservados os bens do ausente, o juiz irá nomear um curador para a administração do patrimônio. Caio Mário (2005) ressalta que, não obstante haver procurador constituído para reger os bens do ausente, se aquele não puder ou não quiser exercer ou continuar exercendo o mandato, seja pelo término da representação, seja pela incapacidade, morte ou renúncia do mandatário, deverá ser nomeado curador.

A princípio, o legislador supõe transitório o desaparecimento do indivíduo, sendo que as medidas adotadas visam preservar os bens patrimoniais do ausente, uma vez que este ainda pode retornar; denominando-se esta fase de curadoria dos bens do ausente (RODRIGUES, 2000).

Será nomeado curador legítimo, nos termos do art. 25 do CC, *o cônjuge* do ausente, desde que não separado judicialmente ou de fato por mais de dois anos antes da declaração de ausência. O Código não faz menção ao companheiro do ausente. Contudo, ante o disposto na Constituição Federal, em seu art. 226, §3º, que reconhece a união estável como entidade familiar para efeito de proteção estatal, temos que o companheiro, se convivia com o ausente à época do desaparecimento, será nomeado curador legítimo. Assim, Gama (2004, p. 35) assevera que

[...] não houve a devida adequação do art. 25 do novo Código à ordem civil-constitucional instaurada a partir de 1988, devendo o intérprete realizar importante trabalho hermenêutico no sentido de integrar a aparente lacuna da lei com a inclusão do companheiro, diante da eficácia plena e imediata do preceito constitucional.

Na falta do cônjuge ou companheiro, a curadoria dos bens do ausente recairá sobre *os pais ou descendentes*, respectivamente, se não houver impedimento que os iniba de exercer o cargo. É o que estabelece o §1º do art. 25 do diploma civil. Nota-se que, se os pais exerciam o poder familiar quando do desaparecimento do ausente, não há que se falar em nomeação à curadoria dos bens deste, visto que é desnecessária essa fase processual, e eles administrarão o patrimônio do ausente, não porque são nomeados curadores, mas sim porque são seus representantes legais.

O §3º do art. 25 do CC determina que *na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador*. Trata-se da curatela dativa, onde o magistrado indicará alguém para reger os bens do ausente na falta dos arrolados no art. 25 do CC. Santos Neto (2001) disciplina que será nomeado como curador aquele que apresentar aptidão e idoneidade para o exercício do encargo, quando houver impedimento ou escusa das pessoas legitimadas pela lei.

Segundo Caio Mário (2005, p. 228) “As preferências fundam-se no critério da comunicabilidade de interesses e no conhecimento presumido dos bens e suas peculiaridades.”

O art. 1161 do CPC determina que *o juiz mandará arrecadar os bens do ausente e nomear-lhe-á curado*, podendo o magistrado determinar a mencionada arrecadação inclusive *ex officio*. Logo, explica Santos Neto (2001) que a arrecadação é feita por alguém designado pelo magistrado, onde se apurará o montante patrimonial do ausente, através do

comparecimento em sua residência, acompanhado do curador nomeado, sendo em seguida entregue ao curador um termo especificado com o arrolamento dos bens e seus valores. O professor (2001, p. 211) disciplina, ainda, que:

Garante-se, destarte, o conhecimento pleno dos elementos que compõem o patrimônio do desaparecido, possibilitando não só a eficiente atuação do curador, que pressupõe o perfeito conhecimento da existência de todos os bens a serem preservados e geridos, como também, o exercício da fiscalização da sua atividade (e sua eventual responsabilização) pelo juiz.

Salienta-se que, a sentença que declara a ausência e nomeia o curador dos bens do ausente é de natureza declaratória-constitutiva, devendo ser levada a registro público no cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, consoante o art. 29, inciso VI da Lei 6015/73. Com a sua designação, fica este responsável pela administração dos bens arrecadados, devendo guardar os rendimentos desses bens, a fim de que sejam entregues ao ausente em caso de retorno, ou aos seus herdeiros na fase de sucessão, uma vez que na fase de curadoria provisória o objetivo é preservar o patrimônio.

A duração dessa primeira fase é de um ano, contado a partir da arrecadação dos bens deixados pelo ausente, ou de três anos quando houver este deixado representante ou procurador para a gerência de seus bens (art. 26 do CC). O art. 1.161 do Código de Processo Civil preceitua, *in verbis*:

Art. 1161. *Feita a arrecadação, o juiz mandará publicar editais durante 1 (um) ano, reproduzidos de dois em dois meses, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens.*

As hipóteses de cessação da curadoria estão elencadas no art. 1162 do CPC, quais sejam, comparecimento do ausente, de seu procurador ou de quem o represente, certeza de sua morte, ou ainda, abertura da sucessão provisória.

2.3.1.2 Da Sucessão Provisória

Após um ano da arrecadação dos bens do ausente (quando não houver deixado representante ou procurador), ou três anos da época de seu desaparecimento, caso haja mandatário ou representante, poderão os interessados requererem a abertura da sucessão provisória (art. 26 do CC).

O fato de a curadoria dos bens do ausente ceder lugar à sucessão, ainda que provisória, encontra respaldo na idéia de que, com o passar do tempo diminui a probabilidade de retorno da pessoa desaparecida, sendo que, conforme ressalta Rodrigues (2000, p. 404) “[...] o legislador, contemplando tal circunstância, propende menos a proteger o interesse do ausente, do que o de seus sucessores ; é a fase da *sucessão provisória*.”.

Caio Mário (2005) esclarece que a condição jurídica do curador é distinta da de sucessor provisório, na medida em que o primeiro administra bens que não virão a ser seus, o que lhe exige a prestação de contas, enquanto que o sucessor provisório é herdeiro que rege patrimônio supostamente seu.

Quanto aos legitimados a requerer que se abra provisoriamente a sucessão, o art. 27 do diploma civil enumera:

- I- o cônjuge não separado judicialmente;*
- II- os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários;*
- III- os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte;*
- IV- os credores de obrigações vencidas e não pagas.*

O §1º do art. 28 do mesmo *Codex* elege, ainda, o Ministério Público como parte legítima, desde que os interessados na sucessão provisória, elencados no art. 27 *supra*, não tenham requerido a sua abertura no prazo fixado pelo art. 26. Caio Mário (2005) explica que *o Ministério Público pode requerer a declaração de ausência, mas não a abertura da sucessão provisória, exceto se não houver interessados na sucessão*, em decorrência de ser a declaração de ausência de interesse social, enquanto que a sucessão visa proteger credores, entregar os bens aos sucessores ou tutelar quem tiver sobre os bens algum direito dependente da morte do desaparecido.

No que tange ao cônjuge não separado judicialmente, poderá este requer a abertura da sucessão provisória, ao passo que não fora realizada a partilha dos bens adquiridos na constância do matrimônio, ainda que separado de fato há mais de dois anos. Logo, *não poderá ser curador do patrimônio do ausente se separado de fato há mais de dois anos*, conforme retro observado, *mas poderá figurar como parte legítima a requerer abertura da sucessão provisória*.

Gama (2004, p. 41) pondera que o cônjuge se enquadra no inciso I do art. 27 quando não for herdeiro do desaparecido, uma vez que, se o for, aplica-se a ele o inciso II do mesmo dispositivo: “Assim, o fundamento para a previsão do cônjuge no inc. I do art. 27 foi a sua condição de meeiro com o intuito de proporcionar a liquidação do patrimônio comum constituído durante o casamento [...]”.

Quanto à omissão do Código à figura do companheiro, concluímos que o legislador deixou de considerar expressamente a união estável como entidade familiar, se afastando do preceito constitucional que a reconhece para efeitos de proteção do Estado (art. 226, §3º da CF). Portanto, considerando-se a interpretação sistemática do diploma civil à luz da magna carta, juntamente com o disposto no art. 1725 do Código Civil – que estabelece a aplicação do regime de comunhão parcial de bens entre os companheiros, se não houver contrato estabelecendo regime diverso –, tem-se que o companheiro poderá requerer a abertura da sucessão provisória, a fim de que seja destacada sua parte do montante patrimonial do ausente, no qual contribuíra de forma onerosa durante a união estável. Gama (2004, p. 42) leciona que:

Há que considerar, no entanto, uma explicação razoável para a falta de previsão do companheiro ao lado do cônjuge no inc. I do art. 27 do CC. No sistema implantado pelo Novo Código Civil, o companheiro somente terá direito à sucessão, na condição de herdeiro, quanto aos bens adquiridos durante a constância da união (art. 1790) e, desse modo, poderá ser reconhecido, simultaneamente, como meeiro e herdeiro. Assim, como o inc. II do art. 27 do Novo Código Civil trata dos presumidos herdeiros legítimos, o companheiro já vem previsto no dispositivo legal como interessado na abertura da sucessão. De qualquer modo, é importante considerar a hipótese de renúncia à herança por parte do companheiro (ou mesmo caso de sua exclusão, como na situação de ato de indignidade), o que não excluiria o companheiro da sua condição de meeiro e, desse modo, interessado na instauração da segunda fase do processo de ausência.

Requerida a abertura da sucessão provisória, que consiste na partilha dos bens deixados pelo ausente e sua entrega aos seus herdeiros e sucessores, só poderá ocorrer a imissão na posse após a prestação de caução idônea pelo herdeiro, no intuito de que haja garantia de serem os bens restituídos ao ausente, em caso de eventual retorno. Nota-se que, se o herdeiro não puder prestar a garantia (hipotecas ou penhores no valor do quinhão recebido), ficarão os bens a que teria direito com o curador ou com outro herdeiro designado pelo magistrado. É o que disciplina o art. 30, §1º do Código Civil.

Entretanto, a lei isenta de tal condição os ascendentes, descendentes e cônjuge, nos termos do § 2º do art. 30 do CC. O companheiro também está dispensado de prestar garantia, na medida em que se aplica o art. 226 da magna carta. Adiers (2004) explica que a liberação concedida a essas pessoas, de prestarem garantias como condição de se imitirem na posse, decorre do fato de haver maior interesse por parte das mesmas na preservação dos bens, sendo que uma má administração do patrimônio herdado virá em prejuízo deles mesmos, vez que afetará seu quinhão hereditário.

Em virtude da posse dos bens ter nessa fase o caráter provisório, algumas restrições aqui são impostas quanto à disposição dos mesmos e destino dos frutos e rendimentos. Assim, Rezam os artigos 31 e 33 do CC, *in verbis*:

Art. 31. Os imóveis do ausente só se poderão alienar, não sendo por desapropriação, ou hipotecar, quando o ordene o juiz, para lhes evitar a ruína.

Art.33. O descendente, ascendente ou cônjuge que for sucessor provisório do ausente, fará seus todos os frutos e rendimentos dos bens que a este couberem; os outros sucessores, porém, deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos, segundo o disposto no art. 29, de acordo com o representante do Ministério Público, e prestar anualmente contas ao juiz competente.

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

A restrição quanto à disposição dos bens do ausente verificada no art.31 *supra*, onde se admite a alienação de imóveis apenas com autorização judicial, no intuito de se evitar a ruína, bem como a imposição de ser guardado metade dos frutos e rendimentos, em não se tratando

de descendente, ascendente ou cônjuge, decorre do fato de não ser totalmente ignorada a hipótese de o ausente estar vivo e de que poderá retornar.

Caio Mário (2005) explica que o titular da sucessão provisória, além de estar autorizado a alienar bens imóveis em caso de ameaça de ruína, ou havendo conveniência em convertê-los em títulos da dívida pública, sempre condicionado à autorização judicial, poderá, ainda, desfazer-se dos bens de fácil deterioração, assim como daqueles que se destinam à venda por sua própria natureza (por exemplo, cria de animais).

O diploma civil, no art. 36, traz dentre as causas de cessação da fase em testilha, o retorno do declarado ausente:

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

Logo, na hipótese de retorno da pessoa declarada ausente, retoma ele todos os seus bens, perdendo, no entanto, os frutos e rendimentos em favor do sucessor se ficar provada que a ausência fora voluntária e injustificada (p. único do art. 33 do CC). Deverá, por conseguinte, o sucessor provisório prestar contas dos rendimentos e dos frutos produzidos pelos bens a que estava imitado na posse.

Mesmo no período em que os bens continuarem sob a guarda dos sucessores – agora destituídos dessa qualidade –, não haverá mais direito à percepção dos frutos, vez que “cuida-se exatamente da aplicação da regra da cessação da boa-fé acerca do título da posse [...]” (GAMA, 2004, p. 46). Essa continuação sob a guarda dos bens do ausente também se verifica na hipótese em que qualquer interessado prove a existência daquele, cabendo ao magistrado, nesse caso, “determinar que seja notificado o ausente a respeito da fase em que se encontra o processo judicial de ausência, a fim de que ele requeira as medidas que julgar convenientes.” (GAMA, 2004, p. 46).

Somadas ao retorno do ausente ou a prova de sua existência, tem-se, ainda, como causas de cessação da sucessão provisória, as hipóteses de abertura da sucessão definitiva, bem como a de transmissão dos bens declarados vacantes ao poder público.

Denota-se que os bens do ausente poderão integrar o patrimônio público – Município, Distrito Federal ou União – quando for requerida a abertura da sucessão provisória pelo Ministério Público (C.C.art. 28 §1º e C.P.C. art. 1163, §2º), e não forem habilitados os herdeiros citados por edital, sendo, pois, os bens declarados vagos, nomeando-se um curador para administrá-los.

Caio Mário (2005, p. 230) assevera que “Decorridos 10 anos, serão os bens incorporados ao município, Distrito Federal ou à União, conforme a vacância se dê num daqueles [...]”, e o fundamento legal de tal assertiva está no parágrafo único do art. 39 do CC:

Art.39. Regressando o ausente nos 10 (dez) anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo.

Parágrafo único. Se, nos 10 (dez) anos a que se refere este artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal.

2.3.1.3 Da sucessão Definitiva

A abertura da sucessão definitiva ocorre em três casos estabelecidos no art. 1167 do CPC, que dispõe *in verbis*:

Art. 1.167. A sucessão provisória cessará pelo comparecimento do ausente e converter-se-á em definitiva:

I- Quando houver certeza da morte do ausente;

II- 10 (dez) anos depois de passada em julgado a sentença de abertura da sucessão provisória;

III- *quando o ausente contar 80 (oitenta) anos de idade e houverem decorrido 5 (cinco) anos das últimas notícias suas.*

Os artigos 37 e 38 do CC guardam co-relação com o diploma processual, estabelecendo que:

Art. 37. *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.*

Art. 38. *Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta 80 (oitenta) anos de idade, e que de 5 (cinco) datam as últimas notícias dele.*

Nesse sentido, Trabucchi (1992), apud Venosa (2002, p. 191) dispõe que “a ausência cessará com o retorno da pessoa, com a certeza de sua morte ou com a declaração de morte presumida.”.

A conversão da sucessão provisória em definitiva é corolário da maior probabilidade de o ausente ter falecido do que de retornar e reassumir a gerência de sua fazenda, em virtude do extenso lapso temporal que perdurou a fase de sucessão provisória (dez anos), ou ainda, da idade avançada do desaparecido.

A presunção da morte se faz presente quando do transcurso do prazo (10 ou 5 anos), o que viabiliza a abertura da sucessão definitiva. Logo, não é que a mencionada conversão de sucessões gera a morte presumida, mas, ao contrário, esta é que possibilita a abertura definitiva da sucessão dos bens do ausente, sendo, pois, um pressuposto cronológico de situações (primeiro a morte, depois a sucessão dos bens aos herdeiros).

Nessa fase, o legislador visa resguardar mais o interesse dos sucessores do que do ausente, atribuindo àqueles a propriedade dos bens, e autorizando o levantamento das garantias prestadas. Frisa-se que, os sucessores que não puderam ou não quiseram prestar caução, e, por conseguinte, não se imitiram na posse quando da abertura da sucessão provisória, agora podem assumir a propriedade de seu quinhão, vez que a liberdade de gerência dos bens adquiridos é mais ampla do que na fase anterior, inexistindo restrições.

Em decorrência de o art. 39 do CC trazer que, se houver regresso do ausente nos 10 (dez) anos seguintes da abertura da *sucessão definitiva*, ou de algum de seus descendentes ou

ascendentes, terão eles direito a receber os bens existentes no estado em que se acharem, Rodrigues (2000) denominou esta fase de *quase definitiva*. Assim, não está afastada a hipótese de reaparecimento do ausente, mesmo que tenha ocorrido a abertura da sucessão definitiva, haja vista que o óbito é meramente presumido, e não real.

No que tange ao art. 38 do diploma cível *supra* citado, para que a abertura da sucessão definitiva ocorra, necessário se faz a presença dos dois elementos, quais sejam, estar o ausente com oitenta anos, e não haver notícias suas nos últimos cinco anos. Logo, não basta a verificação de apenas um dos pressupostos. A idade fixada no art. 38 pode ser atingida quando o ausente já estava desaparecido. Conta-se cinco anos a partir das últimas notícias do ausente, e não da data em que completara oitenta anos.

Gama (2004, p. 49) disciplina que, para a abertura da sucessão definitiva quando o ausente contar com oitenta anos, desde que obedecido o lapso temporal de cinco anos da falta de notícias suas, não é preciso as fases anteriores de curadoria dos bens e sucessão provisória, sendo, pois, *imediatamente possível instaurar a sucessão definitiva*. A razão é a seguinte:

[...] o art. 1.167, III, do CPC se referia à possibilidade de conversão da sucessão provisória em definitiva quando o ausente tivesse atingido oitenta anos de idade e suas últimas notícias datassem de mais de cinco anos. No art. 38 do CC, inexistente qualquer referência à conversão, devendo, diante da maior complexidade de vida contemporânea logicamente, a interpretação pender por considerar a disponibilidade dos bens como desejável o mais rápido possível, em atendimento aos interesses dos herdeiros e de toda a sociedade. Daí a inexigibilidade da passagem pela fase da sucessão provisória no caso de o ausente ter mais de oitenta anos de idade e já haver decorrido prazo superior a cinco anos desde as suas últimas notícias.

A sucessão definitiva visa amparar o herdeiro do ausente, concedendo-lhe maior poder sobre os bens, de maneira que não haverá mais necessidade de os herdeiros testamentários e colaterais prestarem contas, podendo, inclusive, levantar as garantias ofertadas, ante a maior presunção de morte do ausente. Destarte, o que difere a fase de sucessão provisória da definitiva é o fato de que, na primeira, o que prevalece é a tese de que o ausente esteja vivo, não sendo afastada a idéia de que este possa estar morto, enquanto que na segunda, o que prepondera é a idéia de que o desaparecido esteja morto, não se descartando, contudo, a hipótese de estar vivo, devido a sua morte ser presumida e não real.

Os legitimados, ou seja, os interessados em requerer a abertura da sucessão definitiva, consoante o art. 37 do CC e 1167 do CPC são os sucessores provisórios, os herdeiros que não receberam bens do ausente, os herdeiros testamentários e colaterais que não prestaram caução quando da abertura da sucessão provisória, bem como, conforme leciona Gama (2004, p. 47), “[...] os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte.”.

No que concerne aos efeitos da sucessão definitiva, temos que nesta fase os herdeiros são proprietários dos bens, ao passo que na sucessão provisória os mesmos estavam imitados na posse provisoriamente, não detendo, pois, a propriedade do patrimônio a eles confiado. Nota-se que, aqui *a propriedade é resolúvel*, vez que se o ausente ou seus ascendentes ou descendentes regressarem nos próximos dez anos subseqüentes à abertura da sucessão definitiva, farão *jus* à restituição dos bens no estado em que se encontrarem, consoante art. 39 do CC.

Com propriedade, Caio Mário (2005, p. 230-231) leciona que:

Os sucessores deixam de ser provisórios. Adquirem o domínio dos bens recebidos, e a conseqüente livre disposição deles.

Mas a propriedade assim adquirida considera-se *resolúvel*. Se o ausente aparecer nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, os bens lhe serão entregues no estado em que se acharem, ou os que se sub-rogarem neles, ou o preço de sua alienação.

Os direitos de terceiros são, contudo, respeitados, não se desfazendo as aquisições realizadas.

Não são apenas a aquisição da propriedade resolúvel dos bens e o levantamento da garantia real prestada pelos herdeiros que figuram como efeitos da sucessão definitiva, vez que outros fatores também se apresentam como tais. Podemos citar a aquisição dos frutos e rendimentos dos bens pelos herdeiros presumidos e a livre disposição do patrimônio, bem como o exercício dos direitos e ações em face de terceiros, como se tivesse sido aberta a sucessão com base na morte real (GAMA, 2004).

O art. 39 da Lei Civil dispõe, *in verbis*:

Art. 39. *Regressando o ausente nos 10 (dez) anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens*

existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo.

Com o aparecimento do ausente cessa a fase de sucessão definitiva, devendo esta cessação ser averbada no registro civil, consoante o art. 105 da Lei 6015/73. O ressurgimento acarreta no dever dos presumidos herdeiros devolverem o patrimônio existente ou os valores ou bens sub-rogados em seu lugar ao ausente, lembrando-se que as alienações feitas a terceiros mantêm-se válida e eficaz.

Frisa-se que haverá a *caducidade do direito de reaver os bens* no estado em que se encontram ou os sub-rogados em seu lugar, caso o ausente retorne *após 10 (dez) anos da abertura da sucessão definitiva*, o que implica na não restituição de quaisquer bens.

Gama (2004) explica que a simples notícia do ausente, ainda que dentro do prazo de dez anos posteriores à abertura da sucessão definitiva, não faz incidir a regra do art. 39 do diploma cível, vez que o mesmo exige o *efetivo regresso da pessoa*, diferentemente do que ocorre na sucessão provisória, tendo em vista que se provada a existência do ausente, ainda que não haja seu retorno, restará caracterizada a cessação da fase de sucessão provisória.

Importante destacar que não haverá reparação do bem em virtude de eventual deterioração, na medida em que a lei manda restituir no estado de conservação em que se encontrar o bem, não sendo razoável exigir a diminuição do patrimônio do sucessor em decorrência do retorno do ausente. Venosa (2003) ressalta que este deve indenizar o sucessor caso tenha feito melhoramentos e acréscimos no bem durante o lapso da ausência. O mencionado mestre (2003, p. 72) elenca os principais efeitos da sucessão definitiva e do retorno do ausente :

Na sucessão definitiva os sucessores adquirem os frutos dos bens e seus rendimentos. Não estão obstados a alienar ou gravar os bens. Não estão mais obrigados a prestar caução. Aplicam-se, em geral, os princípios da propriedade resolúvel na hipótese. [...] quando ocorre o retorno do ausente após aberta a sucessão definitiva: os atos praticados pelo sucessor são válidos; não pode haver um injusto enriquecimento por parte do sucessor, o ausente não pode diminuir o patrimônio do sucessor; o ausente recebe os bens e o capital no estado em que se encontram, sem direito ao recebimento dos frutos.

Ressalta-se que, caso não retorne o ausente, e não tenha qualquer herdeiro requerido a abertura da sucessão definitiva, serão os bens arrecadados como vagos, passando a integrar ao patrimônio do Município, Distrito Federal ou União, *não se cogitando em presunção de morte*, vez que o fato de o poder público tomar para si os bens vacantes não caracteriza sucessão definitiva, haja vista que este estará atuando no interesse social, e não no interesse do particular, como ocorre no direito sucessório.

3 A MORTE PRESUMIDA E A JUSTIFICAÇÃO DO ÓBITO – LEI 6015/73

3.1 Conceito e Hipóteses de Morte Justificada

O óbito pode ser justificado, segundo a lei de Registros Públicos (6015/73), sempre que houver provas de que o indivíduo encontrava-se em local aonde se verificou a ocorrência de alguma catástrofe, ou de que desaparecera em campanha, não havendo, contudo, possibilidade de ser encontrado o cadáver daquele para a comprovação da morte. Assim, o óbito é reconhecido sem que haja necessidade de passar pelas fases do instituto da ausência, *ainda que a pessoa tenha deixado patrimônio*, vez que neste último procedimento supõe-se que o desaparecido esteja vivo, ao passo que, na justificação, este é dado como morto, em decorrência da alta probabilidade de ter falecido, frente às circunstâncias em que se encontrava.

A morte, de acordo com o que está disposto no art. 88 da Lei de Registros Públicos (6015/73), pode ser justificada nos seguintes casos:

***Art.88.** Poderão os juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrago, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame.*

***Parágrafo único.** Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do art. 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito.*

Santos Neto (2001, p. 356) destaca a diferença entre a morte comprovada e a justificada, lecionando que “A menção a não ser ‘*possível encontrar-se o cadáver para exame*’ é um preciosismo, visto que, se achado fosse o corpo, obviamente não seria de se pensar em justificação, pois provado estaria o óbito.”.

Para que possamos compreender a hipótese de morte justificada contemplada no parágrafo único do art. 88 *supra*, é necessário conhecermos o disposto no art. 85 da mesma lei:

Art. 85. Os óbitos, verificados em campanha, serão registrados em livro próprio, para esse fim designado, nas formações sanitárias e corpos de tropas, pelos oficiais da corporação militar correspondente, autenticado cada assento com a rubrica do respectivo médico chefe, ficando a cargo da unidade que proceder ao sepultamento o registro, nas condições especificadas, dos óbitos que se derem no próprio local de combate.

Nota-se que a redação do art. 85 da Lei de Registros Públicos regulamenta o registro da morte real ocorrida em campanha e devidamente comprovada através da existência de cadáver, sendo que, na impossibilidade da constatação do óbito e de seu registro nos moldes do artigo em tela, aplica-se o parágrafo único do art. 88, na medida em que há necessidade de justificar a morte não comprovada.

Walter Ceneviva (2002, p. 183) explica o sentido da expressão “*campanha*” ao comentar sobre o art. 85, dispondo que este “Regula situação específica de óbito durante operação militar. *Em campanha* entende-se como ‘durante operação militar’, de guerra externa ou interna, na qual, por suas próprias circunstâncias, é impossível realizar o registro normal.”.

Logo, a Lei de Registros Públicos trouxe regulamentação para os casos em que, embora não exista cadáver, o resultado morte é altamente provável, haja vista que a probabilidade de sobrevivência em meio a uma catástrofe como incêndio, naufrágio, inundação, etc., ou, ainda, a uma guerra, apresenta-se como extremamente remota. Ante à ausência de disciplina para estes casos no Código Civil de 1916, a lei 6.015 de 31 de Dezembro de 1973 supriu a lacuna existente no ordenamento jurídico cível, autorizando a justificação judicial da morte num sistema em que o abrigo para os casos de desaparecimento, sem a constatação de cadáver, só poderia recair quando houvesse anterior adequação ao instituto da ausência, que, conforme anteriormente explanado, tem início com a figura do presumidamente *vivo*, ao passo que o fundamento para a justificação está calcado na idéia de morte.

3.2 Prova Indireta da Morte ou Presunção do Óbito?

Antes da vigência do Novo Código Civil, as causas de justificação judicial da morte, previstas no art. 88 da lei 6015/73, não eram tidas como mera presunção, em virtude de não estarem contempladas com essa conotação no diploma civil de 1916. Ademais, o fato de haver *decisão de mérito* que declara justificado o óbito do indivíduo, *baseada em amplo conjunto probatório* concernente à ocorrência da catástrofe ou guerra, à presença daquele no local, bem como à impossibilidade de encontrar o cadáver, fez com que a doutrina qualificasse a morte justificada como *verdadeira prova do óbito, ainda que indireta*. Nesse diapasão, Santos Neto (2001, p. 357) assevera que:

Deveras, a justificação realizada sob a égide da Lei n. 6015/73 apresenta a peculiaridade de ensejar decisão de mérito que, no caso de procedência, tem o condão de, por si, produzir efeito relevante, qual seja a lavratura do assento de óbito.

Por isso se está, aparentemente, muito mais diante de um caso de *prova indireta da morte, do que da formação de mera presunção*.(grifo nosso)

Venosa (2002, p. 188-189) igualmente afasta a idéia de presunção do óbito nos casos de justificação, quando da vigência do Código Civil de 1916, declinando que:

No sistema do Código de 1916, não existe morte presumida, a não ser para efeitos patrimoniais, nos casos dos arts. 481 e 482. [...] Permite-se, no entanto, a justificação judicial de morte, como vimos anteriormente (art. 88 da Lei de Registros Públicos). *Não se trata de presunção de morte*. (grifo nosso)

Se durante a vigência do Código Civil de 1916 a justificação judicial da morte era tida como prova do óbito, e não como presunção, com o advento do novo Código Civil outro foi o ângulo pelo qual passou a ser vista a mencionada justificação. Este inovou ao consagrar no art. 7º hipóteses de morte presumida além daquela anteriormente prevista no antigo diploma, qual seja, a decorrente de ausência, harmonizando-se com a Lei de Registros Públicos, na medida em que passou a considerar as causas previstas no art. 88 da lei 6015/73 como sendo novos

casos de morte presumida. O disposto no *caput* do art. 88 *supra*, equivale ao inciso I do art. 7º da lei civil, e o previsto em seu parágrafo único, está na redação do inciso II daquele artigo:

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 2 (dois) anos após o término da guerra.*

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

Logo, o novo diploma civil reconhece como óbito presumido as situações em que, não obstante inexistir cadáver para a sua real comprovação, demonstrado está o antecedente perigo de vida do desaparecido.

Frisa-se que, o fato de ter havido inserção desses novos casos no campo cível, considerados agora como presunção do óbito, somado à tese doutrinária que sustentava ser a justificação prevista na lei 6015/73 prova indireta da morte, resultou no entendimento de que morte presumida é prova indireta da morte.

Nesse diapasão, Adiers (2004, p. 199):

Certas situações podem ocorrer em que a *prova direta da morte* se torne impossível, quer porque falte o cadáver, quer porque ninguém assistiu a seu fato causador. Em tais circunstâncias é admissível a *prova indireta da morte* através da verificação dos *indícios em justificação judicial*, cuja sentença servirá de base para a lavratura do assento de óbito. [...]

É o caso de pessoas que desaparecem por ocasião de naufrágio do navio em viagem, de inundação do local em que se encontravam, de incêndio em prédio, terremoto, ou de qualquer outra catástrofe ou situação capaz de causar morte, tendo-se certeza de que elas se encontravam submetidas a tais riscos e não se encontrando o cadáver (*art. 7º, I, do CC; art. 88 da Lei Federal 6015/73*). (grifo nosso)

Venosa (2002), ao discorrer sobre as mudanças do Novo Código Civil, leciona que com a prova indireta da morte, tem-se a situação de morte presumida, como é o caso do art. 88 da Lei 6015/73.

A doutrina de Caio Mário (2005) igualmente sustenta a isonomia entre *prova indireta da morte e a presunção do óbito*, tendo-se a certeza jurídica do perecimento da pessoa, vez que a morte é provada pela certidão extraída do assento de óbito, e na sua falta deve-se recorrer aos meios indiretos que possam habilitar o juiz a proferir sentença declaratória da morte.

Logo, com o advento da redação do art. 7º do Novo Código Civil, as hipóteses de justificação do óbito, consagradas na Lei de Registros Públicos – certamente para suprir a falta de regulamentação daqueles casos no Código de 1916 –, passaram a ser consideradas causas em que a morte é presumida, com a observância de que, agora, deve-se provar que se esgotaram as buscas e averiguações sobre o desaparecimento do indivíduo, assim como deve a sentença fixar a data provável do falecimento. No que concerne ao desaparecimento de prisioneiro, antes não previsto pela Lei 6015/73, bem como ao desaparecido em campanha (hipótese consagrada no parágrafo único do art. 88 desta lei), o Código Civil exige o transcurso de 2 (dois) anos após o término da guerra, para só então ser declarada a morte presumida deste.

3.3 Procedimento da Justificação do Óbito

A morte justificada – agora também tida como morte presumida pelo novo diploma cível, uma vez que o art. 7º do CC abrange as hipóteses trazidas pelo art. 88 da Lei 6015/73 –, carece de um desencadeamento de atos a serem seguidos pelo magistrado, objetivando, ao final, proferir sentença que declare a ocorrência do óbito, inclusive com a fixação de sua provável data, como determina o parágrafo único do citado art. 7º, culminando no necessário registro público da decisão proferida, conforme preceituam os arts. 29, III da LRP, e art. 9º, IV do Código Civil.

A lei 6015/73 traz os procedimentos de suas ações típicas, qualificados como de *jurisdição voluntária*, quais sejam: a de habilitação de casamento (arts. 67 e s.s.); retificações, restaurações e suprimentos (arts. 109 e s.s.); instituição de bem de família (art. 264); ação de Registro Torrens (arts. 277 e s.s.); a dúvida do oficial de registro de imóveis (art. 198); e ação de retificação de registro de imóveis (art. 213).

Nota-se que, no tocante à justificação da morte, a doutrina diverge sobre o procedimento a ser adotado pelo juiz, fazendo-se presente, desse modo, três entendimentos.

O procedimento adequado ao caso, de acordo com o primeiro posicionamento, consiste na aplicação do art. 109 e seus parágrafos da LRP, que assim dispõe:

Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de 5 (cinco) dias, que correrá em cartório.

§ 1º Se qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público impugnar o pedido, o juiz determinará a produção da prova, dentro do prazo de 10 (dez) dias e ouvidos, sucessivamente, em 3 (três) dias, os interessados e o órgão do Ministério Público, decidirá em 5 (cinco) dias.

§2º Se não houver impugnação ou necessidade de mais provas, o juiz decidirá no prazo de 5 (cinco) dias.

§3º Da decisão do juiz, caberá o recurso de apelação com ambos os efeitos.

§4º Julgado procedente o pedido, o juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado ou retificado assento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.

§5º Se houver de ser cumprido em jurisdição diversa, o mandado será remetido por ofício, ao juiz sob cuja jurisdição estiver o cartório de Registro Civil e, com seu “cumpra-se”, executar-se-á.

§6º As retificações serão feitas à margem do registro, com as indicações necessárias, ou, quando for o caso, com a transladação do mandado, que ficará arquivado. Se não houver espaço, far-se-á o transporte do assento, com as remissões à margem do registro original.

A jurisdição voluntária prevista na lei 6015/73 é a considerada por parte dos doutrinadores como sendo a aplicável no caso em tela, com o fundamento de que a justificação do óbito consiste no *suprimento* do assento de Registro Civil da pessoa natural. Nesse diapasão, leciona Amoreira (1999, p. 30): “[...] Neste procedimento, denominado de

justificação pela Lei de Registros Públicos, deverão ser seguidas as normas processuais do art. 109 e seus §§, havendo de se considerar que, na realidade, trata-se de suprimento de assento de óbito. [...]”.

No mesmo sentido, Santos Neto (2001, p. 357) sustenta a aplicação do procedimento previsto na própria lei 6015/73, dispõe que:

A justificação em tela obedece ao procedimento previsto no art. 109 e parágrafos da Lei 6015/73.

Quem quer que tenha interesse, uma vez que não há explicitação legal, poderá requerê-la por petição fundamentada, instruída com documentos ou com indicação de testemunhas.

[...]

Não impugnado o pedido, nem havendo necessidade de outras provas além das juntadas com a inicial, o magistrado decidirá desde logo, no mesmo quinquênio.

Julgando procedente a pretensão, ordenará a expedição de mandado para a lavratura do assento de óbito, sendo certo que, em qualquer caso, favorável ou não a decisão, caberá recurso de apelação com efeitos suspensivo e devolutivo.

O fato de haver necessidade de ficar amplamente comprovado o desaparecimento do indivíduo e sua presença no local do desastre ou da guerra, nos termos do art. 88 e p. único da LRP e art. 7º do CC, autorizando o magistrado a admitir a justificação do óbito ou sua presunção, fez com que a própria Lei 6015/73 trouxesse o procedimento a ser adotado, vez que, para essa corrente doutrinária, a lei em testilha comporta vasta dilação probatória.

O juiz competente para processar as questões relacionadas aos registros públicos é o juiz corregedor a quem a Lei de Organização Judiciária de cada Estado atribuir esta função, havendo, pois, a criação de uma Vara de Registros Públicos. No que tange à competência em razão do local, o legislador optou pelo foro do domicílio do autor, que no caso de justificação é o local do último domicílio do desaparecido, como ocorre na declaração de ausência.

Nota-se que, conforme sabiamente observa Farias e Didier Júnior (2003), a lei não traz o rol de legitimados a postular a retificação, restauração ou suprimento no registro público, sendo a expressão “quem pretender”, disposta no *caput* do art. 109, altamente genérica, necessitando, assim, de ser restringida. Logo, os pais, filhos, parentes próximos e o Ministério Público figuram como legitimados, devendo os demais demonstrar o interesse.

Insta destacarmos que, após os trâmites procedimentais estabelecidos no art. 109 e §§ da LRP, quer seja julgada procedente a pretensão de justificação da morte, acarretando na lavratura da sentença no assento de óbito, quer seja emanada sentença que decida pela improcedência do pedido de justificação, não há que se falar em *coisa julgada material*, tendo em vista o que dispõe o art. 112 da lei 6015/73:

Art. 112 Em qualquer tempo poderá ser apreciado o valor probante da justificação, em original ou por traslado, pela autoridade judiciária competente ao conhecer de ações que se relacionem com os fatos justificados.

Assim, a sentença que decide sobre a justificação ou presunção do óbito, está revestida apenas da qualidade de *coisa julgada formal*, na medida em que os fatos podem vir a ser objeto de reapreciação em outra demanda. Nesse sentido, Farias e Didier Júnior (2003, p. 1284) asseveram que “[...] estamos diante de procedimentos de jurisdição voluntária e que, por tal, não tem o decisório, aí proferido, o condão de produzir coisa julgada material.”

Ademais, os autos do procedimento de justificação que tenha observado o disposto no art. 109 e §§ da LRP, não são entregues à parte, conforme o determinado no art. 111:

Art. 111 Nenhuma justificação em matéria de registro civil, para retificação, restauração ou abertura de assento, será entregue à parte.

Para essa corrente doutrinária, que sustenta ser o procedimento previsto no art. 109 da LRP o adotado para a justificação do óbito, o fato de o art. 111 *não autorizar a entrega dos autos à parte* é preceito determinante, que explica o porquê não deve ser aplicado na justificação da morte o procedimento previsto nos arts. 861 a 866 do Código de Processo Civil, qual seja, *cautelar de justificação*. Ademais, a decisão que justifica o óbito, proferida sob a égide da Lei 6015/73, é sentença de mérito, ao passo que a sentença emanada nos termos do processo cautelar em apreço não resolve o mérito do que se pretende provar.

O art. 866 do CPC reza que *a justificação será afinal julgada por sentença e os autos serão entregues ao requerente independentemente de traslado, decorridas 48 (quarenta e oito) da decisão*. Como a Lei de Registros Públicos é de 31 de Dezembro de 1973 e o Código de Processo Civil é de 11 de janeiro de 1973, para esse segmento da doutrina, prevalece a lei 6015/73 por ser posterior ao diploma processual cível, restando, pois, derogado o art. 866 do CPC pelo art. 111 da LRP.

Amoreira (1999, p. 30) leciona que

A ação cautelar de justificação, prevista no art. 861 do CPC, para formação de prova a ser examinada por órgão do Poder Judiciário, ou por autoridade administrativa – prova da existência de algum fato ou relação jurídica –, concluímos, não é da competência do juízo das Varas dos Registros Públicos.

A doutrina de Farias e Didier Júnior (2003, p. 1263) também defende não ser de competência do Juízo de Registros Públicos a apreciação de processo cautelar, dispondo que

Esse magistrado exerce atividade de natureza eminentemente administrativa, no que concerne aos registros públicos [...] Acentua-se, ainda, que as demandas de natureza registral e, mais especificamente, aquelas regradas pela Lei de Registros Públicos, se inserem dentro dos chamados procedimentos de jurisdição voluntária, dada a natureza dos provimentos que se pretende obter com a provocação da tutela judicial.

Logo, para a análise feita por essa primeira corrente sobre o procedimento a ser adotado na justificação do óbito ou morte presumida, tem-se que não compete ao juiz da vara registral proferir sua decisão à luz do processo cautelar de justificação, disposto nos art. 861 e s.s. do CPC, vez que os procedimentos previstos na Lei 6015/73 se desenvolvem sob a jurisdição voluntária nela regulamentada, havendo divergência entre ambos os procedimentos, conforme acima exposto, prevalecendo o da lei registrária por ser posterior ao diploma processual cível.

No entanto, considerável parte da doutrina sustenta que a justificação do óbito tem de obedecer ao procedimento cautelar do Código de Processo Civil, não obstante estarem as hipóteses de sua ocorrência previstas na lei 6015/73, agora também no art. 7º do NCC.

Dentre os que lecionam ser o procedimento cautelar de justificação previsto no CPC o rito adequado à justificação do óbito, estão Nery Júnior e Andrade Nery (2002, p. 13), disciplinando que “se a morte não puder ser comprovada, deve ser justificado judicialmente o óbito (LRP 88 par. ún.), utilizando-se o interessado do procedimento do CPC 861 a 866.”. No mesmo palmilhar, Ceneviva (2002) sustenta que o processo de justificação consiste em demanda cautelar.

Todavia, existe um terceiro entendimento acerca do procedimento a ser adotado para justificar a morte nos casos previstos no art. 88 da LRP e art.7º do CC. Esta gama de doutrinadores não concorda que o processo cautelar de justificação, previsto nos arts. 861 a 866 da lei processual civil, possa ser utilizado pelo juiz da Vara de Registros Públicos, tão pouco que este seja competente para solucionar questão de tamanha complexidade, através do procedimento previsto na lei 6015/73.

Esse terceiro segmento da doutrina nos parece ser o mais coerente, não obstante os dois primeiros apresentarem fortes argumentos quando da sustentação de suas conclusões.

A demanda cautelar de justificação – que, embora assim denominada, não há necessidade de comprovação do *periculum in mora*, haja vista que sua principal finalidade é constituir provas – consiste apenas na colheita de prova testemunhal, no intuito de ficar demonstrada a existência de algum fato ou relação jurídica, sendo que, ao final, o magistrado não irá se pronunciar quanto ao mérito da prova, mas apenas quanto à observância das formalidades da lei. Nesse diapasão, Greco Filho (2002, p. 184-185) leciona:

A justificação é audiência de testemunhas com a finalidade de demonstrar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular.

[...]

A justificação apenas atesta que as testemunhas compareceram e declararam o que consta do termo perante o juiz. O conteúdo de suas declarações será totalmente examinado pela autoridade ou pelo juiz a quem for apresentada.

[...]

O juiz, a final, a julga por sentença, que não se pronuncia sobre o mérito da causa, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais.

Importante destacarmos que a sentença proferida em ação cautelar de justificação não tem o condão de obrigar a autoridade administrativa a que for apresentada a atuar nos interesses do requerente. O professor José Frederico Marques (2000, p. 534-535) explana que

Se a justificação é requerida para constituir prova em procedimento administrativo, caberá à autoridade dele incumbida dar à justificação o valor que entender viável, em livre apreciação, não estando obrigado a cumpri-la em favor do interessado.

Greco Filho (2002) igualmente assevera que a autoridade administrativa não é obrigada a tomar quaisquer decisões em favor do requerente, quando este lhe apresentar uma justificação judicial, podendo aguardar o processo contencioso para ser compelido a tal.

Logo, o fato de o indivíduo ter desaparecido em meio a uma catástrofe ou guerra, ensejando para o registro no assento de óbito uma *sentença de mérito* precedida de ampla investigação e vasta dilação probatória processual, no intuito de que o magistrado possa concluir pelo óbito do primeiro, inclusive fixando a data de sua morte (art. 7º, p. ún. CC), e ainda, ante a complexidade do fato e sua repercussão na sociedade, podemos inferir que o procedimento previsto nos arts. 861/866 do CPC está aquém do que se necessita do judiciário para ser levado a registro no Cartório de Pessoas Naturais.

Ademais, a sentença que decide pela justificação da morte ou morte presumida estará acompanhada de mandado para a lavratura do assento de óbito, o que retira qualquer faculdade da autoridade administrativa. Por isso não concordamos que seja o procedimento dos arts. 861/866 do CPC o adotado para o caso.

Ressaltando a conclusão *supra*, que repele a idéia de que o procedimento a ser observado para a justificação do óbito deva ser a cautelar de justificação, o professor Montenegro Filho (2005, p. 189) traz em sua obra um trecho do voto proferido pelo Ministro Fontes de Alencar no julgamento do Recurso em MS nº 10.311:

Em escólio aos arts. 861 a 866 do Código de Processo Civil, Pontes de Miranda classificou conceitos que têm pertinência ao caso, pelo que merecem reditos outra oportunidade: 'A justificação (...) é ação constitutiva de prova, e não declaratória. [...] O mais que pode ocorrer é conceber-se como constitutiva de prova para a ação declarativa, talvez para ação declarativa do art. 4º. *Nunca, desde logo, como ação declarativa da relação jurídica* (...) Constituir prova de relação jurídica e declarar são coisas distintas. [...] (grifo nosso)

Desse modo, como a *sentença de mérito* que admite a justificação do óbito ou morte presumida tem de ser de natureza declaratória, haja vista que o art. 9º, inciso IV do CC reza que serão registrados em registro público a sentença *declaratória de ausência e de morte*

presumida, torna-se inconcebível admitirmos o procedimento cautelar de justificação do CPC, cuja decisão é, inclusive, desprovida de análise do mérito da causa.

Portanto, não restam dúvidas de que, para a obtenção da sentença de justificação da morte ou de morte presumida, necessário se faz que seja obedecido o procedimento de *jurisdição voluntária*, e não o de cautelar de justificação, conforme exaustivamente explanado acima. Contudo, esse terceiro segmento da doutrina – que a nosso ver é o mais acertado – defende que o rito a ser observado encontra-se nos arts. 1.103 e seguintes do Código de Processo Civil, qual seja, *Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária*, elidindo a idéia de aplicação do procedimento disposto na lei 6015/73, não obstante este também ser consagrado como de jurisdição voluntária.

A doutrina de Swensson, *et al* (2000, p. 149) preconiza que

Aquele que tem a desventura de falecer quando de uma tragédia individual ou que atinge pequeno número de pessoas e que teve seu corpo insepulto deve ter seu óbito registrado.

É preciso, pois, em um outro caso, que produzida a prova perante o órgão jurisdicional competente, seja ordenada a lavratura do registro.

É possível que no decorrer de operações de guerra pessoas sejam mortas e seus corpos não encontrados. Se demonstrada sua presença no local, nada obsta que seja lavrado o assento de óbito.

A certeza da morte supera a ausência do corpo.

A justificação processar-se-á segundo as regras previstas no Código de Processo Civil, arts. 1.103 e ss., por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária.

O juízo competente será o do último domicílio do falecido. (grifo nosso)

O que conduz ao entendimento que nega a aplicação do rito processual disposto no art. 109 da LRP, afastando, desse modo, a atuação do juiz da Vara de Registros Públicos – que se apresenta como competente para a primeira e segunda correntes –, direcionando a competência ao juízo cível, é o fato de que o magistrado titular da vara registral desempenha atividade judicial meramente administrativa, não se prestando, pois, a solucionar matérias controvertidas e de elevada complexidade, como é o caso da morte presumida ou justificada.

Venosa (2002, p. 190) destaca a necessidade de vasta produção de provas para que óbito possa ser declarado presumido ou justificado, explanando que “Essa declaração de morte

do novo Código, como é óbvio, dependerá de sentença judicial, em procedimento no qual todas as investigações devem ser permitidas, além do esgotamento das buscas e averiguações de que fala a lei.”, empenho este que não está abrangido pelos deveres do juiz vara registral.

Nesse diapasão, Farias e Didier júnior (2003, p. 1267) asseveram que

[...] pelo fato mesmo de só poderem ser decididas, na jurisdição registral, postulações que *não envolvam controvérsias que dependam de exame aprofundado de provas ou de questões de alta indagação*, já se tem por evidente que o juiz de registros públicos só está apto a decidir acerca de matérias que envolvam o próprio título submetido a registro, a regularidade formal desses títulos e de outras questões ligadas a irregularidades praticadas no ato de registro do ato ou negócio jurídico, objeto do assento ou da inscrição. *Não se compreende, pois, na competência do Juízo registral, o conhecimento de matéria que diga respeito ao próprio ato, fato ou negócio jurídico ao qual o título se reporta.* (grifo nosso)

Uma vez delimitada a atuação do juízo registral acerca da matéria a que lhe compete apreciar, estando, pois, excluído dessa competência o conhecimento do assunto pertinente ao fato declinado no título – que no caso em tela consiste na averiguação da ocorrência do óbito, bem como sua provável data, o que enseja a apuração dos fatores que levaram o indivíduo a uma presumida morte, envolvendo ampla produção de provas, devido à elevada complexidade que abarca o óbito justificado ou presumido –, resta-nos concluir que não cabe ao magistrado da Vara de Registros Públicos solucionar a questão da morte presumida levada ao judiciário, mas sim ao juiz da vara cível. Este, após superada a fase probatória do feito, irá proferir sentença de mérito, que será lavrada no assento de óbito.

Nota-se que, assim como na sentença que decide a ação cautelar de justificação e a que é proferida segundo a jurisdição voluntária prevista na Lei 6015/73, aqui no rito dos arts. 1.103 e s.s. da legislação processual cível também não há formação de coisa julgada material, o que revela a consonância entre os três posicionamentos, prevendo, por conseguinte, a probabilidade de retorno do presumidamente morto. Assim, o art. 1.111 do CPC reza que *A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.*

Ademais, tanto em face da sentença emanada nos moldes da Lei de Registros Públicos, quanto da que observa o rito da jurisdição voluntária dos arts. 1.103 e seguintes do CPC,

caberá interposição do recurso de apelação no prazo de 15 (quinze) dias, conforme disposto, respectivamente, no §3º do art. 109 da lei 6015/73 e art. 1.110 do CPC. No entanto, para os que adotam o processo de justificação dos arts. 861 e seguintes do diploma processual cível como sendo o adequado para justificar o óbito, não há previsão de recurso, consoante o art. 865, que reza, *in verbis*: *No processo de justificação não se admite defesa nem recurso.*

4 DA SENTENÇA DECLARATÓRIA DE MORTE PRESUMIDA

4.1 Do Procedimento Judicial Para Declaração da Morte Presumida

A presunção da morte consiste num acontecimento que só ganha contorno jurídico após o registro público da sentença que a declara, vez que o mero desaparecimento de alguém, somado às suspeitas de que este tenha falecido, não implica, por si só, no fenômeno denominado “morte presumida” do indivíduo, haja vista que este necessita de um procedimento judicial a ser observado, para que, só então, possam emanar os diversos efeitos no ordenamento jurídico, conforme passaremos a explorar no próximo subtítulo.

A sentença que declara o óbito presumido pode ser proferida tanto no procedimento em que os interessados requereram a abertura da sucessão definitiva dos bens do ausente (art. 37 do CC), passados 10 (dez) anos do trânsito em julgado da sentença que concedeu a abertura da sucessão provisória, ou após 5 (cinco) anos da última notícia que se teve do octogenário, quanto nas ações de declaração de morte presumida embasadas nas hipóteses do art. 7º do diploma cível, combinado com o art. 88 da Lei 6015/73, consoante explanado nos subtítulos anteriores, dispostos neste trabalho.

Destarte, o prolongado lapso temporal em que o indivíduo encontra-se ausente, sendo seus herdeiros imitidos na posse de seus bens quando da abertura da sucessão provisória, ou nos casos em que o mesmo conta com oitenta anos de idade e datam cinco de sua última notícia, a certeza da vida sucumbe à presunção da morte, o que enseja sentença declaratória de morte presumida no feito declaratório de ausência que tramita no juízo cível, decretando-se, por conseguinte, a abertura da sucessão definitiva.

Com efeito, a sentença que declara o óbito presumido não encontra respaldo apenas quando da antecedente declaração de ausência, uma vez que, como outrora explanado, o procedimento da jurisdição voluntária, consagrado nos artigos 1.103 a 1.112 do Código de Processo Civil, também conduz à mencionada declaração nas hipóteses em que o desaparecido encontrava-se em perigo de vida ou em guerra, nos termos do art. 7º do CC e art. 88 da LRP.

Nota-se que, nos dois procedimentos a serem observados para a obtenção da sentença que declara a morte presumida, quais sejam, arts.1.159 a 1.169 do CPC (que trata das fases da

declaração de ausência) e arts. 1.103 a 1.112 do CPC (rito utilizado quando o desaparecimento se subsume ao art. 7º do CC, tratando-se de hipóteses divorciadas da idéia de ausência), tem-se a aplicação da *jurisdição voluntária*. Vale dizer, não há conflito de interesses como ocorre na jurisdição contenciosa, mas sim administração pública pelo magistrado do interesse do particular. Montenegro Filho (2005, p. 515) leciona que

[...] temos processo na jurisdição contenciosa e procedimento na voluntária; partes na contenciosa e interessados na voluntária; conflito na contenciosa e administração de interesses privados de evidente repercussão pública na voluntária [...]

Assim, face à inevitável repercussão pública que o desaparecimento de alguém pode acarretar no meio social que integrava, o ordenamento jurídico disciplinou os procedimentos declaratórios da presunção da morte, visando extinguir a personalidade daquele quando do proferimento da sentença judicial, sendo necessário, ademais, o registro desta no cartório civil de pessoas naturais, a fim de que seja lavrada certidão no assento de óbito.

4.2 Algumas Conseqüências Jurídicas da Sentença Declaratória de Presunção da Morte

Da sentença que declara a morte presumida emanam inúmeras conseqüências na seara jurídica, que atingirão os que de alguma forma se relacionavam com aquele que, embora não se tenha encontrado o cadáver, tem, comprovadamente, alta probabilidade de estar morto.

Sem a pretensão de esgotarmos o rol dos efeitos oriundos da sentença em comento, passaremos a explanar algumas das principais implicações jurídicas advindas do óbito presumido.

A *dissolução do vínculo matrimonial* se apresenta como um dos efeitos da sentença declaratória de morte presumida, inclusive com reconhecimento expresso no art. 1.571, § 1º do Código Civil, que reza:

Art. 1571. *A sociedade conjugal termina:*

I- *Pela morte de um dos cônjuges;*

II- [...]

III- [...]

IV- [...]

§1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§2º [...]

Não obstante o parágrafo primeiro *supra* transcrito mencionar apenas a *presunção de morte decorrente de ausência* como causa de dissolução do matrimônio, o óbito presumido com fundamento nas causas do art. 7º do diploma cível c.c. art. 88 da Lei 6015/73, também gera efeito dissolutório do casamento.

Frisa-se que, a sentença que declara o óbito, tanto para propiciar a abertura da sucessão definitiva do patrimônio do ausente, quanto a proferida com base no art. 7º do Código Civil, tem, por si, o condão de extinguir a personalidade do presumidamente morto, antes mesmo de ser levada a registro público, uma vez que, para habilitar-se a um novo casamento junto ao oficial do cartório de registro cível, basta que o cônjuge viúvo apresente a sentença que declarou a morte presumida do ex-cônjuge, tendo em vista que esta decisão judicial figura como se certidão de óbito fosse (VELOSO, 2004).

A dissolução do matrimônio em decorrência da presunção da morte de um dos consortes não era conseqüência vislumbrada pelo antigo Código Civil, tampouco pela lei 6.515/77 (Lei do divórcio). O art. 315 do diploma revogado trazia as causas que acarretavam no término da sociedade conjugal, quais sejam:

I- *Pela morte de um dos cônjuges;*

II- *Pela nulidade ou anulação do casamento;*

III- *Pelo desquite amigável ou judicial.*

O parágrafo único do mencionado artigo disciplinava que “O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, 2ª. parte.” No mesmo sentido, o parágrafo único do art. 2º da lei 6.515/77

prevê que “ O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.”, entendendo-se “morte real”, apenas (VELOSO, 2004).

Embora a nova lei cível tenha admitido a dissolução do vínculo matrimonial quando houver sentença que declare a presunção do óbito de um dos consortes, nada dispôs sobre eventual retorno do desaparecido, verificando-se, desse modo, uma lacuna normativa em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, se o cônjuge viúvo contrair novo matrimônio, seria este considerado nulo com o ressurgimento do outrora presumidamente morto, ou o vínculo do primeiro casamento permanecerá dissolvido pela morte, não obstante estarem ambos os consortes vivos? Esta é uma indagação que a doutrina diverge ao tentar solucionar, haja vista que, para uma corrente, a legislação alemã deve ser adotada como parâmetro a ser seguido no caso de eventual retorno do cônjuge, mantendo-se, pois, o segundo casamento como válido, na medida em que este dissolveu o contraído anteriormente, não se admitindo que essa nova família seja condenada ao desfazimento por conta de alguém que há anos encontrava-se desaparecido.

Sobre a legislação alemã, Veloso (2004, p. 49) explica que

[...] no direito alemão, se o ausente reaparecer, ou se ficar comprovado que ele, efetivamente, não morreu, não é considerado nulo o segundo casamento do cônjuge presente, a não ser que os nubentes soubessem disto.

Logo, se o §1º do art. 1.571 do Código Civil preconiza estar dissolvido o vínculo matrimonial pela morte presumida de um dos cônjuges, não nos parece ser razoável sustentar a nulidade do novo casamento quando a própria lei optou pela extinção da união celebrada com aquele que, embora tenha reaparecido, foi dado como morto em sentença judicial.

Para o segundo entendimento doutrinário, a solução encontra respaldo na legislação italiana, sendo, portanto, considerado nulo o novo matrimônio, reconhecendo-se, todavia, a putatividade do mesmo. Nesse palmilhar, Diniz (2004) assevera que a morte, tanto real quanto presumida, dissolve o vínculo e a sociedade conjugal, afastando o impedimento para contrair novo matrimônio. Contudo, se o presumido morto retornar, não existirá mais a morte

presumida, e seus efeitos se apagarão, devendo ser nulo o novo casamento do cônjuge presente, por restar caracterizada a bigamia.

Veloso (2004) leciona que o Código Civil italiano, em seu art. 68, estabelece que, o casamento contraído pelo cônjuge viúvo do presumidamente morto é nulo quando este retornar. No entanto, não haverá nulidade se a morte for confirmada, ainda que tenha ocorrido em data posterior a do novo casamento.

O autor, ainda, sugere a introdução no Código Civil brasileiro do art. 1.571-A, com a redação a seguir:

“Art. 1.571-A. Se o cônjuge do ausente contrair novo casamento, e o que se presumia morto retornar ou confirmar-se que estava vivo quando celebradas as novas núpcias, o casamento precedente permanece dissolvido.”

Oportuno ressaltarmos que, o requerimento de divórcio pelo cônjuge presente, com base na separação de fato há mais de dois anos, apresenta-se como uma melhor solução ao caso, afastando-se eventuais transtornos advindos com o possível ressurgimento do presumidamente morto. Assim, reza o §2º do art. 1.580 do Código Civil:

Art. 1580 [...]

§1º [...]

§2º *O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.*

Ao lado da dissolução do vínculo matrimonial, outra importante consequência jurídica ocasionada pela sentença que admite a presunção do óbito consiste no alcance de seus efeitos na esfera criminal.

A sentença que declara a morte presumida de alguém poderá atingir eventual processo penal em trâmite, onde o falecido figura como *acusado*, acarretando na extinção de sua punibilidade, nos termos do art. 107, inciso I do Código Penal, na medida em que está extinta sua personalidade em decorrência da morte.

Destarte, a certidão de óbito lavrada em virtude da decisão judicial que declara a morte presumida do réu com fundamento no art. 7º do Código Civil, é documento hábil a embasar a declaração de extinção de punibilidade daquele no feito criminal (TORRES, 2003).

A razão do reflexo ocasionado pela sentença proferida no juízo cível no âmbito penal consiste no fato de que o Ministério Público participa da ação declaratória de morte presumida, momento em que efetua sua participação na colheita de provas, o que afasta a cogitação de que foi violado o princípio do contraditório quando da utilização da prova do óbito no feito penal, emprestada do processo cível. É o que assevera Torres (2003, p. 122)

Todavia, o Ministério Público, que é uno e indivisível, participa do procedimento especial de jurisdição voluntária de justificação de óbito (CPC, art. 1.105 c/c o art. 82, II). Logo, não há falar em violação do contraditório quando a prova da morte do réu é colhida na justificação do óbito e emprestada para o processo penal. Com efeito, no procedimento cível mencionado, garantiu-se ao Ministério público o direito à informação e à participação na produção da prova.

Oportuno destacarmos que, após declarada extinta a punibilidade do indivíduo em virtude de sua morte, nos termos do art. 62 do Código de Processo Penal, transitando em julgado a decisão judicial, não pode mais esta ser revista, caso o presumidamente morto reapareça. Consoante leciona Mirabete (2005, p 774) “[...] diante da coisa julgada, inexistente a revisão *pro societate* em nossa lei.”.

Nota-se que, quando a morte presumida, declarada nos termos do art. 7º do Código Civil, for da *vítima* de crimes contra a vida, não terá a certidão de óbito lavrada em decorrência da sentença declaratória em comento o condão de interferir no processo criminal para servir de prova da materialidade delitiva. Vale dizer, não é esta certidão um documento capaz de comprovar a morte da vítima, uma vez que o acusado não foi informado sobre a produção da prova que embasou a ação declaratória do óbito no processo cível, tampouco participou da sua colheita.

Caso a acusação traga aos autos do feito criminal a certidão de óbito lavrada nestas condições, visando demonstrar a consumação do crime contra a vida, não poderá o magistrado condenar o réu com âncora neste documento, vez que estaria infringindo o princípio do contraditório. Nesse palmilhar, Torres (2003, p. 121) sustenta que “[...] se não houve

participação da defesa na colheita da prova, o princípio do contraditório foi violado e a prova produzida é não apenas nula, mas uma não prova.”.

Logo, para que a presunção de inocência do acusado caia por terra, é preciso que se observem os princípios do contraditório e da ampla defesa, consagrados na magna carta (art. 5º, LV), incluindo a participação do réu na fase probatória do feito penal, bem como do cível quando não houver possibilidade de ser refeita a produção de prova, para que só então possa ser admitida a prova emprestada, o que não se verifica quando do trâmite do processo civil destinado a declarar o óbito presumido da vítima.

Outro significativo reflexo que o desaparecimento de alguém pode ocasionar, em decorrência de sua inserção na sociedade, consiste no amparo fornecido pela legislação previdenciária aos dependentes do presumidamente morto, quando este for segurado do Instituto Nacional do Seguro Social. Todavia, a Lei 8.213/91 – Regime Geral da Previdência Social – repousa tratamento específico e diferenciado à morte presumida, não se confundindo com a abordagem encontrada na legislação cível.

Para que os dependentes do desaparecido possam obter o benefício de pensão por morte, não é necessário que decorra o lapso temporal fixado no Código Civil para o reconhecimento da presunção do óbito, uma vez que o mencionado benefício é de caráter alimentar, não sendo razoável exigir-se a espera de 10 (dez) anos (art. 37, CC) ou de 5 (cinco) (art. 38, CC), para que o mesmo seja concedido. Assim, rezam os artigos 74 e 78 da Lei 8.213/91:

Art. 74 A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

- I- do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;*
- II- do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;*
- III- da decisão judicial, no caso de morte presumida.*

Art. 78 Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta subseção.

§1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em conseqüência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente de declaração e do prazo deste artigo.

§2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé.

Nota-se que o *caput* do art. 78 faz menção ao segurado que desaparece de seu domicílio, sem deixar notícias, tampouco representantes e procurador, aplicando-se aqui o conceito de *ausência*, empregado no Código Civil. Porém, no âmbito previdenciário, este instituto tem prazo próprio de seis meses, sendo que após este período, os dependentes do segurado poderão ingressar no judiciário, a fim de que seja declarada a morte presumida daquele, viabilizando a concessão do benefício de pensão por morte provisória, o que não acarreta em reconhecimento de ausência ou óbito presumido na esfera cível (ROCHA; BALTAZAR JÚNIOR, 2003).

No mesmo sentido, Cunha (2002, p. 59) assevera que:

O reconhecimento da morte presumida para efeitos civis se processa perante a Justiça Comum, em face da proteção que visa alcançar, ao passo que para efeito previdenciário o reconhecimento da morte presumida deve ser feito perante a Justiça Federal, já neste último caso o reconhecimento judicial tem relevância apenas para efeito de percepção do benefício previdenciário da pensão aos dependentes do ausente ou desaparecido, devido enquanto permanecer a ausência do segurado.

O início do benefício, neste caso, será da data da decisão judicial que declarar a morte presumida do segurado (HORVATH JÚNIOR, 2005), nos termos do art. 74, inciso III.

Salienta-se que, há uma segunda hipótese em que é admitida a presunção do óbito do segurado para que seja concedido o benefício em comento a seus dependentes, qual seja, o desaparecimento daquele em decorrência de acidente, desastre ou catástrofe (§1º do art. 78). Neste caso, não é exigida a declaração judicial ou o decurso de prazo algum, ao contrário do que ocorre na situação anterior. Basta a comprovação do fato que ensejou o desaparecimento do segurado junto ao Instituto Nacional do Seguro Social, que o benefício de pensão por morte será concedido aos dependentes, sendo a data de seu início a do óbito ou da entrada do

requerimento, nos termos dos incisos I e II do art. 74, ante a inexigibilidade de manifestação judicial (ROCHA; BALTAZAR JÚNIOR 2003).

A competência para reconhecimento da morte presumida para concessão do benefício previdenciário é da Justiça Federal do foro do domicílio dos beneficiários, ou da Justiça Estadual quando a comarca não tiver sede de vara do juízo federal, haja vista que há interesse da Autarquia Federal – INSS – nesta demanda, nos termos do §3º do art. 109 da Constituição Federal.

Importante observarmos que, caso o presumidamente morto reapareça, os valores auferidos pelos dependentes a título de pensão por morte não serão cobrados pelos cofres públicos, desde que não haja má fé dos mesmos, consoante §2º do art. 78 *supra*.

4.3 O Princípio da Segurança Jurídica em Face da Morte Presumida

A presunção do óbito do indivíduo, declarada pelo magistrado em procedimento de *jurisdição voluntária*, tanto na hipótese em que aquele se encontrava em perigo de vida ou em guerra (art. 7º do CC, c.c. art. 88 da LRP) – onde se aplicam os artigos 1.103 a 1.112 do Código de Processo Civil –, quanto no caso de cessação da ausência, em virtude do transcurso do lapso temporal fixado em lei (arts. 37 e 38 do Código Civil), nos moldes dos artigos 1.159 a 1.169 do CPC², apresenta-se amparada pelo princípio constitucional da *segurança jurídica*, protegendo, assim, todos aqueles que, de alguma forma, sofreram os reflexos da sentença que declarou a morte presumida.

José Afonso da Silva (2001, p. 435) traz o conceito do princípio em comento, dispondo que:

A segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.

² Vide capítulos 2 e 3 deste trabalho.

Canotilho (2002) sustenta que a segurança jurídica consiste na estabilidade das decisões estatais, não podendo estas serem modificadas arbitrariamente, bem como na previsibilidade dos efeitos jurídicos dos atos normativos.

Esta segurança se manifesta na medida em que o cônjuge viúvo é autorizado por lei a contrair outro matrimônio, não podendo ser admitida a nulidade do novo casamento, caso o presumidamente morto retorne, conforme o explanado *supra*.

Da mesma forma, este princípio está presente quando o legislador autoriza a extinção da punibilidade do falecido em processo criminal, com base na certidão de óbito lavrada em decorrência da sentença de morte presumida, impossibilitando a reabertura do feito, na hipótese de reaparecimento do réu. Referida segurança também repousa sobre o acusado de tentativa do crime de homicídio, haja vista que não se pode imputar-lhe a consumação do delito com base no óbito presumido da vítima.

Há igualmente segurança nas relações jurídicas quando a legislação previdenciária desobriga os dependentes (de boa fé) a ressarcirem os valores pagos a título de pensão por morte, em caso de eventual retorno do presumidamente morto, assim como quando o diploma cível determina a impossibilidade de alienação dos bens imóveis do ausente, exigindo prestação de garantias reais dos sucessores provisórios, visando evitar o desfazimento do patrimônio, tendo em vista que ainda há chances de retorno do desaparecido. Ademais, esta segurança permanece com a declaração do óbito presumido, e a conseqüente abertura da sucessão definitiva, tanto para proteger os herdeiros, que agora estão autorizados a levantar as cauções prestadas e usufruírem o patrimônio recebido da maneira que julgarem correto, quanto para amparar o falecido, pois caso ele reapareça, terá direito de retomar seus bens, embora no estado em que se encontrarem.

Portanto, a sentença declaratória de morte presumida alcança o princípio constitucional da segurança jurídica, estando esta proteção direcionada não apenas ao presumidamente morto, mas também aos que com ele se relacionavam, conforme disposto acima, sendo que a idéia de extinção da personalidade daquele é o fator que possibilita a ocorrência dessas significativas conseqüências.

Com efeito, a segurança jurídica manifesta-se através da *coisa julgada* no processo, compondo o elenco dos valores fundamentais existentes no Estado de Direito (TALAMINI,

2005). Entende-se por coisa julgada o *status* assumido pela decisão judicial, que não foi atacada por recurso, ou se o foi, encontra-se insuscetível de nova impugnação recursal contra o último dos pronunciamentos proferidos na demanda (MONTENEGRO FILHO, 2005).

O art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal reza que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*, sendo que esta última está diretamente vinculada ao princípio em comento.

Nota-se que, a coisa julgada pode ser formal ou material, e o Código de Processo Civil, em seu art. 467, preceitua, *in verbis*:

Art. 467. *Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.*

A coisa julgada material é a qualidade dos efeitos da sentença de mérito transitada em julgado, proferida em cognição exauriente, consistindo na imutabilidade da decisão. Nota-se que, para que haja a coisa julgada, é necessário que da sentença de mérito não caiba mais nenhum recurso ou reexame de ofício, sendo este momento denominado de trânsito em julgado (TALAMINI, 2005).

Tesheiner (2002) disciplina que coisa julgada material é a imutabilidade do conteúdo da sentença no mesmo ou em outro processo, sendo que o comando nela contido (declaratório, condenatório, constitutivo, mandamental) não pode ser desconstituído por outra ação autônoma, exceto a rescisória, ou por recurso na mesma ação, tendo em vista a ocorrência do trânsito em julgado do processo.

Assim, nesta espécie temos que o teor do pronunciamento judicial não pode ser novamente discutido em outra demanda que contenha identidade de elementos da ação (causa de pedir, pedido e partes), quando o mérito da causa já estiver decidido, tratando-se, pois, de pressuposto processual negativo, ressalvadas as hipóteses que admitem a propositura de ação rescisória (arts. 485-495 do CPC).

Quanto à coisa julgada formal, Montenegro Filho (2005, p. 596) leciona que:

[...] a coisa julgada formal – própria das sentenças terminativas – impede a rediscussão dos elementos da ação e da parte dispositiva do pronunciamento judicial

no âmbito da própria ação instaurada, não obstaculizando, contudo, a prerrogativa de o autor rediscutir os temas no curso de outra ação judicial.

Logo, a sentença que extingue o processo sem, contudo, apreciar o mérito da causa, após transitada em julgado, não poderá ser revista dentro do mesmo feito em que foi proferida, admitindo-se, no entanto, a propositura de nova demanda judicial.

Nota-se que, tanto na sentença definitiva quanto na sentença terminativa, verifica-se a coisa julgada formal, na medida em que se extingue o processo. Talamini (2005, p. 131) ressalta que, “todavia, só nas sentenças de mérito a ocorrência da coisa julgada formal é acompanhada da coisa julgada material (art. 267 c/c 268).”.

A doutrina leciona que, a garantia constitucional da coisa julgada abrange apenas sua modalidade material, sendo que a coisa julgada formal beneficia-se da proteção indiretamente, porquanto se apresenta contida na material (SILVA, 2001). Nesse palmilhar, Montenegro Filho (2005, p. 595) disciplina que:

Com a ocorrência do trânsito em julgado, e por questão de segurança jurídica, não se permite seja o ato decisório desprezado pelo mesmo ou por outro magistrado, justificando-se a coisa julgada pela preocupação de se dar segurança às relações jurídicas, não mais permitindo sejam reavivados e rediscutidos os elementos de uma ação finda, o que imporia – se admitido fosse – notável instabilidade em desfavor das partes do processo.

A sentença proferida em procedimento de jurisdição voluntária não se submete aos efeitos da coisa julgada material³, uma vez que o art. 1.111 do Código de Processo Civil preceitua, *in verbis*, que *a sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.*

Desse modo, a sentença declaratória de morte presumida, por integrar a jurisdição em comento, se reveste apenas de coisa julgada formal, de maneira que, caso o presumidamente morto retorne, ou se algum interessado protestar quanto à data do óbito fixada na decisão – o que poderá implicar na alteração da ordem da vocação hereditária, conforme dispõe Borda (1991), *apud* Venosa(2002) –, não haverá que se falar em propositura de ação rescisória

³ Cf Montenegro Filho (2005); Nery (2006); Venosa (2002); Talamini (2005).

porquanto esta visa atacar decisão que tenha feito coisa julgada material, mas sim em *alteração da sentença que declarou a morte presumida no mesmo processo*, tendo em vista que, para propositura de outra ação direta, necessário se faz expressa previsão em lei, como acontece, por exemplo, no art. 1.158 do CPC, que possibilita os herdeiros e credores reclamarem seus direitos mediante ação direta, após o trânsito em julgado da sentença declaratória da vacância da herança.

Frisa-se, contudo, que, não obstante a decisão declaratória de morte presumida se revestir apenas de coisa julgada formal, o princípio constitucional da segurança jurídica se faz presente, na medida em que afasta a instabilidade social gerada pelo desaparecimento do indivíduo, conforme *supra* demonstrado.

O fato de o art. 1.111 do CPC prever a modificação da sentença com o acontecimento de circunstâncias supervenientes, não inibe a instalação da segurança jurídica quando do proferimento da sentença declaratória de morte presumida, haja vista que, sem a ocorrência de fato posterior não há que se modificar a decisão. Nesse sentido, Tesheiner (2002, p. 232) leciona que:

[...] a modificabilidade por fato superveniente não exclui a existência de coisa julgada. Assim, o dispositivo invocado mais serviria para a afirmação da produção de coisa julgada, pois *a contrario sensu*, não ocorrendo circunstâncias supervenientes, a sentença não poderia ser modificada. Sabe-se, porém, que o argumento *a contrario*, facilmente conduz a equívocos.

Greco (2003) também defende que a modificação da decisão judicial, em virtude de circunstância superveniente, nos termos do art. 1.111 do CPC, não é incompatível com a coisa julgada. Ademais, sustenta que “Dizer que na jurisdição voluntária não se forma a coisa julgada não significa dizer que as decisões proferidas nesses procedimentos sejam absolutamente instáveis, revogáveis e modificáveis de qualquer modo a qualquer tempo.” (2003, p. 38).

Logo, o fato de que a morte presumida deva ser judicialmente declarada sob a égide da jurisdição voluntária, não impede que a segurança jurídica norteie os que, de alguma forma, são alcançados pelos seus reflexos, haja vista que, durante o procedimento, o magistrado

utiliza-se da cognição exauriente, no intuito de apurar a probabilidade da ocorrência do óbito do indivíduo, conforme outrora explanado neste trabalho, o que viabiliza a segurança em comento.

Sabidamente Siches (1952), assevera que o direito nasceu para satisfazer a urgência de segurança e de certeza na vida em sociedade, e é exatamente isso que a sentença declaratória de morte presumida proporciona, na medida em que supre a lacuna verificada no meio social quando do desaparecimento de algum de seus componentes.

Ainda na lição de Siches, *apud* Talamini (2005), tem-se que, a segurança é a razão de ser do direito, é seu valor fundamental, ao lado da justiça e do bem comum. No entanto, “pode haver Direito injusto ou Direito que não atenda ao interesse comum; todavia, sem a segurança e certeza de sua impositividade, *não há Direito*, nem bom nem mau.” (2005, p. 66).

CONCLUSÕES

Com o desenvolvimento do presente trabalho, algumas conclusões a cerca do tema estudado podem ser extraídas.

1) Inicialmente, concluímos que a conotação do termo *personalidade* não se confunde com a *capacidade de direito*, uma vez que a primeira compreende a união de caracteres da pessoa, de atributos humanos como a vida, honra, integridade física, dentre outros bens, objeto de proteção no ordenamento jurídico, ao passo que a capacidade de direito consiste na aptidão para se exercer direitos e contrair obrigações.

2) Ao passarmos pela evolução histórica dos direitos da personalidade, temos que após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a dignidade da pessoa humana teve seu valor internacionalmente disseminado, passando a figurar como o princípio maior das constituições, estando, atualmente, consagrado no art. 1º, inciso III da Constituição Federal Brasileira, o que implica em terem os direitos da personalidade natureza de Direito subjetivo, na medida em que encontram amparo na ordem jurídica, a nível constitucional, inclusive.

3) Frisa-se que a doutrina diverge quanto à extinção da personalidade da pessoa natural em decorrência de sentença que declara o óbito presumido, havendo os que sustentam ser apenas a morte real apta a extinguir a personalidade, tendo em vista que a presumida vigora apenas para efeitos patrimoniais. Contudo, entendemos que a morte presumida também possui caráter extintivo da personalidade, assim como a real, na medida em que em ambas não se verifica a relação do indivíduo com o mundo exterior, faltando-lhe um dos elementos que compõem a personalidade, qual seja, a *pessoalidade*.

4) Quanto à abordagem das hipóteses que autorizam a morte presumida, previstas no Novo Código Civil, podemos destacar que houve acréscimo dessas situações, disciplinadas no art. 7º, onde a declaração do óbito não guarda co-relação com o instituto da ausência, trazendo para o diploma cível os casos antes previstos apenas na Lei de Registros Públicos (6015/73).

5) A ausência prevista no Código Civil, e que enseja nomeação de curador para administrar os bens do ausente, não se confunde com a ausência processual, em que é

nomeado curador à lide, com o intuito de serem assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa, quando houver citação ficta.

6) Ademais, o ausente de que trata o diploma cível não é considerado incapaz, de sorte que a curadoria é declinada à administração de seu patrimônio, o que afasta a idéia de incapacidade do primeiro, não se confundindo com o instituto da curatela.

7) Nota-se que, o cônjuge separado de fato há mais de dois anos não poderá ser nomeado curador dos bens do ausente, por força do art. 25 do Código Civil. Todavia, é legitimado para requerer a abertura da sucessão provisória, haja vista que o patrimônio do casal ainda não foi partilhado, e essa assertiva aplica-se igualmente ao companheiro, uma vez que a magna carta considera a união estável entidade familiar (§ 3º, art. 226, CF).

8) Concluimos, outrossim, que quando os legitimados não requererem a abertura da sucessão definitiva, em decorrência da presunção da morte que se instala com o desaparecimento demasiadamente prolongado do indivíduo, serão os bens arrecadados como vagos, passando a integrar o patrimônio do Município, Distrito Federal ou União, *não se cogitando em presunção de morte*, vez que o fato de o poder público tomar para si os bens vacantes não caracteriza sucessão definitiva.

9) No que tange à justificação do óbito, tida por prova indireta da morte, consagrada na Lei de Registros Públicos, temos que, na vigência do Código Civil de 1.916 não havia morte presumida que não decorresse de anterior declaração de ausência, passando, desse modo, a lei 6015/73 a suprir a lacuna existente no ordenamento jurídico, regulamentando aquelas situações. Com o advento do Novo diploma cível, os casos previstos nessa lei (desaparecimento em catástrofes e em guerra) passaram a ser nele consagrados como morte presumida, surgindo, assim, o entendimento de que esta é prova indireta da morte.

10) Há grande discussão doutrinária no que se refere ao procedimento a ser seguido para declaração judicialmente da morte presumida, nos casos previstos no art. 7º do C.C c.c art. 88 da lei 6015/73. Para uma corrente, deve-se aplicar o art. 109 e parágrafos da Lei de Registro Público, junto à Vara de Registral, na medida em que se trata de suprimento do assento de óbito.

11) Outro entendimento consiste em defender a competência do Juízo da Vara de Registros Públicos, obedecendo-se, contudo, o rito previsto na cautelar de justificação (arts. 861/866 do CPC).

12) Porém, adotamos o terceiro posicionamento doutrinário, que nega a competência do juízo registral para solucionar demandas de tamanha complexidade, por desempenhar atividade meramente administrativa, cabendo, pois, ao juízo cível tal mister. Ademais, concluímos que o rito adequado para se declarar a morte presumida nestas hipóteses é o da jurisdição voluntária, consagrado nos arts. 1.103 e seguintes do CPC, tendo em vista que na cautelar de justificação não há análise do mérito da causa, bem como possui natureza constitutiva, e não declaratória, estando, desse modo, aquém do que se necessita do judiciário para ser levado a registro.

13) No que se refere à validade do matrimônio contraído pelo cônjuge viúvo, entendemos que, ainda que o presumidamente morto retorne, continua válido o casamento de seu consorte presente contraído com outrem, vez que a proteção jurídica deve recair sobre a nova família, não se falando em anulação do segundo matrimônio, porquanto o próprio Código Civil teve por bem dissolver o vínculo matrimonial quando da sentença declaratória de morte presumida (§1º do art. 1.571). Ademais, o fato de que basta apresentar esta sentença ao oficial para que o consorte viúvo se habilite ao novo casamento, realça a assertiva de que a morte presumida declarada judicialmente extingue a personalidade do indivíduo, mesmo antes de ser levada a registro público.

14) Concluímos, ainda, que outro fator que revela ser extinta a personalidade da pessoa em decorrência da morte presumida, consiste em ser a certidão de óbito documento hábil para extinguir a punibilidade do réu presumidamente morto, sendo que, em nome da segurança jurídica, não há de se fazer revisão *pro societate* desta decisão, caso o indivíduo reapareça.

15) Atenta-se, ademais, para a distinção existente entre a morte presumida do direito civil com a morte presumida para fins previdenciários. A lei 8.213/91 disciplina que, basta os dependentes do segurado desaparecido aguardar seis meses para que possam requerer ao judiciário a declaração de morte presumida, visando a obtenção do benefício de pensão por morte, o que não implica em reconhecimento do óbito na esfera cível, processando-se aquela

ação declaratória na justiça comum federal, ao passo que o juízo competente para a declaratória de morte presumida é a justiça comum estadual.

16) Concluimos também que, embora o princípio constitucional da segurança jurídica esteja vinculado apenas à coisa julgada material, sendo, contudo, a sentença declaratória de morte presumida revestida apenas de coisa julgada formal – na medida em que é proferida em sede de jurisdição voluntária –, não podemos ignorar sua presença nas relações jurídicas afetadas pela presunção do óbito. O princípio constitucional em comento afasta a instabilidade social ocasionada pelo desaparecimento do indivíduo, e a sentença que declara a presunção do óbito não pode ser alterada, a menos que ocorra fato superveniente (art. 1.111 do CPC).

17) Logo, entendemos que, o fato de não haver na jurisdição voluntária a formação de coisa julgada material, não significa que paira a instabilidade da decisão que declarou a morte presumida, vez que sua mudança por ocorrência de fato superveniente não implica na incompatibilidade com a segurança jurídica nas relações, porquanto não pode ser feita desmotivadamente, a qualquer tempo, haja vista que desta sentença declaratória emanam significativas conseqüências, firmadas na extinção da personalidade da pessoa natural.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ADIERS, Moacir. A ausência da pessoa natural no novo código civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 18, p. 189-217, abr./jun. 2004.

ALCOFORADO, Luis Carlos. **Da personalidade e da capacidade**. Disponível em: <<http://www.alcoforadoadvogados.com.br>>. Acesso em: 17 mar. 2006.

_____. Conheça os seus direitos e deveres no novo código civil. **Correio Braziliense**, Brasília, 22 abr. 2002. Disponível em: <http://www2.correioweb.com.br/cw/EDICAO_20020422/sup_dej_220402_299.htm>. Acesso em: 09 jan. 2006.

AMOREIRA, Eymard. **Normas processuais: lei dos registros públicos**. Curitiba: Juruá, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5. ed. atual. por Eduardo Cardoso Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil**. Organizador Yussef Said Cahali. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. 15. ed. atual. até 01 de outubro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Johson Lira. **Declaratória de ausência por morte presumida**. Disponível em: <<http://www.pgj.ce.gov.br/secretarias/secje/pecas>>. Acesso em: 28 out. 2005.

CUNHA, Lásaro Cândido da. Morte presumida no direito previdenciário. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 3, n. 12, p. 56-60, jan./mar. 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 18. ed. rev. e aum. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 20. ed., rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. _____. 22. ed., rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 19. ed., rev. e aum. de acordo com o novo código. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Procedimentos especiais cíveis**: legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Da ausência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 93, v. 822, p. 28-51, abr. 2004.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.

GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**. São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: atualizado de acordo com as leis n. 10.352 de 26-12-2001, 10.358 de 27-12-2001, e 10.444 de 7-5-2002. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. rev. atual. e compl. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millenium, 2000. v. 5.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**: medidas de urgência, tutela antecipada e Ação cautelar, procedimentos especiais. São Paulo: Atlas, 2005. v. 3.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Novo código civil e legislações extravagantes anotados**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 22. ed., rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefício da previdência social**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 6.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Da ausência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SICHES, Luis Recasens. **Vida humana, sociedad y derecho**. 3. ed. México: Editora Porrúa, 1952.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri: Manole, 2002.

SWENSSON, Walter Cruz. et al. **Lei de registros públicos anotada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**: coisa julgada e Constituição: o regime infraconstitucional da coisa julgada: a ação rescisória e outros meios rescisórios típicos: os limites da revisão atípica (“relativização”) da coisa julgada: as sentenças inexistentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TESHEINER, José Maria. **Procedimentos da jurisdição voluntária segundo o novo código civil**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/artigosprofthesheiner/jurisdicaovoluntariasegundoonovocodigocivil.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2006.

_____. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Reflexos do novo código civil no sistema penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 44, p. 86-127, jul./set. 2003.

VELOSO, Zeno. Novo casamento do cônjuge do ausente. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano 6, n. 23, p. 37-54, abr./maio 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

_____. **Direito civil**: direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 7.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de direito civil**: lei de introdução e parte geral. São Paulo: Método, 2005. v. 1.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005.

CARVALHO NETO, Inácio de. **A morte presumida como causa de dissolução do casamento**. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/artigos>>. Acesso em: 28 out. 2005.

EDUARDO, Ítalo Romano et al. **Direito previdenciário**: benefícios. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

HORA NETO, João. **Os princípios do novo código civil e o direito das obrigações**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6737>>. Acesso em: 17 mar. 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de família no novo código civil**. Disponível em: <<http://www.advocaciaconsultoria.com.br/dirfamilia/familiancc2htm>>. Acesso em: 16 mar. 2006.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. **Catástrofes naturais – conseqüências jurídicas na esfera das pessoas**. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.net/doutrina/artigos/catastrofes.htm>>. Acesso em: 16 de mar. 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de processo civil**: procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa: jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. Cap. 1.