

A MORTE PRESUMIDA COMO CAUSA DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Inacio de Carvalho Neto*

O novo Código Civil, no art. 1.571, § 1º., passou a admitir a presunção de morte como causa de dissolução do casamento¹. Contraria, assim, o que dispunha o art. 315, parágrafo único, do Código de 1916, que expressamente excluía a morte presumida como causa de dissolução do matrimônio. Ou seja, por mais duradoura que fosse a ausência, não tinha ela o condão de dissolver o casamento². Com a revogação deste dispositivo pelo art. 54 da Lei do Divórcio, e não tratando esta expressamente do tema, entenderam alguns autores ser possível a dissolução do matrimônio pela morte presumida³.

Não obstante, entendemos que a morte presumida não tinha este condão. Posto que não repetida expressamente a proibição do dispositivo revogado do Código Civil, não se podia requerer a declaração de dissolução do vínculo matrimonial por morte presumida de um dos cônjuges, já que o instituto da morte presumida se referia exclusivamente à sucessão dos bens deixados pelo ausente⁴. Necessário se fazia, portanto, que o cônjuge promovesse o divórcio,

* Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Unipar. Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá – UEM. Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Titular de Direito Civil do Unicritiba. Professor de Direito Civil da Escola do Ministério Público e da Escola da Magistratura do Paraná. Promotor de Justiça no Paraná. Autor dos livros, entre outros: **Separação e divórcio: teoria e prática**, ed. Juruá, 9ª. edição; **Abuso do direito**, ed. Juruá, 4ª. edição; **Responsabilidade civil no direito de família**, ed. Juruá, 3ª. edição; e de diversos artigos publicados em diversas revistas jurídicas. E-mail do autor: inacio@inaciocarvalho.com.br.

¹ “§ 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”. Igualmente dispõe o Código Civil argentino, com a redação da Lei nº. 23.515/87, com a diferença de que a dissolução só ocorre com o novo casamento: “*Art. 213 - El vínculo matrimonial se disuelve: 1) por la muerte de uno de los esposos; 2) por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente com presunción de fallecimiento; 3) por sentencia de divorcio vincular*”). Da mesma forma o Código Civil italiano: “65. *Nuovo matrimonio del coniuge. – Divenuta eseguibile la sentenza che dichiara la morte presunta, il coniuge può contrarre nuovo matrimonio*”. Igualmente dispunha o art. 59 do Projeto de Orlando Gomes.

² Observe-se o quanto pernicioso era a regra: imagine-se a hipótese de pessoa recém-casada, ainda nova, desaparecendo em seguida seu cônjuge. Ficaria essa pessoa para o resto da vida impossibilitada de se casar novamente, tendo em vista a impossibilidade do divórcio à época.

³ “Ainda que se efetuasse a sucessão definitiva, com a presunção de morte, não se considerava dissolvido o casamento, de sorte que o cônjuge presente não podia contrair novo casamento. **Agora, porém, não há mais óbice**” (PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 67) (grifo nosso). “Se a lei admitiu, para efeitos patrimoniais, uma presunção de morte do ausente há mais de vinte anos ou que completou 95 anos de idade, não se vê razão para não admitir a mesma presunção em matéria de casamento. Se houve para um caso uma forte razão de fato a justificar a presunção, também haverá no outro caso” (CRUZ, Guilherme Braga da. **Direitos de família**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1942, v. 1, p. 123).

⁴ Neste sentido a lição da doutrina majoritária: “Quanto à primeira hipótese de dissolução da sociedade conjugal, no art. 2º., inciso I, prevista (morte de um dos cônjuges), que, consoante esclarece o parágrafo único do mesmo artigo, também é caso de dissolução do vínculo matrimonial - oportuno é observar -, a despeito do silêncio da lei,

o que lhe seria, inclusive, mais fácil, já que o divórcio direto depende apenas de dois anos de separação de fato, ao passo que, para a configuração da morte presumida, ordinariamente, se faz necessária a ausência por dez anos (art. 1.167, inciso II, do Código de Processo Civil). Talvez por esta razão não tenha o legislador repetido a norma do revogado art. 315 do Código Civil. Naquele, como não se aceitava o divórcio a vínculo, era necessário deixar expresso que também não se aplicaria a presunção de morte. A partir da Lei nº. 6.515/77, instituído o divórcio, dificilmente alguém se utilizaria desta presunção para dissolver o vínculo conjugal. Ademais, como lembrava Yussef Said CAHALI, “ausente qualquer provisão legal que o autorize, continua inexistindo qualquer ação direta para a declaração da ruptura do vínculo matrimonial devido à ausência declarada ou presumida do cônjuge; nem esta ausência, ainda que declarada judicialmente, tem o condão de produzir *ipso jure* a dissolução do matrimônio”⁵.

Mas o novo Código Civil altera esta situação, decretando, no art. 1.571, § 1º, a dissolução do casamento pela ausência do outro cônjuge em decisão judicial transitada em julgado. Pode agora, o cônjuge do ausente, optar entre pedir o divórcio para se casar novamente ou esperar pela presunção de morte, que se dá com a conversão da sucessão provisória em definitiva. O divórcio, embora mais rápido, tem a desvantagem de fazer o cônjuge perder o direito à sucessão. Com efeito, sendo o cônjuge herdeiro ainda que haja descendentes ou ascendentes do *de cuius* (ou, no caso, do ausente), nos termos do art. 1.829 do novo Código, precisará, não obstante, conservar a posição de cônjuge até a conversão da sucessão provisória em definitiva, quando, só então, haverá realmente a vocação hereditária. Se se divorciar antes, embora tendo a vantagem de poder se casar novamente desde logo, terá a desvantagem de perder a capacidade sucessória do ausente.

Mas a lei não resolve algumas questões que a nova norma suscita: em primeiro lugar, em que momento se considera presumida a morte do ausente, para o fim da dissolução do seu casamento? Interpretando isoladamente os arts. 22 e 23 do novo Código⁶, poder-se-ia chegar

que não ressalva a vigência do parágrafo único do art. 315 do CC, pelo art. 54 da Lei 6.515/77 revogado - que **continua excluída a hipótese de morte presumida** (art. 10, 2ª. parte, do CC) - quer como fundamento para a dissolução da sociedade conjugal, quer para extinção do vínculo matrimonial” (PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 22) (grifo nosso). “Assim, para o efeito da dissolução da sociedade conjugal, não se aproveita a *presunção de morte do ausente*, estabelecida no art. 10, segunda parte, do CC. ...Todavia, embora omitida a limitação da eficácia da presunção de morte, não se deduz daí terem os novos legisladores se afastado da sistemática anterior, de modo a permitir que, com a declaração judicial da ausência, induzindo a presunção de morte do cônjuge, decorra *ipso jure* a liberação do outro para novo matrimônio, no pressuposto legal de estar dissolvido o vínculo anterior” (CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69-70) (grifo no original). “O efeito dissolutivo do vínculo se produz apenas com a morte real, provada mediante certidão de assento de óbito do cônjuge. A presunção de morte do ausente não aproveita para o efeito de terminação do vínculo conjugal, de modo que o caminho atual é o de que a ausência é causa de separação judicial ou de divórcio” (FREITAS, Geralda Pedrosa. A terminação do vínculo conjugal. *In: O direito de família e a Constituição de 1988*. Coord. Carlos Alberto BITTAR. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 220).

⁵ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 71.

⁶ “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. Art. 23. Também se declarará a ausência, e se

à singela conclusão de que tal dissolução se daria tão logo se desse o desaparecimento do ausente. Mas tal interpretação contraria a sistemática do instituto, bem como a letra do art. 6º., que dispõe: “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”. Assim, é somente com a conversão da sucessão provisória em definitiva que se presume a morte do ausente, pelo que somente essa conversão é que dissolve o casamento do ausente.

Há quem defenda a idéia de que o cônjuge do ausente, para casar-se novamente, deve promover o divórcio. Mas tal entendimento não pode ser aceito. Que o divórcio dissolve o vínculo conjugal não se duvida. Entretanto, não se pode exigir o divórcio no caso em tela, pois a nova lei erigiu a morte presumida como causa independente de dissolução do vínculo. Vale dizer: a morte é, ao lado do divórcio, causa de dissolução do casamento; a conversão da sucessão provisória em definitiva, fazendo presumir a morte, dissolve também o vínculo, e por si só, pelo que nada mais se pode requerer para dissolvê-lo, pois já estará o casamento dissolvido com a sentença de conversão. Quisesse a lei que o cônjuge do ausente promovesse o divórcio, nada precisaria ter dito, pois assim já era no sistema da Lei do Divórcio sem qualquer texto legal.

A sentença declaratória de ausência, nos termos do art. 9º., inciso IV, do Código Civil e do art. 94 da Lei de Registros Públicos, deve ser registrada no Registro Civil. Daí resultaria para o cônjuge do ausente a condição de viúvo? A lei não o diz, mas é de se supor que sim, pois seria esta a consequência principal do registro da sentença de conversão da sucessão provisória em definitiva. Mas: viúvo de cônjuge vivo? Sim, porque não se pode negar que o presumido morto é um possível vivo. E mais: uma viuvez “revogável”? Admitindo a lei o retorno do ausente até 10 anos depois da conversão da sucessão provisória em definitiva, podendo ele reassumir seus bens (art. 39), ou, mesmo depois dos 10 anos (embora sem reassumir seus bens), naturalmente poderá o ausente reabilitar-se civilmente, deixando de ser presumido morto, com o que estará revogado o estado de viúvo do seu cônjuge.

Pode o ex-cônjuge do ausente, pretendendo casar, habilitar-se matrimonialmente? Que documentos deve apresentar? Vejamos o que diz o art. 1.525: “O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos: ...IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos; V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio”.

De princípio, já se vê que o ex-cônjuge terá que declarar seu estado civil para casar novamente. Declarará o estado de viúvo, com as implicações antes ditas? Ou, declarando o estado de casado, aceitará o Oficial do Registro Civil a sua habilitação? Como ficaria, neste caso,

nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes”.

o impedimento do art. 1.521, inciso VI⁷? Mas o maior problema é que a lei não previu a juntada da certidão do registro da sentença de conversão para fins de habilitação matrimonial. No citado inciso V só se fala em certidão de óbito, de anulação ou de divórcio; esqueceu-se o legislador de que o nubente que foi casado pode não ter nenhum desses documentos, mas apenas a certidão de registro da sentença de conversão, documento que, nos termos do art. 1.571, § 1º., deve-lhe ser suficiente.

Outra consequência não prevista pelo legislador é o fato do eventual retorno do ausente após o casamento de seu ex-cônjuge. Imagine-se que, após a sentença de conversão, o ex-cônjuge do ausente se case, aproveitando-se da disposição do art. 1.571, § 1º., vindo, depois do casamento, a reaparecer o ausente. Como fica o primeiro e o segundo casamento do cônjuge do ausente? Dir-se-á ser simples a solução, pois o citado parágrafo diz que o primeiro casamento se dissolve pela presunção de morte, equivalendo, portanto, ao divórcio, ou à morte real. Daí seguiria a consequência de que, estando dissolvido o primeiro casamento, válido ficaria o segundo⁸. Mas deve-se discutir: a presunção de morte é uma presunção absoluta (*juris et de jure*)? Não seria antes uma presunção relativa (*juris tantum*)? Não se pode negar o seu caráter de presunção relativa, já que o ausente pode retornar e, em consequência, provar que não está morto realmente. Sendo presunção relativa, desfaz-se com a prova de que não houve morte real, ou seja, com o reaparecimento do ausente. Então, desfeita a presunção, seria lógico se entender desfeita também a dissolução do casamento. E a consequência disto seria desastrosa: o segundo casamento do cônjuge do ausente foi feito em bigamia, sendo, portanto, nulo⁹. Esta a solução adotada pelo direito italiano¹⁰. Seria razoável anular o casamento do ex-cônjuge do ausente pelo reaparecimento deste depois de tanto tempo? Melhor seria se a lei tivesse disposição semelhante ao § 1.348 do BGB (Código Civil alemão), que dizia expressamente ficar válido o segundo casamento nesse caso¹¹.

Por fim, ainda um questionamento: pode o próprio ausente se beneficiar da dissolução do casamento pela ausência? Ou em outros termos: pode o ausente, estando vivo em algum lugar, contrair validamente um novo matrimônio? A lei não o diz, mas, partindo-se do

⁷ “Art. 1.521. Não podem casar: ...VI – as pessoas casadas”.

⁸ Neste sentido, escreve GONÇALVES, Carlos Roberto (**Direito civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 118) que se o ausente “estiver vivo e aparecer, depois de presumida a sua morte e aberta a sucessão definitiva, com a dissolução da sociedade conjugal, e seu cônjuge houver contraído novo matrimônio, prevalecerá o último”.

⁹ Afasta-se, contudo, as consequências criminais da bigamia (art. 235 do Código Penal), tendo em vista que não houve dolo das partes.

¹⁰ “68. *Nullità del nuovo matrimonio. – Il matrimonio contratto a norma dell’articolo 65 è nullo, qualora la persona della quale fu dichiarata la morte presunta ritorni o ne sia accertata l’esistenza. Sono salvi gli effetti civili del matrimonio dichiarato nullo. La nullità non può essere pronunciata nel caso in cui è accertata la morte, anche se avvenuta in una data posteriore a quella del matrimonio*”. No mesmo sentido dispunha o Projeto de Orlando Gomes (art. 59).

¹¹ “§ 1348. Se um cônjuge contrai um novo matrimônio depois de que o outro cônjuge foi declarado falecido, o novo matrimônio não é nulo pela circunstância de que o cônjuge declarado falecido ainda viva, a não ser que ambos cônjuges soubessem no momento da conclusão do matrimônio que o cônjuge declarado falecido sobreviveu à declaração de falecimento”. Este dispositivo, contudo, está revogado.

pressuposto que a dissolução se dá pela morte presumida, não estando o ausente morto realmente, não há dissolução do casamento, pelo que não poderá ele validamente casar novamente. Mas aí teremos outro problema: enquanto para o cônjuge do ausente o casamento estará dissolvido, para o ausente não, permanecendo ele casado. Mas, casado com quem? Casado com alguém que é viúvo ou que já se casou com outra pessoa?

De todo o exposto, concluímos que seria melhor que o legislador tivesse evitado a disposição em comento, mantendo a não dissolução do casamento pela presunção de morte, de modo que fosse necessário ao cônjuge do ausente promover o divórcio, evitando, assim, todas as complicações antes enunciadas.

Referências:

- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CRUZ, Guilherme Braga da. **Direitos de família**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1942, v. 1.
- FREITAS, Geralda Pedroso. A terminação do vínculo conjugal. *In: O direito de família e a Constituição de 1988*. Coord. Carlos Alberto BITTAR. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GONÇALVES, Carlos Roberto (**Direito civil brasileiro: parte geral**). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.