

# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.924.451 - SP (2021/0056088-9)  
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : ROBERTO JOVER CARMELO PERALTA PEREZ  
REPR. POR : DEOLINDA PERALTA ORUE - CURADOR  
ADVOGADOS : RENATO BAEZ FILHO - SP030592  
                  : RENATO BAEZ NETO - SP149083  
RECORRIDO : NÃO CONSTA

## RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por DEOLINDA PERALTA ORUÊ, na qualidade de curadora de ROBERTO JOVER CARMELO PERALTA PEREZ, com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em face de acórdão do TJ/SP que, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento por ela interposto.

Recurso especial interposto em: 11/08/2020.

Atribuído ao gabinete em: 03/03/2021.

Ação: declaratória de ausência cumulada com pedido de abertura de sucessão em virtude do desaparecimento de ROBERTO JOVER CARMELO PERALTA PEREZ.

Decisão interlocutória: indeferiu o pedido de abertura de sucessão definitiva, ao fundamento de que, conquanto presentes os requisitos do art. 38 do CC/2002, seria imprescindível a abertura, em primeiro lugar, da sucessão provisória (fl. 11, e-STJ).

Acórdão: negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela recorrente, nos termos da seguinte ementa:

Agravo de Instrumento. Ação declaratória de ausência c.c. abertura de sucessão. Decisão agravada que, entre outras determinações, referiu que, inobstante o preenchimento dos requisitos elencados no artigo 38 do Código Civil, é imprescindível que haja previamente a

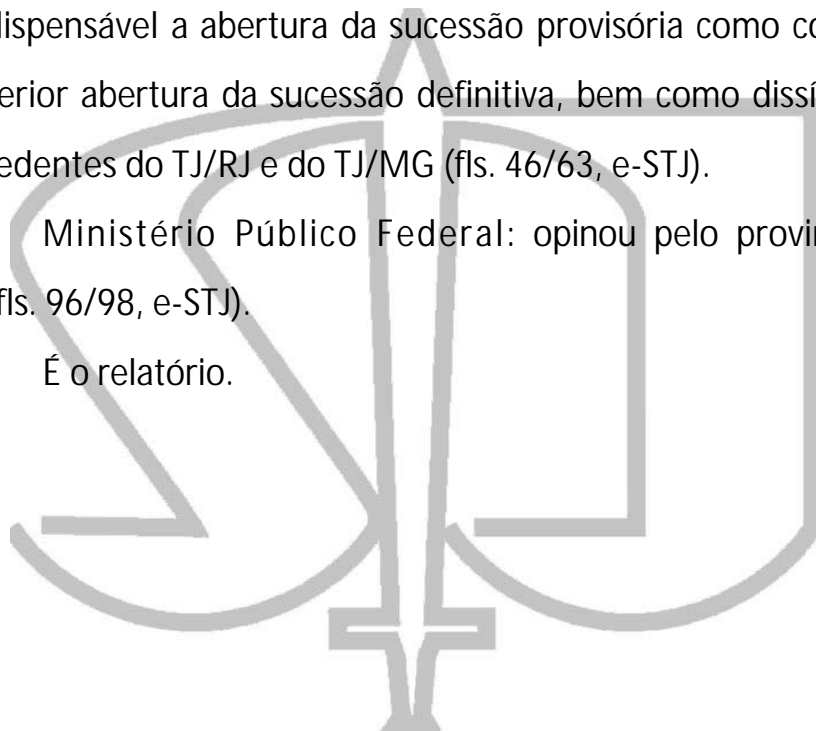
# *Superior Tribunal de Justiça*

abertura da sucessão provisória, pois esta é que se converte em definitiva. Insurgência. Não acolhimento. Regra do artigo 38 do CC que não dispensa a abertura de sucessão provisória, apenas autoriza a conversão desta em definitiva em período inferior ao do referido no artigo 37 do mesmo códex. Decisão mantida. Recurso não provido (fls. 38/41, e-STJ).

Recurso especial: alega-se, em síntese, violação ao art. 38 do CC/2002, ao fundamento de que, presentes os requisitos insculpidos na referida regra, é dispensável a abertura da sucessão provisória como condição necessária para posterior abertura da sucessão definitiva, bem como dissídio jurisprudencial com precedentes do TJ/RJ e do TJ/MG (fls. 46/63, e-STJ).

Ministério Público Federal: opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 96/98, e-STJ).

É o relatório.



# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.924.451 - SP (2021/0056088-9)  
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : ROBERTO JOVER CARMELO PERALTA PEREZ  
REPR. POR : DEOLINDA PERALTA ORUE - CURADOR  
ADVOGADOS : RENATO BAEZ FILHO - SP030592  
RENATO BAEZ NETO - SP149083  
RECORRIDO : NÃO CONSTA

## EMENTA

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA. ABERTURA DE SUCESSÃO PROVISÓRIA OU DEFINITIVA. REGRA DO ART. 37 DO CC/2002 QUE PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DE SUCESSÃO PROVISÓRIA COMO CONDIÇÃO PARA A DEFINITIVA. REGRA DO ART. 38 DO CC/2002, CONTUDO, QUE SE CONSUBSTANCIA EM HIPÓTESE AUTÔNOMA DE SUCESSÃO DO AUSENTE. ABERTURA DA SUCESSÃO DEFINITIVA SE PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 38 DO CC/2002. POSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE MORTE DO AUTOR DA HERANÇA DIANTE DO PREENCHIMENTO CUMULATIVO DOS REQUISITOS LEGAIS – SER OCTOGENÁRIO AO TEMPO DO REQUERIMENTO E ESTAR DESAPARECIDO HÁ PELO MENOS 05 ANOS. PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DO PRESUMIVELMENTE MORTO POR 10 ANOS, DIANTE DA REGRA DO ART. 39 DO CC/2002. TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE SOB CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA.

1- Ação ajuizada em 20/08/2015. Recurso especial interposto em 11/08/2020 e atribuído à Relatora em 03/03/2021.

2- O propósito recursal é definir se, presentes os requisitos do art. 38 do CC/2002, é indispensável a prévia abertura da sucessão provisória ou se, ao revés, é admissível a abertura da sucessão definitiva direta e independentemente da provisória.

3- Apenas a regra do art. 37 do CC/2002 pressupõe a existência da sucessão provisória como condição para a abertura da sucessão definitiva, ao passo que a regra do art. 38 do CC/2002, por sua vez, é hipótese autônoma de abertura da sucessão definitiva, de forma direta e independentemente da existência, ou não, de sucessão provisória.

4- A possibilidade de abertura da sucessão definitiva se presentes os requisitos do art. 38 do CC/2002 decorre do fato de ser absolutamente presumível a morte do autor da herança diante da presença, cumulativa, das circunstâncias legalmente instituídas – que teria o autor da herança 80 anos ao tempo do requerimento e que tenha ele desaparecido há pelo menos 05 anos.

5- Conquanto a abertura da sucessão definitiva transmita a propriedade dos bens aos herdeiros, a regra do art. 39 do CC/2002 ainda preserva, por mais 10 anos, os virtuais interesses daquele cuja morte se presume, pois, havendo um improvável regresso, extinguir-se-á a propriedade pela condição

# *Superior Tribunal de Justiça*

resolutória consubstanciada no retorno do ausente.

6- Hipótese em que o autor da herança possuiria, hoje, 81 anos de idade e está desaparecido há 21 anos, razão pela qual não há óbice à abertura da sucessão definitiva, nos moldes previstos no art. 38 do CC/2002.

7- Recurso especial conhecido e provido.



# *Superior Tribunal de Justiça*

RECURSO ESPECIAL Nº 1.924.451 - SP (2021/0056088-9)  
RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI  
RECORRENTE : ROBERTO JOVER CARMELO PERALTA PEREZ  
REPR. POR : DEOLINDA PERALTA ORUE - CURADOR  
ADVOGADOS : RENATO BAEZ FILHO - SP030592  
                  RENATO BAEZ NETO - SP149083  
RECORRIDO : NÃO CONSTA

## VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

O propósito recursal é definir se, presentes os requisitos do art. 38 do CC/2002, é indispensável a prévia abertura da sucessão provisória ou se, ao revés, é admissível a abertura da sucessão definitiva direta e independentemente da provisória.

DA DISPENSABILIDADE DA ABERTURA DE SUCESSÃO PROVISÓRIA NA HIPÓTESE EM QUE ESTÃO PRESENTES OS REQUISITOS DA SUCESSÃO DEFINITIVA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 38 DO CC/2002.

01) A recorrente ajuizou ação declaratória de ausência cumulada com pedido de abertura de sucessão de ROBERTO JOVER CARMELO PERALTA PEREZ, na qualidade de sua única herdeira, ao fundamento de que ele, nascido em 1940, encontrava-se desaparecido desde o ano 2000.

02) Julgado procedente o pedido e declarada a ausência de ROBERTO pela sentença de fls. 18/19 (e-STJ), a recorrente foi nomeada como curadora, razão pela qual pleiteou, em 16/06/2020, a abertura da sucessão definitiva, uma vez que ROBERTO estava ausente há 20 anos e que, se estivesse ele vivo, teria naquele momento 80 anos, razão pela qual se aplicaria à hipótese a regra do art. 38 do CC/2002:

Art. 38. 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.

03) A decisão proferida em 1º grau de jurisdição (fl. 11, e-STJ), consignou que, *“não obstante o preenchimento dos requisitos elencados pelo artigo 38 do Código Civil, é imprescindível que haja previamente a abertura da sucessão provisória, pois esta é que se converte em definitiva”*.

04) O acórdão recorrido (fls. 38/41, e-STJ), por sua vez, manteve a decisão agravada sob os seguintes fundamentos:

Pelo que se extrai do processo, a r. decisão agravada deu correta solução para a controvérsia instalada, notadamente porque, ao contrário do que entende a ora Agravante, no caso em questão, que versa a sucessão de pessoa declarada ausente, de rigor a estrita observância das formalidades legais que regem a matéria, as quais visam justamente defender suposto direito daquele que não foi localizado.

Desse modo, os dispositivos legais que tratam da ausência e sua sucessão (artigo 22 e seguintes do Código Civil) enunciam a necessidade da abertura da sucessão provisória, que precede a sucessão definitiva, notadamente porque a *ratio legis* é o esgotamento das formalidades e dos prazos impostos pela lei para então autorizar a finalização da sucessão em questão.

Insta também ressaltar que a leitura e a interpretação do artigo 38 do CC deve ser feita em conjunto com o dispositivo anterior (artigo 37), pois se trata de regra excepcional à deste artigo, ou seja, admite que nos casos em que comprovado que o ausente conte com 80 anos de idade e que datem de cinco anos as últimas notícias deste, a abertura da sucessão definitiva poderá se dar em prazo menor que a do disposto no artigo anterior, que prevê o prazo de dez anos da sentença que concede a abertura da sucessão provisória, para que os interessados possam requerer a sucessão definitiva.

Desse modo, não pode prosperar o entendimento da ora Agravante, no sentido de que no caso em questão é dispensada a abertura da sucessão provisória, pois não é isso que se extrai do ordenamento jurídico.

Tanto é assim que o artigo 745, parágrafos 2º e 3º, do CPC refere a necessidade de se requerer a abertura de sucessão provisória, na qual inclusive serão observadas as formalidades de

expedição de editais para citação do ausente e, preenchidos os requisitos legais, poderá ser requerida a conversão da sucessão provisória em definitiva, a corroborar que inexistente dispensa na sua realização.

05) De início, anote-se ser bem verdade que a tese delineada no acórdão recorrido encontra respaldo em abalizada doutrina que compreende ser o art. 38 do CC/2002, assim como o art. 37 do CC/2002, uma regra que se aplica apenas nas hipóteses de conversão da sucessão provisória em definitiva, de modo que a existência daquela seria, sempre, um pressuposto desta.

06) A esse respeito, leciona Hélio Borghi, em comentários ao tema feitos ainda na *vacatio legis* do atual Código Civil:

c) Pela idade avançada do ausente. Com efeito, há, ainda, outra hipótese para a conversão da sucessão provisória em definitiva além do escoamento do prazo de dez anos do trânsito em julgado da sentença que concedera a abertura da sucessão provisória, ou da certeza da morte do ausente; tal é a constante do art. 482 do CC ainda em vigor, ao qual corresponde o art. 38 do futuro Código, e do inc. III do art. 1.167 do Código processualista: provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, estando já desaparecido (com a ausência devidamente declarada judicialmente) há cinco anos, no mínimo. Então, se o ausente desapareceu quando já contava setenta e cinco anos de idade, no mínimo, a lei exige apenas cinco anos de ausência, ou menos, dependendo da idade do ausente quando desapareceu, para que se abra a sucessão definitiva, cessando a provisória. (BORGHI, Hélio. A ausência vista atualmente e no futuro Código Civil // Revista de Direito Privado: RDPriv, vol. 3, nº 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, p. 60).

07) Todavia, essa não é, com a mais respeitosa *venia*, a melhor interpretação do conjunto de dispositivos legais que regem a matéria, devendo ser fixado o entendimento de que apenas a regra do art. 37 do CC/2002 pressupõe a existência da sucessão provisória como condição para a abertura da sucessão definitiva, mas que a regra do art. 38 do CC/2002, ao revés, é hipótese autônoma de abertura da sucessão definitiva, de forma direta e

independentemente da existência, ou não, de sucessão provisória.

08) Quanto ao ponto, anote-se a lição de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, em que se identifica, precisamente, a razão de existir dessa norma e a sua autonomia:

A outra hipótese em que se admite o requerimento de abertura da sucessão definitiva é a prevista no art. 38 do novo Código, ou seja, aquela relacionada à idade avançada do ausente e à circunstância de não haver notícias dele nos últimos cinco anos. Tais pressupostos fáticos considerados conjuntamente reforçam a incerteza a respeito da sobrevivência do ausente, especialmente aquele relativo à avançada idade atingida. A respeito de tal preceito, à luz do Código de 1916, Carvalho Santos observava que no sistema jurídico implantado pelo Código, em obediência à realidade das coisas, o ausente não é considerado nem vivo nem morto, mas uma pessoa sobre a qual existe incerteza quanto à sua existência, ou seja, "incerteza de vida que pode ser menor (nos primeiros dois períodos), ou maior (no terceiro período)".<sup>36</sup> Não é necessário que o ausente tivesse oitenta anos na época de desaparecimento, ou de suas últimas notícias, podendo a idade ser atingida no período em que ele já estava desaparecido. Mas, para que a sucessão definitiva seja aberta com fulcro no art. 38 do CC, é preciso que os dois requisitos se verifiquem conjuntamente, não se admitindo apenas a presença de apenas um deles para se abrir a sucessão definitiva.

Na hipótese tratada no art. 38 do CC, não se afigura como obrigatória a passagem pelas fases anteriores (de curadoria dos bens do ausente e sucessão provisória), porquanto o termo inicial de contagem do prazo de cinco anos é a época das últimas notícias do ausente, não se mostrando razoável que se obrigue o interessado a requerer a curadoria dos bens do ausente (e mesmo a sucessão provisória) quando já é perfeitamente possível imediatamente instaurar a sucessão definitiva. Note-se que 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 da vida contemporânea logicamente, a interpretação pender por considerar a disponibilidade dos bens como desejável o mais rápido possível, em atendimento aos interesses dos herdeiros presumidos 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. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Da ausência // Revista dos Tribunais: RT, v. 93, nº 822, p. 48/49, abr. 2004).



09) Desse entendimento não destoa Flávio Tartuce:

Conforme prescreve o art. 38 do CC, cabe requerimento de sucessão definitiva da pessoa de mais de 80 anos desaparecida há pelo menos cinco anos. Na opinião deste autor, nesses casos, não há necessidade de observar as fases anteriores, ingressando-se nessa terceira fase, de forma direta. (TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol. 6: direito das sucessões. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 19).

10) Com efeito, não se afigura razoável, com o máximo respeito, o entendimento de que o herdeiro de um octogenário desaparecido há mais de cinco anos precise, obrigatoriamente, passar pela fase da abertura de sucessão provisória, com todos os seus expressivos prazos contados normalmente em anos, diante de uma hipótese em que é absolutamente presumível a morte do autor da herança diante da presença, conjunta, das circunstâncias legalmente instituídas – 80 anos ao tempo do requerimento e desaparecimento ocorrido há 05 anos.

11) Sublinhe-se que, conquanto a abertura da sucessão definitiva transmita a propriedade dos bens aos herdeiros, a regra do art. 39 do CC/2002 ainda preservará, por mais 10 anos, os virtuais interesses daquele cuja morte se presume, na medida em que, havendo um improvável regresso, extinguir-se-á a propriedade pela condição resolutória consubstanciada no retorno do ausente.

12) Finalmente, registre-se que a regra do art. 745, § 2º e 3º, do CPC/15, também invocada como razão de decidir no acórdão recorrido, não induz à conclusão de que a sucessão provisória seria sempre obrigatória, mas, ao revés, somente disciplina, do ponto de vista procedimental, como se dará a conversão da sucessão provisória em definitiva quando aquela se

configurar pressuposto lógico desta (art. 37 do CC/2002).

13) Na hipótese, são fatos incontroversos que ROBERTO, autor da herança e irmão da recorrente, possuiria, hoje, 81 anos de idade e está desaparecido há 21 anos, razão pela qual não há óbice à abertura da sucessão definitiva, nos moldes previstos no art. 38 do CC/2002, que fora violado pelo acórdão recorrido.

### CONCLUSÃO

14) Forte nessas razões, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de determinar que seja dado prosseguimento à sucessão definitiva sobre os bens deixados pelo presumivelmente falecido ROBERTO, deixando de inverter os honorários por não ter havido anterior fixação.

