

A INSEGURANÇA DA NORMA *JURÍDICA* À LUZ DA ABERTURA DA SUCESSÃO SOB A MORTE PRESUMIDA

STANDARD OF LEGAL INSECURITY IN THE LIGHT OF SUCCESSION IN OPENING THE DEATH INFERRED

*Thiago Fernando Roldão Grassato*¹
*Éllen Cássia Giacomini Casal*²

RESUMO: O presente trabalho visa constatar a incongruência do direito vigente e a violação dos princípios estruturantes do direito positivo, como o princípio da dignidade da pessoa humana, do progresso social, da modernização do direito e da proporcionalidade, além de mostrar a violação às invariantes axiológicas, e visa à possível utilização da teoria tridimensional do direito e o princípio da proporcionalidade, com o intuito de que o magistrado forneça uma sentença justa, de modo, à utilizá-la na fixação dos prazos em caso da abertura provisória e abertura definitiva, referentes a morte presumida, que vêm prevista no Código Civil de 2002, do Capítulo III – da ausência, no qual reflete a caducidade do direito e sua estaticidade sucessório. Além disso, realiza um estudo sobre os institutos sucessórios, no qual, visa mostrar a incongruência do legislador em formular normas de direito sucessório com prazos exacerbados, e declarar a insegurança da norma jurídica, razão pela qual, se exauri o objetivo da norma, em que é preservar os direitos dos sucessores.

PALAVRAS-CHAVE: AUSÊNCIA. INSEGURANÇA. INVENTÁRIO. PARTILHA. SUCESSÃO.

ABSTRACT: This work aims to establish the inconsistency of existing law and the violation of structuring principles of positive law, the principle of human dignity, social progress, modernization of law and proportionality, in addition to showing the violation of invariants axiological, and it aims at the possible use of three-dimensional

¹ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV.

² Mestra em Direito. Docente Universitária do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV. Advogada.

theory of law and the principle of proportionality, in order that the judge give a fair sentence, so, to use it in the setting of deadlines in the case of provisional opening and final opening, concerning presumed death, coming specified in Civil Code of 2002, the Chapter III - the absence, which reflects the expiry of the right and his succession staticity. In addition, conducts a study on the succession institutes, which aims to show the inconsistency of the legislator to formulate rules of inheritance law exacerbated with deadlines, and declare the uncertainty of the legal norm, which is why, if the objective of the standard exhaust in which is to preserve the rights of successors.

KEYWORDS: ABSENCE. INSECURITY. INVENTORY. SHARING. SUCCESSION.

INTRODUÇÃO

Na civilização humana existe a sucessão dos bens desde seus antepassados, entretanto os grupos humanos comunitários de caráter nômade, não conheciam a propriedade privada dos bens, pois a permanência da propriedade era de posse da tribo, era de todos, sendo assim, não é possível se falar em sucessão.

Na Grécia, na Roma e na Índia, a sucessão dá-se por razões religiosas, no qual, o herdeiro substituíam o falecido apenas na condução dos cultos, não ocorrendo transmissão de bens.

A evolução direito sucessório começa a ganhar importância no direito romano, a partir do direito sucessório pátrio.

Segundo Numa Denis Fustel de Coulanges:

[...] A falta de registros romanos a respeito do direito à herança da filha solteira, mas acredita que esta não era privada formalmente se duas parte na herança. Apenas disso, o autor supõe que, na, prática, a filha encontrava uma série de dificuldades que seriam obstáculos à livre administração da herança, sendo mais assemelhada a uma situação de usufruto, pois a filha ficava sob a tutela de seu irmão e não podia testar ou alienar seus bens sem a autorização deste. (1997, p. 71).

O direito sucessório é um instituto jurídico que disciplina a cessão do patrimônio de seu titular, depois de sua morte ou por morte presumida, ao herdeiro, em virtude de norma regulamentadora ou de testamento devidamente composto, ou seja, consiste na transmissão de patrimônio, bens fungíveis e infungíveis do *de*

cujus, tanto do ativo como do passivo, ou seja, transmite-se direito e deveres aos sucessores devidamente capazes de suceder, quanto do passivo ao herdeiro, que responderá somente pelo seu quinhão hereditário, já no ativo tem incumbência de representar o sucessor como se este fosse, da melhor forma possível.

A abertura da sucessão *causa mortis* é dada pela morte do *de cuius*, comprovada pela certidão de óbito, os seus sucessores adquirem o seu quinhão hereditário mediante apuração da capacidade sucessória.

"Vale lembrar que, na vigência do Código de 1916, o ausente era considerado absolutamente incapaz, o que não é verdadeiro, porque, se reaparecer, voltará a exercer todos os atos da vida civil." (MONTEIRO, 2003, v.1, p. 115).

O referente Código Civil de 1916, prescrevia em seu art.5º "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil", inciso IV- Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

1 MODALIDADES DE EXTINÇÃO DA PESSOA NATURAL

1.1 Morte Real

Segundo o art. 6º, 1ª parte do CC/02, "a existência da pessoa natural termina com a morte."

Morte real se ocorre com a *morte cerebral*, ou seja, com o rompimento do funcionamento do cérebro, segundo o art. 3º da Lei 9.434/1997, que dispõe sobre a morte para fins de remoção de órgão para transplante, que pode ser provocada através de uma prova direta, mediante um laudo médico que ateste o óbito, que deverá ser registrado em registro público, segundo o art. 9º, I do CC/02 combinado com a Lei n. 6.015/1973 de Registros Públicos (LRP).

No caso de extinção da personalidade adquirida por força do art. 2º do CC/02, no qual prescreve que "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", nascituro é compreendido em aquele que há de nascer, ou seja, foi gerado mais ainda não nasceu.

Sendo assim, o texto do art. 2º do CC/02, reflete grande relevância na prática, no tocante ao indivíduo que nasceu morto, ou morreu logo após o nascimento com vida, segundo Sílvio Rodrigues:

[...] suponha-se que o indivíduo morre deixando esposa grávida; se a criança nascer morta, o patrimônio do *de cujus* passará aos herdeiros deste, que podem ser seus pais, se ele tiver; se a criança nasceu viva, morrendo no segundo subsequente, o patrimônio de seu pai pré-morto (que foi deferido a seu filho no momento em que ele nasceu com vida) passará aos herdeiros do infante, no caso, a sua mãe. (2002, p. 36).

Discute Washington de Barros Monteiro, sobre a polêmica referente ao nascituro:

[...] Discute-se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo, e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. (2003, p. 66).

É importante lembrar que a morte do *de cujus*, sobrevive sua vontade através do testamento, além disso, o Código Penal tipifica como crimes, as condutas contra os mortos, como o impedimento ou perturbação de cerimônia funerária, a violação de sepultura, a destruição, subtração ou ocultação de cadáver e o vilipêndio a cadáver, no qual, prescreve os arts. 209 a 212, dando o devido respeito ao cadáver.

1.2 Morte Civil

A morte civil vigorou na Idade Média, no tocante os condenados a penas perpétuas, e para os que adotavam a profissão religiosa, estas pessoas eram consideradas mortas para o mundo, embora fossem vivas, o ordenamento jurídico tratavam como se mortas fossem.

É a extinção da personalidade jurídica no âmbito civil, no qual é tratada se morto fosse, somente para efeitos sucessórios em relação a indignidade, no que tange o Capítulo V (Dos Excluídos da Sucessão), do Código Civil de 2002, que trataremos posteriormente.

1.3 Morte Simultânea

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2009, v.1, p. 116): “Quando duas pessoas morrem em determinado acidente, somente interessa saber qual delas morreu primeiro se uma for herdeira ou beneficiária da outra.”

A Morte simultânea se ocorre quando dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu ao outro, presumir-se-ão simultaneamente mortos (art. 8º do CC/02).

Segundo Maria Helena Diniz (2002, v.1, p. 200): “[...] Em matéria de efeitos pendentes de sobrevivência, nos casos de pessoas falecidas em lugares e acontecimentos distintos, mas em datas e horas simultâneas ou muito próximas.”

Suponhamos em um caso hipotético que uma mulher e um homem sendo elas casados faleçam em uma queda de um avião da TAM Linha Aéreas S.A, sem deixarem descendentes ou ascendentes, se presume que testemunhas tenham encontrado o homem morto e a mulher com sinais de vida, considerando a legitimidade hereditária a mulher herda os bens do seu cônjuge se ele faleceu primeiro, na dúvida houver no sentido de se saber quem morreu primeiro, o juiz aplicará o art. 8º do CC/02, neste caso a transmissão de direitos, no qual compõe a parte do homem ira para seus herdeiros colaterais e a da mulher para os seus herdeiros colaterais.

Segundo Sílvio Rodrigues (2002, v.1, p. 37): “Comorientes – Problema importante, concernido ao fim da personalidade, é o dos comorientes, que são pessoas que falecem na mesma ocasião, sem que se possa determinar qual pré-morreu à outra.”

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, em alguns países como França, são observados outros aspectos para ser decretada a morte simultânea, por exemplo:

Alguns países, todavia, adotaram outros critérios. O direito romano estabelecia uma variedade de presunções que aplicam a solução. [...] baseados em fatores arbitrários, presume que a mulher morre mais cedo que o homem, que os mais velhos morre antes do mais novo etc., chegando a entrar em detalhes sobre as diversas situações que podem ocorrer. (2009, v.1, p. 116).

No caso de morte simultânea, “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos” (CPC, art. 131), deverá ser apurado pelos meios probatórios empregados pela medicina legal, com o

resultado negativo sobre quem faleceu primeiro, vigora a presunção simultânea, prevista no art. 8º, do CC/02.

1.4 Morte Presumida

O que caracteriza a ausência é a incerteza transmitida entre a vida e a morte do ausente, ou seja, uma luta pela presunção da vida, por não estar provado óbito do ausente e a presunção da morte, que dá-se pela falta de notícia e que perdura em razão do tempo decorrido.

Tem-se que “o direito romano não continha disposição sobre a teoria da ausência, embora já conhecesse a *cura bonorum absentis*, trata-se de um instituto relativamente moderno.” (MONTEIRO, 2003, v.1, p. 113).

Segundo Washington de Barros Monteiro (2003, v.1, 114): “Não é de confundir, portanto, ausência com revelia; a primeira é de direito substantivo, ao passo que a segunda é de direito objetivo.”

O corpo do desaparecido não foi encontrado (localizado), é decretada a morte presumida mediante prova indireta, por meio de requisitos que chegam a conclusão que a pessoa desaparecida esteja morta.

A morte presumida é definida como a “ficção pela qual, transcorrido determinado prazo, considera-se morto o ausente, para que se abra a sucessão hereditária.” (ACQUAVIVA, 2013, p. 596).

Poderão os juízes togados admitir justificação para assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame, segundo o art. 88 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73).

A morte presumida pode ser decretada sem a decretação de ausência, no qual, há maior probabilidade da morte, segundo o art. 7º do CC/02, e que prescreve que poderá ser decretada a morte presumida, sem decretação da ausência:

- I- se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
- II- se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após a guerra.

Em um caso verídico em que se chocaram o avião da GOL e o jatinho da TAM, que segundo a o site G1, "O acidente com o voo 1907 da Gol, deixou 154 mortos", o possíveis corpos que não foram encontrados, o juiz ira julgar com observância, no art. 7º, I do CC, e o art. 88 da Lei 6.015/73, razão pela qual, o caso concreto foi derivado de uma catástrofe, e seja extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida.

A Lei n. 9.140/95 presume a morte de "pessoas que tenham participado, ou tenha sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, em que por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que dela haja notícia" (redação dada pela Lei n. 10.536/02)

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.

Ademais, "vale lembrar que, na vigência do Código de 1916, o ausente era considerado absolutamente incapaz, o que não é verdadeiro, porque, se reaparecer, voltará a exercer todos os atos da vida civil." (MONTEIRO, 2003, p. 115).

A sentença declaratória de ausência e de morte presumida deverá ser registrada em registro público, segundo o art. 9º, IV do CC/02, sendo assim, se dá a extinção da personalidade no que concerne a efeitos patrimoniais e alguns pessoais (art. 1571, § 1º do CC/02, além disso, dispõe sobre a ausência o art. 6º, 2ª parte do CC/02 "presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva."

Desta forma, "atualmente em quadra-se como tipo de inexistência por morte, presente nos casos em que a pessoa está em local incerto e não sabido (LINS), não havendo indícios das razões do seu desaparecimento." (TARTUCE, 2013, v. Único, p. 117).

O Direito Positivo Brasileiro divide a situação do ausente em três fases: I – o ordenamento procura preservar os bens por ele deixados, para a hipótese de possível retorno (fase da curadoria dos bens do ausente); II – prolongando a ausência, o ordenamento jurídico se preocupa com o interesses de seus sucessores, declarando a abertura da sucessão provisória; III – com um eminente período de ausência, é substituída a sucessão provisória pela definitiva.

Desse modo, trataremos de cada divisão da ausência, para melhor esclarecer a sua caducidade sofrida pela modernização no ordenamento jurídico, no qual não foi modificada.

Da Curadoria dos Bens do Ausente - A curadoria do ausente se divide em dois casos:

I- 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 (art. 22 do CC/02).

II- 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 (art. 23 do CC/02).

Mediante o desaparecimento, sem deixar notícia, qualquer interessado poderá requerer que abra provisoriamente a sucessão, desde que passado 1 ano da publicação do primeiro edital (art. 1.163 do CPC), podendo o Ministério Público requerer a declaração de ausência o no que compete o art. 82, II combinado com o art. 1.163, §2, todos do CPC.

Conforme o art. 1.161 do CPC, deverá publicar editais durante 1 ano, reproduzindo de dois em dois meses, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens, será feita tal publicação desde que feita a arrecadação. Sem o retorno do desaparecido, declara a ausência e nomear-lhe-á curador segundo o art. 22 do CC/02.

Levados os fatos ao conhecimento do magistrado, este, depois de verificado a sua veracidade, podendo recorrer as testemunhas e dentre outras provas, promoverá a arrecadação dos bens do ausente, que serão procedidos a administração do curados nomeado, no que concerne o art. 1.143 do CPC, sendo assim, o juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o dispositivo a respeito dos tutores e curadores (art.24 do CC/02).

Poderá ser nomeado curador dos bens do desaparecido o cônjuge, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes de declaração da ausência, será o seu legítimo curador (art. 25 do CC/02), e na falta do cônjuge, a curadoria dos bens incube aos pais ou aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento, que os iniba de exercer o cargo (art. 25, § 14

1º do CC/02), no tocante aos descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos (§ 2º), na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador (§ 3º).

O companheiro merece o mesmo tratamento de cônjuge, segundo menciona Flavio Tartuce:

A pesar da ausência de previsão quanto ao convivente ou companheiro, ele merece o mesmo tratamento do cônjuge, pelo teor do Enunciado n.97 CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* ("no que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se refém apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheiro, como por exemplo na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do CC)"). (2013, p. 118).

Da Ausência Provisória - deve se ater aos requisitos do art. 26 do CC/02: "decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou se ele deixou representante ou procurador, em se passado três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão."

Para os efeitos previstos do artigo anterior, somente se consideram interessados, segundo o art. 27 do CC/02:

- 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.

No tocante ao inciso I, do art. 27 do CC/02, a Emenda do Divórcio (EC 66/2010) banuiu o sistema a categoria de separação judicial, para somente o divórcio judicial. No tocante à falta do cônjuge e existindo companheira(o), deve observação ao art. 226, § 3º da Constituição Federal de 1988, no que tange "Para os efeitos da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

Está previsto no art. 1.790 do CC/02, que:

A companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quando os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Já em relação aos herdeiros no inciso II, do art. 27 do CC/02, deve se ater ao art. 227, § 6º do CF/88, “Os filhos, havido ou não da relação do casamento ou por adoção, terão o mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatória relativas a filiação.”

É assegurado pelo Estado os direitos sucessórios, contra discriminação sofrida pelos filhos fora do casamento e aqueles que forem fruto de adoção.

O art. 28, *caput* do Código civil dispõe que,

A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta dias depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, proceder-se-á à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido.

§ 1º Findo o prazo a que se refere o art. 26, e não havendo interessados na sucessão provisória, cumpre ao Ministério Público requerê-la ao juízo competente.

§ 2º Não comparecendo herdeiro ou interessado para requerer o inventário até trinta dias depois de passar em julgado a sentença que mandar abrir a sucessão provisória, proceder-se-á à arrecadação dos bens do ausente pela forma estabelecida nos arts. 1.819 a 1.823.

Este prazo tem como objetivo, que ao ausente ao ter conhecimento que será decretada a sua ausência provisoriamente, retorne com o intuito de entrar em posse de seus bens.

Antes da partilha, o juiz, quando julgar conveniente, ordenará a conversão dos bens móveis, sujeitos a deterioração ou a extravio, em imóveis ou em títulos garantidos pela União, segundo o art. 29 do CC/02.

Sendo assim, o art. 1.117 do CPC, no que prescreve, os bens imóveis serão alienados em leilão, no que tange o seu inciso I – “o imóvel que, na partilha, não couber no quinhão de um só herdeiro ou não admitir divisão cômoda, salvo se adjudicando a um ou mais herdeiros acordes.”

Os herdeiros para terem a aquisição provisória dos bens do desaparecido, terão que fornecer garantias de retribuição deles, no que concerne a penhores e hipotecas equivalentes aos quinhões respectivos (art. 30, *caput*, do CC/02).

Aquele que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida neste artigo, será excluído, mantendo-se os bens que lhe deviam caber sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste essa garantia (§ 1º, do art. 30 do CC/02).

Segundo o art. 34 do Código Civil, “o excluído, segundo o art. 30, da posse provisória poderá, justificando falta de meios, requerer lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão que lhe tocara.”

Desse modo o art. 34 do CC/02, tutela os direitos do excluído da posse provisória, em receber a metade dos rendimentos, em que tange o seu quinhão hereditário.

Os ascendentes, os descendentes e o cônjuge, uma vez provada a sua qualidade de herdeiros, poderão, independentemente de garantia, entrar na posse dos bens do ausente (§ 2º, do art. 30 do CC/02).

Com o objetivo de evitar-lhe a ruína do bem imóvel do ausente, mediante decretação pelo juiz, poderão ser alienado (art. 31, *caput* do CC/02).

Representarão o ausente os que estiverem na posse provisória do bem, nas respectivas ações pendentes e as que futuramente serão movidas, tanto ativamente como credores de terceiros, ou passivamente como representantes do devedor originário dado como ausente (art. 32, do CC/02).

Regulamenta o art. 33 do CC/02, que:

O descendente, ascendente ou cônjuge que for sucessor provisório do ausente, terá direito a todos os frutos, compreendidos em (naturais, industriais e civis), 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.

Com o aparecimento do ausente cessará a sucessão provisória (art. 1.167, *caput* do CPC), além disso, comprovada a foi provocada voluntariamente a injustificada, não terá direito a aparte nos frutos e rendimentos, que seus bens produziram, na sua ausência, somente retomara a posse dos bens (art. 33, parágrafo único do CC/02).

Durante a posse provisória dos bens do desaparecido, vier a provar o falecimento do ausente, cessa a sucessão provisória (art. 1.167, I do CPC), e se provar a época do falecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a sucessão em favor dos herdeiros, que o eram aquele tempo (art. 35 do CC/02), ou seja, retroagira ao tempo do falecimento para transmissão da herança aos herdeiros legítimos e testamentários (art.1.784 do CC/02).

Se o ausente aparecer depois de estabelecida a posse provisória dos bens, provar que sua ausência foi justificada, ou seja, involuntária, 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 (art. 36, do CC/02).

Da Sucessão Definitiva - Se após a abertura da sucessão provisória ter decorrido dez anos, e não ter o ausente aparecido nem ter dado notícia de seu paradeiro, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas (arts. 37 do CC, e 1.167, II do CPC).

Provando-se que o ausente conta 80 anos de idade, e que de cinco anos se teve notícia dele, poderão os legítimos interessados, requerer a abertura da sucessão definitiva (arts. 38 do CC e 1.167, III do CPC).

Segundo Sílvio Rodrigues (2002, v.1, 37): “A lei presume, para os efeitos civis, a morte do ausente, nos casos dos arts. 37 e 38. Ausente é a pessoa que desaparece de seu domicílio, deixando de dar notícia por um largo período de tempo.”

Presume-se a extinção da pessoa natural com a abertura da sucessão definitiva (art. 6º do CC/02).

O ausente se regressar de paradeiro nos dez anos após a abertura definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes vierem a aparecer após a abertura definitiva reivindicando seus direitos sucessórios, aquele ou estes haverão só os bens 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 (arts. 39. do CC e 1.168 do CPC).

Não regressado o ausente, após ter decorrido o prazo de dez anos da abertura da sucessão definitiva, os bens arrecadados serão definitivamente dos herdeiros, assegurado todos os direitos. No tocante, a falta de herdeiros legítimos e testamentários, e não havendo ascendentes os bens serão tidos como vagos, passado ao domínio do Município ou Distrito Federal, se localizados as respectivas circunscrições (divisão territorial), incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal (art. 39, parágrafo único, do CC).

No caso de descendentes, ascendentes, e cônjuge, houverem renunciado s a herança, está se convertera em patrimônio da União (art. 1844 do CC).

Por fim, a morte por ausência põe a fim na sociedade conjugal, estando o ex-cônjuge livre para casar com terceiro, nos termos do art. 1.571, § 2º do CC/02.

1.4.1 Foro Competente

A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens (art. 10, da LINDB).

A sucessão de bens de estrangeiro, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício ao cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os representante, sempre que não lhe seja mais favorável a lei pessoal do de *cujus* (arts. 5º, XXXI, da CF/88 e 10, § 1º, da LINDB).

Compete exclusivamente a qualquer outra, a autoridade brasileira, nos termos do art. 89, I e II, do CPC:

I – conhecer as ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiros e tenha residido fora do território nacional.

É de Competência Territorial, nos termos do art. 96 do CPC, “o foro do domicílio da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de ultima vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.”

É, porem competente, o foro:

I – da situação dos bens, se o autor, da herança não possuía domicílio certo;

II – do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía em lugares diferentes.

As ações em que o ausente for réu correm no foro de seu último domicílio, que é também competente para a arrecadação, o inventário, a partilha, e o cumprimento das disposições testamentárias (art.97, do CPC).

O *inventariu* (inventário), procedimento destinado a relacionar, avaliar e partilhar os bens do falecido entre seus herdeiros ou legatários.

No prazo de trinta dias, a contar da abertura de sucessão, instaurar-se-á inventário, perante o juízo competente no lugar da sucessão, para fins de liquidação e, quando for o caso, de partilha de herança (art. 1.796 do CC/02).

O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando se nos 12 (doze)

meses subsequentes, podendo somente o juiz prorrogar tal prazo, de ofício ou por meio de provocação da parte (art. 983, do CPC).

O STF publicou a Súmula nº 542, no que concerne “Não é inconstitucional a multa instituída pelo Estado-membro, como sanção pelo retardamento do início ou da últimação do inventário”.

Aquele que demorar a requerer o inventário em juízo ou demorar a praticar última ação será sancionado pela sumula nº 542 do STF.

2 EXCLUSÃO DO DIREITO DE SUCESSÃO

2.1 Indignidade

Como alerta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

[...] não se pode confundir a falta de legitimação para suceder com a exclusão por indignidade e deserdação. Isso porque no primeiro caso há um afastamento do direito por *razão de ordem objetiva*. Por outra via, na indignidade e na deserdação há uma *razão subjetiva* de afastamento, uma vez que o herdeiro é considerado como *desprovido de moral* para receber a herança, diante de uma infeliz atitude prática. (2007, p. 148-149).

São excluídos do direito de sucessão, o autor, coator ou participe que concorreram para ocorrência do crime ou tentaram contra a vida do de *cujus*, ou ainda que tenham concorridos na prática de violência ou meios fraudulentos ao impedir que o autor da herança pudesse dispor de seus bens, por ato de última vontade, ou terem acusado caluniosamente em juízo o cônjuge ou companheiro do de *cujus*, além disso, terem concorrido à prática de qualquer crime contra a honra destes, com fundamento no art. 1814, I, II e III do CC/02.

Serão submetidos a perda do direito de suceder mediante sentença condenatória transitada e julgada, com observância ao devido processo legal (art. 5º, LIV da CF), no contraditório e ampla defesa (art.5º, LV da CF) e julgado pela autoridade competente (art. 5º, LIII da CF combinado com o art. 1815 do CC), o prazo decadencial para requerer a indignidade é de 4 anos, contados da abertura da sucessão, segundo prescreve o art. 1815, parágrafo único do CC/02.

O que difere a indignidade da deserdação, é que a indignidade como visto anteriormente no art. 1815 do CC, é decretada mediante decisão judicial,

sendo assim, a ação de decretação da indignidade pode ser impetrada por qualquer interessado ou o Ministério Público, quando houver questão de ordem pública, no que reconhece o Enunciado nº 116 C/JF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*.

No tocante à deserdação, tem-se que esta é provocada mediante ato de última vontade que afasta os herdeiros necessários, sendo, porém, imprescindível a afirmação por sentença, e esta tipificada pelo Código Civil de 2002, em capítulo próprio da sucessão testamentária, no qual, trataremos posteriormente.

Os descendentes do herdeiro decretado indigno, sucedem como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão (art.1.816, do CC). O excluído da sucessão não terá direito a usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, a nem à sucessão eventual desses bens (art.1.816, parágrafo único, do CC).

Art. 28, §2º do CC/02, "Não comparecendo herdeiro ou interessado para requerer o inventário até trinta dias depois de passar em julgado a sentença que mandar abrir a sucessão provisória, proceder-se-á à arrecadação dos bens do ausente pela forma estabelecida nos arts. 1.819 à 1.823."

Segundo o art. 1.819 do CC, "São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão."

Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.

Caso o herdeiro antes de decretada a exclusão do direito de sucessão, celebrar contrato de compra e venda de imóvel o móvel deixados pela herança com terceiro de boa-fé, será válida a alienação, no que concerne o art. 1.817 do CC/02,

São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão; mas ao herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos.

As perdas e danos são compreendidas no que efetivamente perdeu, e o que razoavelmente deixou de lucrar (art. 402 do CC/02).

Mediante sentença transitada e julgada, de declaração indignidade, o excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens

da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles (art. 1.817, parágrafo único, do CC/02).

2.1.1 Reabilitação

Expressa – aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o estiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico (art. 1.818, do CC/02).

Tácita – Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária (art. 1.818, parágrafo único, do CC/02).

2.2 Deserdação

Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão (art.1.961, do CC).

Além das causas mencionadas no art. 1.814 do CC, aplica o arts. 1.962 e 1.963 do CC, no que autoriza a deserdação dos descendentes por ascendentes e vice-versa:

- I – A ofensa física entre tais pessoas;
- II – A injúria entre elas;
- III – As relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; bem como as relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta;
- IV – O desamparo praticado entre essas pessoas, havendo alienação mental ou grave enfermidade do prejudicado.

É compreendido como relações ilícitas, a prática de atos sexuais e envolvimento afetivos entre as pessoas elencadas, tidos como adultério, de infidelidade ou incestuosos.

Somente mediante expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento (art. 1.964 do CC), caso contrário, é nulo os casos, em que não for revestir a forma prescrita em lei, ou for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade (art. 166, IV e V, do CC/02).

São legítimos para alegar deserdação, aquele aquém aproveite, com a incumbência de provar a veracidade da alegação mediante testamento (art. 1.965, do CC), sujeito as regras do art. 166, IV e V, do CC, mencionado anteriormente. É de 4 (quatro) anos o prazo decadencial, para prova a causa da deserdação, a contar da data da abertura do testamento (art. 1.965, parágrafo único, do CC).

3 LEGITIMIDADE SUCESSÓRIA

Segundo o art. 1.786 do CC “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.”

Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (art. 1.1798, do CC/02).

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte (art. 1.829, do CC/02):

- I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art.1.160, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – aos cônjuge sobrevivente; é conhecido
- IV – aos colaterais.

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (art. 1.830, do CC/02).

Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (art. 1.831, do CC/02).

Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrerem (art. 1.832, do CC/02).

Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente (art. 1.836, *caput*, do CC/02). Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem

distinção de linhas (§ 1º). Havendo igualdade em grau em diversidade em linha, os descendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna (§ 2º).

Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente (art. 1.838, do CC/02). Se houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamadas a suceder os colaterais até o quarto grau (art. 1.839, do CC/02).

Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos (art. 1.840, do CC/02). Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar (art. 1.841, CC/02).

Segundo o art. 1.843, na falta de irmão, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios.

Se concorrerem à herança somente filhos de irmãos falecidos, herdarão por cabeça (§ 1º). Se concorrerem filhos de irmão bilaterais com filhos de irmão unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles (§ 2º). Se todos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual (§ 3º).

Não sobrevivendo o cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciando a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada as respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal (art. 1.844, do CC/02).

Herdeiro Necessário – São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (art. 1.845, do CC/02). Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituídos a legítima (art. 1.846, do CC/02).

Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar (art. 1.850, do CC/02).

Herdeiro por Direito de Representação – Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse (art. 1.851, do CC/02).

O direito de representação dá-se na linha reta descendente, mas nunca na ascendente (art. 1.852, do CC/02). Os representantes só podem herdar, como tais, o que herdaria o representado, se vivo fosse (art. 1.854, do CC/02).

Herdeiro Testamentário – Dá-se por ato personalíssimo de última vontade do testador, no qual, dispõe de seus bens em sua totalidade, ou em parte, para depois de sua morte (art. 1.857, do CC/02).

Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança, segundo o art. 1.789, do CC.

A coação no ato de testar praticada por terceiros, no que concerne o art. 151 do CC, "A coação, para viciar a declaração de vontade, há de ser tal que inculta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens."

No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela (art. 152, do CC/02).

Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem simples temor reverencial (art. 153, do CC/02).

No dia em que cessar a coação, é de 4 (quatro) anos o prazo decadencial, para pleitear-se a anulação (art. 178, I, do CC/02).

Vem expresso em *stricto sensu* (sentido estrito), esta modalidade de anulação, no art. 1.909 do CC, no que prescreve "São anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação", é de 4 anos o prazo interpor a anulação, contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício (art. 1.909, parágrafo único, do CC/02).

Segundo o art. 1.900, do CC, é nula a disposição, testamentária:

- I – que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiros;
- II – que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;
- III – que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;
- IV – que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;
- V – que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.

O erro na designação da pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada anula a disposição, salvo se, pelo contexto do testamento, por outro

documento, ou por fatos inequívocos, se puder identificar a pessoa ou coisa a que o testador queria referir-se (art. 1.903, do CC/02).

Se o testamento nomear dois ou mais herdeiros, sem discriminar a parte de cada um, partilhar-se-á por igual, entre todos, a porção disponível do testador (art. 1.904, do CC/02).

Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (art. 1.788, do CC/02).

Na sucessão testamentária pode ainda ser chamado a suceder, segundo o art. 1.799, do CC:

- I – os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
- II – as pessoas jurídicas;
- III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Referente ao art. 1.799, I do CC, deve se observar o art. 2º, segunda parte do CC, " A lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

No caso do art. 1.799, I do CC, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz (art. 1.800, "caput" do CC/02).

Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775 (§ 1º). Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber (§ 2º).

Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador (§ 3º). Se, decorridos 2 (dois) anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição e contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (§ 4º).

4 INSEGURANÇA JURÍDICA ANTE A LENTIDÃO DA AQUISIÇÃO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Trataremos de cada divisão da ausência, para melhor esclarecer a caducidade do direito sucessório, em relação a morte presumida, que vem prescrita no atual Código Civil de 2002, sendo assim, a possível solução para retificação desta insegurança da norma jurídica, é obtida na aplicação do princípio da modernização do ordenamento jurídico ou progresso social, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, também deve-se utilizar a Teoria Tridimensional do Direito, além disso, será discutido sobre as Invariantes Axiológicas.

Primeiro trataremos dos princípios aqui inserido, razão pela qual serão invocados para melhor compreender as necessárias modificações no ordenamento jurídico vigente.

Os princípios são frutos de razões éticas ou de Direito Natural, mas acabam por se concretizar no Direito Positivo. Não se utiliza os princípios apenas para preencher as lacunas na lei, e sim para nortear o legislador na elaboração de novas normas, e também auxiliar o interprete do direito para melhor oferecer a tutela jurisdicional adequada, e alcançar a justiça em suas fundamentações, pois segundo Aristóteles “onde houver sociedade haverá o direito.”

Princípio da modernização do ordenamento jurídico ou progresso social – o Direito está em constante mutação, devido a evolução da sociedade, que não tende a ser estática, razão pela qual, a sociedade está em constante progresso em busca de conquistar direitos ainda não efetivos. Este princípio, existe divergências doutrinária sobre sua denominação, é denominado por alguns estudiosos, de princípio do não retrocesso social, que é compreendido na impossibilidade de redução de direitos sociais amparados pela Constituição Federal, visando garantir o progresso de conquistas alcançadas pela sociedade.

Deve-se observar a evolução da sociedade nas conquistas dos direitos fundamentais, conforme ressaltas Marcelino Novelino, que são em 5 (cinco) as dimensões dos direitos fundamentais:

Primeira dimensão – “nas revoluções (francesas e norte-americanas) ocorridas no final do século XVIII, a principal reivindicação da burguesia era a limitação dos poderes do Estado em prol do respeito às liberdades individuais.” (NOVELINO, 2013, v. único, p. 384).

Segunda dimensão – segundo Marcelo Novelino, os direitos fundamentais de segunda dimensão são:

[...] Ligados à igualdade material, pertencente à segunda dimensão os direitos sociais, econômicos e culturais. Os direitos sociais, apesar de já serem encontrados em algum texto dos séculos XVII e XIX, passaram a ser amplamente garantidos a partir das décadas do século XX. (2013, p. 385).

Terceira dimensão - “[...] direitos ligados à fraternidade (ou solidariedade) teve como causa a constatação da necessidade de atenuar as diferenças entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas.” (NOVELINO, 2013, v. único, p. 385).

Quarta dimensão – “[...] compreende os direitos à democracia, informação e pluralismo, introduzidos no âmbito jurídico em razão da globalização política.” (NOVELINO, 2013, v. único, p. 386).

Quinta dimensão – segundo Marcelo Novelino, a quinta dimensão é compreendida:

[...] ainda que, esses novos direitos guardem uma ligação mais ou menos direta com os três valores tradicionais (liberdade, igualdade e fraternidade). [...] o reconhecimento do direitos à paz como requisito indispensável à convivência humana impõe a necessidade de sua positivação no texto das diversas constituições, como ocorre com a Constituição de 1988, na qual a defesa da paz está elencada como um dos princípios fundamentais que regem o Estado Brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4.º, VI). (2013, p. 386).

Devido a tais dimensões podemos observar que o direito está em constante mutação, sendo assim, este deve acompanhar a evolução social, de forma que melhor possa prestar a tutela jurídica, e também prestar a tutela estatal, por meio das normas jurídicas, com o objetivo de preservar o princípio da equidade.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – segundo o art. 1º, *caput*, da CF/88, “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Inciso III - a dignidade da pessoa humana.”

Segundo Marcelo Novelino, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo:

[...] Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo e , quanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, o sistema de direitos fundamentais, em particular. [...] A consagração da dignidade humana no texto constitucional reforça, ainda o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que a relação entre indivíduo e o estado deve haver sempre uma *presunção a favor do ser humano e de sua personalidade*. O indivíduo deve servir de "limite e fundamento do domínio político da

república", pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado." (2013, p. 361-362).

Contra qualquer violação deste direito, se aplica o *princípio da proibição de proteção insuficiente*, no qual o Estado deve tutelar de forma suficiente, para que este direito tenha efetividade e aplicabilidade, sendo assim, no âmbito judicial de aplicação da dignidade, atua como importante diretriz hermenêutica de orientação o interprete na aplicação das normas jurídicas.

Princípio da proporcionalidade – O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade busca a harmonia dos valores em conflitos, ou seja, a ponderação de conflitos.

Este princípio é composto por três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação – é utilizada entre meios e fins, no qual impõe que as medidas adotadas, para serem consideradas proporcionais, a serem aptas a fomentar os objetivos almejados, este objetivo podem ser de fonte constitucional ou legal, conforme o direito fundamental restringido possua uma cláusula de reserva legal expressa ou implícita.

Necessidade – ou exigibilidade, segundo Marcelo Novelino:

[...] Uma medida deve ser considerada desproporcional quando for constatada, de forma inequívoca, a existência de outra similarmente eficaz e menos onerosa ou lesiva. Para passar pelo teste da necessidade, a medida interventiva não precisa ter exatamente o mesmo grau de eficácia, bastando que seja similar. Observa-se, portanto, que a regra da necessidade impõe uma dupla análise: primeiro, se existem medidas alternativas similarmente eficazes para fomentar o fim almejado; segundo, se tais medidas são menos gravosas que a efetividade adotada. (2013, p. 424).

Proporcionalidade, em sentido estrito, está vinculada ao custo benefício da medida, aplicada por meio de uma ponderação entre danos causados e os resultados a serem obtidos, a intervenção só será justificável se o benefício for mais do que o ônus imposto, desse modo, mediante um juiz será feita a ponderação entre o meio e fim, para que sejam pensadas as desvantagens do meio em relação as vantagens do fim.

Marcelo Novelino, dispõe sobre a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade, no qual, a doutrina, a jurisprudência e o STF, dizem ser equivalentes, no qual, sofre uma influência da concepção adotada pela Suprema Corte norte-americana, desse modo, Marcelo Novelino entende que:

[...] No postulado da proporcionalidade existe uma relação de causalidade entre meio e fim, exigindo-se dos poderes públicos a escolha de medidas adequadas, necessárias e proporcionais para a realização de suas modalidades. Por seu turno, a razoabilidade determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão", aplicando-se a situações nas quais se manifeste um conflito entre o geral e o individual, norma e realidade regulada por ela ou critério e medida. [...] A razoabilidade permite que o direito seja ajustado às circunstâncias do caso concreto agindo como uma espécie de corretivo da lei nos casos em que ela é injusta por ser excessivamente geral. Apesar de incidir sobre a situação de fato, a anormalidade desta impede que a norma seja aplicada. (2013, p. 427-428).

Teoria tridimensional do direito - Fundamento de validade da norma:

I- razão de ser, II – necessidade, III- garantia de valor.

Aplica o Teoria Tridimensional do Direito, para melhor se alcançar a justiça em cada caso concreto, utilizada pelo Direito Alternativo, para melhor concretizar a ideia de justiça no caso *in concreto*, esta teoria é aplicada com observância em três elementos de constituição do direito:

I – observância nos fatos do caso concreto, e sua peculiaridades, que o difere de qualquer outro;

II – a norma jurídica vigente, tendo encaixe perfeito no caso concreto, proferindo a melhor solução para o litígio;

III – o valor, que é a concretização de justiça, no qual o interprete do direito dotado de discricionariedade, podendo se afastar da lei, aplicando os princípios gerais de direitos para melhor houver a prestação jurisdicional, com intuito de alcançar a justiça.

Invariantes axiológicas - são um valor supremo, invariável é o que não varia, imutável, constante, e axiologia se compreende na arte de estudar os valores humanos, desse modo, invariantes axiológicas ou valorativas, compreende-se em valores universais proclamados e exigidos pela opinião pública, como absolutamente indispensáveis, inerentes, ao destino do homem na terra. Pode-se compreender como valores inerentes a pessoa humana, a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade na busca da justiça, e o progresso social.

Realizado o estudo das teorias dos princípios, partiremos a defesa das mudanças necessárias no Livro I (Das Pessoas), Título I (Das Pessoas Naturais), Capítulo III (Da Ausência), do Código Civil de 2002.

O ponto discutido será o tempo positivado que leva de uma etapa a outra, no qual, são exorbitantes e ultrapassados, além de violares princípios e valores adotados pela sociedade.

Sendo que violando as invariantes axiologias, o progresso social, pois o direito não está acompanhado a sociedade em sua evolução, a proporcionalidade que descaracterizada ao tempo exacerbado, e a dignidade dos herdeiros que é menosprezada.

No tocante a Seção II (Da Sucessão Provisória), o presente art. 26, prescreve que, “decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passado três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão”, sendo assim, podemos observar que o prazo de arrecadação é razoável, entretanto o prazo no caso se o ausente deixar representante ou procurador, é exagerado, pois viola o princípio da proporcionalidade, no qual deveria ser o equivalente ao prazo da arrecadação dos bens do ausente.

Em relação ao art. 28, primeira parte, do CC, prescrevem que, “a sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeitos cento e oitenta dias (6 meses) depois de publicada pela imprensa”, sendo assim, não podemos descaracterizar novamente o prazo exorbitante, no qual deveria ser de imediato os efeitos depois de publicados na imprensa, pois é um direito dos herdeiros a sucessão, positivado no art. 5º, XXX, da CF/88, além disso, uma justiça lenta é uma justiça fraca.

No que concerne aos bens, com o aparecimento do ausente cessará a sucessão provisória (art. 1.167, do CPC), além disso, comprovada que a ausência foi provocada voluntariamente a injustificada, não terá direito a parte nos frutos e rendimentos, que seus bens produziram, na sua ausência, somente retomara a posse dos de seus bens (art. 33, § Único do CC/02).

Deve ser absoluta a integração dos frutos aos herdeiros, produzidos pelos bens do ausente, mediante a sua disposição ao zelo destes bens, como benefício, pela capacidade e seriedade. Pois é razoável este benefício, e estimula os herdeiros a adentrarem com zelo nos bens do ausente, e até tornar estes bens mais valiosos, em que será de grande valor na hipótese de possível retorno do ausente.

Mesmo que justificada e involuntária a ausência, o ausente reaparecer não terá direitos aos frutos produzidos pelos seus bens, somente os

bens no estado em que deixou ou no estado em que se encontra, desde que esteja em melhor estado, se for feitos benfeitorias necessárias, úteis e voluptuária (art. 96, §§ 1º, 2º e 3º, do CC), os herdeiros não serão indenizados, se os frutos assim já forem suficientes, salvo se, os frutos insuficientes, os herdeiros terão o direito de serem indenizados no caso somente de benfeitorias necessárias (art. 96, § 3º, do CC).

O reaparecido não terá direitos aos frutos produzidos pelos seus bens, razão pela qual, é digno que o herdeiro administrador dos bens seja beneficiados pelo seu esforço ao zelar pela existência dos bens, o (art. 33, parágrafo único do CC/02), viola a dignidade dos herdeiros (princípio da dignidade da pessoa humana), sendo este um valor supremo, uma (invariante axiológica), uma vez que, em caso de ausência involuntária e justificável, terá o ausente direito do frutos e rendimentos, produzidos pelos bens, por ele deixado.

No tocante à seção III (Da sucessão definitiva), segundo Flávio Tartuce do Código Civil de 2002, reduziu o prazo para a conversão da sucessão provisória em definitiva, no que menciona:

O Código Civil de 2002 reduziu pela metade o prazo para conversão da sucessão revisória em definitiva, que antes era de 20 (vinte) anos, para 10 (dez) anos, conforme o art. 37. Tal prazo conta-se do trânsito em julgado da sentença da ação de sucessão provisória." (2013, v. único, p. 120).

Ainda é pouco, pois fere o princípio da modernização do direito ou da progressão social, e o princípio da proporcionalidade.

O princípio da modernização do direitos é inerente a sociedade, pois o direito está em constante movimento, e deve evoluir em consonância com a sociedade, não podendo ficar estático, sendo que a sociedade está sofrendo mudanças, sendo assim, é inaceitável o prezo de 10 (dez) anos, por ser um prazo exorbitante (exagerado), desse modo, este prazo fere o objetivo da norma, que é assegurar ao herdeiros seus direitos de sucessão, com essa violação, pode se dizer, que em dado caso concreto irá suceder aos bens seus netos, pois e seus filhos já teriam falecido, no que concerne uma insegurança jurídica, conseqüentemente uma omissão do legislador em redefinir a norma, para melhor assegurar os direitos dos herdeiros.

Desse modo, o princípio da modernização que tem como objetivo tutelar o progresso social, fornecer meios que garantam essa evolução, tanto normativa (Poder Legislativo) como administrativa (Poder Executivo), já o judiciário

fica mercê do poder legislativo, esperando que este reforme as normas para poder concretizar a tutela jurisdicional adequada, com o intuito de alcançar uma justiça plena e segura, a aquele que tem seu direito violado.

O prazo tipificado deveria ser de no mínimo 3 (três) anos a no máximo 5 (cinco) anos, o juiz ira fixar o prazo entre 3 e 5 anos, de acordo com o caso concreto e suas peculiaridades, utilizando o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado pelo interprete do direito (magistrado), em busca do princípio da equidade (justiça), em sua fundamentação, fornecendo uma sentença justa, para aquele que tem seu direitos violado, sem agir com parcialidade, e sim com equidade, desse modo, o aplicador deve se ater na Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, no que concerne que o julgador deverá observância no liame entre o fato e a norma jurídica, e avaliar se a norma não fere nenhum valor supremo (invariantes axiológicas), razão pela qual, deverá o aplicador do direito utilizar o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, para dirimir o litígio, e fornecer uma sentença digna da justiça estatal.

Segundo prescreve o art. 38, do CC, "pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele", sendo assim, o referente artigo, deveria sofrer algumas mudança com o objetivo de apresentar mais efetividade, desse modo, deveria prescrever de forma que, "pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, o juiz mandará publicar editais durante 1 (um) ano, reproduzindo de dois em dois meses, anunciando a sucessão definitiva e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens". Parágrafo único, "salvo o retorno do ausente, o juiz decretará a abertura da sucessão definitiva".

No tocante ao art. 39 do CC, no que concerne:

Regressando o ausente nos dez anos após a abertura 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.

Desse modo, se constata uma violação a dignidade da pessoas humana (art. 1º, III, da CF/88), referente ao herdeiros, que zelou pelo bens e forneceu conhecimento para que fruissem como se o bem fosse seu de pleno direito, e lhe é retirado com o retorno do ausente após te decorrido 10 anos da

abertura definitiva, neste caso a um inconstitucionalidade por violarem princípios constitucionais, pelo fato de violar o art. 5º, XXX da CF/88, “é assegurado o direito de herança”, e violarem princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo inaceitável a tipificação de tal artigo, somente será razoável, mediante decretação do magistrado, que o ausente deve ser sustentado pelos herdeiros até que venha a falecer, salvo situação constatada pelo juiz, em que seja razoável a devolução parcial dos bens do ausente mediante prova que o desaparecimento foi involuntário e justificável, desde que não prejudique a construção patrimonial do herdeiro.

Por exemplo, se o filho com os bens deixado pelo pai, constrói uma fábrica de valor divergente dos bens deixado pelo ausente, no que apresenta um valor elevado, deverá dispor o ausente da metade do valor dos bens que ele deixou, não implicando a alienação do estabelecimento, pois resultaria em um abalo no patrimônio do herdeiro, que no caso já tem uma vida profissional construída.

Perante a primeira parte do parágrafo único, do art. 39, do CC, deverá ser revogada, dando somente aplicabilidade e vigência na segunda parte do parágrafo único deste artigo, desse modo, prescreverá de forma que, "Não regressado o ausente, após ter decorrido o prazo de dez anos da abertura da sucessão definitiva, na falta de herdeiros legítimos e testamentários, e não havendo ascendentes os bens serão tidos como vagos, passado ao domínio do Município ou Distrito Federal, se localizados as respectivas circunscrições (divisão territorial), incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal", razão pela qual, a primeira parte deve ser revogada, por como já foi dado como possível solução pelo prazo exorbitante, no art. 37, do CC, que "O prazo tipificado deveria ser de no mínimo 3 (três) anos a no máximo 5 (cinco) anos, o juiz ira fixar o prazo entre 3 e 5 anos, de acordo com o caso concreto e suas peculiaridades, utilizando o princípio da proporcionalidade", que será de pleno direito a posse dos bens deixados pelo ausente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos, que, com a norma vigem no Capítulo III (Da Ausência), os herdeiros poderão ter livre disposição dos bens do ausente, praticamente de 21 anos e 6 meses a 23 anos e 6 meses, com o as possíveis soluções que subscrevi

anteriormente, perdurará um prazo de 9 anos, com o intuito de concretizar um tempo razoável para o possível retorno do ausente, e conserva os direitos dos herdeiros.

Vivemos ainda em um direito positivo, completamente voltado a lei, até que esta possível solução seja impetrada nas normas jurídicas e se tornarem vigentes, o magistrado deve julgar com observância no princípio da proporcionalidade, para alcançar uma justiça honesta, de prestígio e sabedoria, devemos adotar o Direito Alternativo, a incrível evolução do direito atual, frequentemente utilizado no Sul do País, e mostra grande resultado, de satisfação das partes litigantes.

É possível que a um futuro não tão distante, o direito sofrerá tais mudanças em seu ordenamento, e se tornara mais acessível, e concretizara a essencial da equidade, sendo assim, para que estas mudanças ocorram, devemos nós estudiosos do direito, defendê-la até que seja positivada no corpo do ordenamento jurídico, honrando e colocando em prática o que o art. 1º, *caput* da CF/88, diz que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito, ou seja, um estado do povo e para o povo, desse modo, devemos nos mover e concretizar a norma, torná-la efetiva e mais acessiva, pois é o que falta, a atual sociedade, e nós estudiosos do direito temos um encargo com mais responsabilidade, pois estudamos o direito e devemos lutar pelo seu desenvolvimento e aprimoramento, para melhor atender as necessidades da sociedade.

Portanto é possível que a justiça se torne mais justa e que se fortaleça, preservando os interesses da sociedade, e caminhando junto com ela, com o intuito de concretizar o que já foi dito, que nós vivemos em um *Estado Democrático de Direito*, e nos ater que uma justiça lenta é uma justiça fraca.

REFERÊNCIAS

Acidente da GOL completa um ano e marca crise aérea. **G1**. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL110794-5598,00.html>. Acesso em: 04 de julho de 2013.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**. 6. Ed. São Paulo: Rideel 2013.

BRASIL. Constituição Federal; Código Civil; Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Comentários ao Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.