

Ausência: implicações jurídicas advindas do desaparecimento de uma pessoa

Absence: juridical implications from the disappearance of a person

Júlio Alves Caixêta Júnior

8º Período de Direito noturno da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas. e-mail: julio1_1junior@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho tem a finalidade de estudar e aprofundar os conhecimentos sobre o instituto da ausência. Uma vez que o desaparecimento de uma pessoa repercute muitas conseqüências nas diversas áreas do direito, expõe-se uma releitura e uma comparação das normas aplicadas pelo Código Civil de 1916 com as normas aplicadas pelo Código Civil de 2002, mostrando-se progressos, retrocessos e uma padronização do instituto da ausência ao atual momento vivido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Ausência. Desaparecimento. Sucessão provisória. Sucessão definitiva. Morte presumida. Casamento putativo.

Abstract: The present work intends to study and deepen on the knowledge about the institute of absence. Since the absence of a person has lots of consequences in many areas of the Right, we will expose a rereading and a comparison of the norms applied by the 1916 Civil Code with the norms applied by the 2002 Civil Code, by showing the progresses, the retrocession and a standardization of the institute of absence to the present moment lived by the Brazilian juridical ordainment.

Keywords: Absence. Disappearing. Provisory succession. Definitive succession. Presumed death. Putative marriage.

1. Considerações iniciais

O instituto da ausência, já presente no código civil de 1916, guarda algumas peculiaridades deste códex; porém, há que se observar que o atual Código Civil, lei 10.406 de 10 de janeiro do ano de 2002, aborda o instituto de uma maneira contemporânea e com algumas disparidades para melhor adequá-lo ao presente momento que vive o ordenamento jurídico brasileiro.

O desaparecimento de uma pessoa, afora implicações na sociedade familiar, assim como na sociedade como um todo, impõe ao Estado que estruture uma maneira de

zelar pelo patrimônio do ausente, em prol dos herdeiros e da sociedade. De tal proteção ao patrimônio do ausente pode repercutir que a pessoa ausente retorne; do contrário, a preservação do patrimônio será para o benefício dos herdeiros. Há que se observar, neste momento que a matéria afeta não somente o direito de família, mas também o direito hereditário.

Ausência é a falta de presença. Trata-se de um estado de fato quando uma pessoa não está presente em seu domicílio e não se sabe onde encontrá-la. O artigo 22 do atual Código Civil define ausência como sendo a circunstância em que uma pessoa desaparece de seu domicílio sem deixar notícia de seu paradeiro e sem deixar um representante ou procurador para administrar os seus bens. O Código Civil vem, por meio de medidas assecuratórias, prevenir que o patrimônio do ausente seja dissipado e pereça enquanto este estiver perdido, pois, quer esteja vivo, quer esteja morto, é importante considerar o interesse social e preservar seus bens, ou seja, busca tutelar o patrimônio do desaparecido, programando de uma maneira progressiva a sua sucessão, sempre com o cuidado de seu possível regresso.

Examinando a esse respeito, Silvio Rodrigues (2002, vol. 1) observa que o ordenamento jurídico brasileiro, em face da ausência, procura de início preservar os bens deixados pelo ausente, para a hipótese de seu eventual retorno, ao depois, transcorrido certo lapso temporal, sem que o ausente retorne, o legislador, desacoroçoado de esperar sua volta, passa a cuidar do interesse de seus herdeiros. Assim percebe-se que o Código Civil tem uma premência em proteger os interesses do ausente, devido a sua impossibilidade material de cuidar de seu patrimônio e de seus interesses.

Edson Prata (1978, vol. VII) aduz que, quando há a declaração da ausência, o Estado visa “extirpar a incerteza”, disciplinando a maneira de dar continuidade à produção de riquezas através dos bens do desaparecido, pois o objetivo da ausência no código de Beviláqua era a proteção à riqueza que, diante do desaparecimento do ausente, poderia deteriorar-se ou mesmo desaparecer, na falta do seu titular.

O direito romano não continha disposições sobre o instituto da ausência, não tratando claramente do instituto, embora já conhecesse a *cura bonorum absentis*.

O instituto da ausência tem pouco tempo de existência, chegou ao ordenamento jurídico brasileiro por meio das ordenações do reino, tendo fulcro no direito que vigia na Idade Média. Há quem afirme, como Ricci em seu livro *Corso Teorico-Pratico di Diritto Civile*, ser ele fruto da Revolução Francesa.

Raramente são observados casos de ausência no direito moderno, devido à grande facilidade tecnológica que se apresenta na atualidade dos meios de comunicação e transporte. Bárbara Almeida Araújo (2003) enfatiza sua preocupação com a ausência no ordenamento jurídico, pois este instituto não tem sido objeto de estudos mais sistematizados e aprofundados por parte da doutrina, até mesmo pelo fato de as pessoas desaparecerem cada vez menos, devido ao desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação.

Contudo, mesmo o desenvolvimento tecnológico não conseguiu impedir os conflitos bélicos em todo o mundo, ou ainda as ditaduras militares que dominaram a América Latina, por exemplo, no século passado. São situações que acarretam o desaparecimento de milhares de pessoas, gerando sofrimento em dobro para seus familiares, que nem têm a certeza da morte de seus entes queridos, tampouco receberam a adequada proteção do ordenamento jurídico. Torna-se importante o instituto da ausência numa realidade em que aumenta o número de desaparecidos, vítimas da violência e dos grandes centros urbanos, bem como de acidentes aéreos, que constantemente veem ocorrendo.

A palavra ausência vulgarmente, como apresentada anteriormente, significa simplesmente não-presença; no seu sentido técnico jurídico, que é o que será abordado neste trabalho, a ausência significa o desaparecimento de uma pessoa, sem dela haver notícias, e sem esta deixar bens, sem nomear um representante ou procurador a quem caiba administrar os bens ou, caso deixando-os, estes não queiram ou não possam exercer ou continuar a exercer o mandato, se seus poderes forem insuficientes. Há que se observar que não basta a simples não-presença para configurar a ausência no seu sentido técnico. É essencial a existência de bens.

A ausência durante a vigência do Código Civil de 1916 era estudada ao lado dos institutos de proteção aos incapazes, como a tutela e a curatela, sendo observada como um instituto do direito de família. A nova lei civil trouxe a ausência para a parte geral do códex.

A referida movimentação da ausência de uma parte do Código Civil para outra modificou a conceituação da pessoa considerada ausente, que anteriormente era tratada como um absolutamente incapaz, o que era bastante criticado pela doutrina, pois o objetivo do instituto era tutelar o patrimônio da pessoa que desaparecesse. Não havia uma incapacidade por parte do ausente, mas sim uma impossibilidade do indivíduo de zelar pelos seus bens.

De incapacidade não se tratava, mas sim de uma necessidade de preservação do patrimônio do ausente, vez que este poderia regressar a qualquer momento para retomar a direção de seu patrimônio.

O expressar do código de 1916, considerando o ausente como um incapaz, era uma aberração jurídica, uma vez que não se media a aptidão de se exercer os atos da sua vida civil, mas sim tão somente o fato de a pessoa não estar presente em seu domicílio. A pessoa ausente, no lugar em que se encontrar, poderá realizar negócios jurídicos e contratos que serão perfeitamente válidos onde efetuados, pois sua capacidade não estará afetada apenas pelo fato de ter sido declarada ausente.

O Código Civil de 2002 vem, de uma maneira sistemática e padronizada, organizar o instituto da ausência em três fases distintas e sequenciais, para facilitar a exposição do instituto e, de uma forma indireta, facilitar o estudo e o aprendizado, quais sejam:

1ª fase: Da curadoria dos bens do ausente; protrai-se pelo período de 1 (um) ano, se o ausente não tiver deixado representante ou procurador, ou pelo prazo de 3 (três) anos, caso os tenha deixado.

2ª fase: Da sucessão provisória do ausente; inicia-se após o término da curadoria dos bens do ausente e se protrai pelo prazo de 10 (dez) anos.

3ª fase: Da sucessão definitiva do ausente, que se inicia com o fim da sucessão provisória e protrai-se pelo período de 10 (dez) anos.

2. Da curadoria dos bens do ausente

A curadoria dos bens do ausente pressupõe o desaparecimento de uma pessoa sem deixar notícias de seu paradeiro ou sem deixar um procurador ou um representante. No entanto, mesmo que a pessoa desaparecida deixe um mandatário, é possível que lhe seja declarada a ausência, quando este último não possa ou não queira exercer ou continuar exercendo o mandato, ou se seus poderes forem insuficientes.

Há que se observar que ocorre a curadoria dos bens do ausente em dois casos distintos:

1.º - quando desaparece uma pessoa de seu domicílio, sem deixar notícias e sem deixar um representante ou procurador a quem caiba administrar-lhes os bens.

2.º - quando declarada a ausência e se deixado um representante ou procurador, estes não queiram ou não possam exercer ou continuar a exercer o mandato, ou se

seus poderes forem insuficientes.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2006) dissertam que a requerimento de qualquer interessado direto ou mesmo do Ministério Público, o poder judiciário reconhecerá a ausência, nomeando curador que possa gerir os negócios do ausente até seu eventual retorno. Na nomeação do curador, o juiz deve, necessariamente, fixar-lhe os poderes e obrigações, estando equiparado aos tutores e curadores de incapazes.

Em regra, o judiciário deve ser provocado para se movimentar, assim Fabiano Tacachi¹ observa que a regra é que a jurisdição seja inerte, devendo ser provocada para que a atividade judiciária se movimente.

Exceção a regra da inércia do judiciário, se mostra presente nos artigos 1160 e 1142 do Código de Processo Civil, onde o juiz observando as condições legais, tendo conhecimento da ausência, tem a faculdade de iniciar, por meio de uma portaria, a curatela dos bens do ausente. Caso ninguém tome a iniciativa de requerer a curatela dos bens do ausente, o juiz pode representar ao Ministério Público para requerer a abertura do procedimento da ausência, sendo que, nessa forma de arrecadação dos bens do ausente, segue-se o rito de arrecadação da herança jacente.

Observa-se assim, uma das poucas exceções ao princípio da inércia, onde o juiz tem a iniciativa da provocação do órgão judiciário.

O artigo 25 do atual Código Civil aduz que o cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente ou de fato por mais de 2 (dois) anos, antes da declaração da ausência, será seu legítimo curador.

Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2008, vol. I) expõem que, em regra, o cônjuge e o companheiro do ausente serão seus legítimos curadores, salvo se houver separação judicial ou de fato. Assegura-se que, apesar do indevido silêncio da lei civil, é possível expressar que o companheiro poderá ser nomeado o legítimo curador do ausente. Sendo nesse sentido, a conclusão 97 da Jornada de Direito Civil, que aduz que no que tange à tutela especial à família, devem ser estendidas as regras do código civil, que se revelam amenas ao cônjuge, à situação jurídica que envolve o companheirismo, como por exemplo, na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente.

Não se pode negar ao(à) companheiro(a) esse direito de ser o legítimo curador do ausente, uma vez que o art. 226 da Constituição Federal em seu §3 estabelece que, para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a

¹ MATTE, Fabiano Tacachi. *Algumas Considerações sobre a Ausência no Novo Código Civil*. 8 de Julho de 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/824>>. Acessado em: 20 de Julho de 2009.

mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, além do artigo 1790 do Código Civil lhe atribuir a condição de herdeira de seu(u) companheiro(a).

Na falta do cônjuge, a curadoria dos bens do ausente recai sobre os pais ou aos descendentes: observa o §1.º do artigo 25 do Código Civil que deve ser seguida esta ordem, sempre que não houver impedimento legal que os iniba de proceder à curatela. Observa-se ainda no seu parágrafo segundo que dentre os descendentes os mais próximos precedem os mais remotos, ou seja, os filhos precedem os netos, assim como os netos precedem aos bisnetos. Na falta destas pessoas, o juiz nomeará um curador, que receberá por seu trabalho remuneração que o juiz fixará, atendendo à situação dos bens, ao tempo do serviço e às dificuldades de sua execução, sendo que este responde pelos prejuízos que por dolo ou culpa causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas terá direito de haver o que legitimamente gastou no exercício de sua curadoria.

No Código Civil de 1916, em seu artigo 467, parágrafo único, estabelecia-se que na ordem de designação da curadoria dos bens do ausente, o homem precederia a mulher. Importante salientar que na época da criação do código civil de 1916, a mulher não gozava dos mesmos status e direitos contemplados pelo homem. Aqui vale ressaltar que houve uma adequação à realidade já vivida pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a preferência do varão em desfavor da mulher, prevista no código civil de 1916, não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988, que em seu artigo 5.º estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, determinando ainda em seu inciso primeiro que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

A curadoria dos bens do ausente protraí-se pelo período de um ano. Se o ausente não tiver deixado representante ou procurador; durante esse período serão publicados editais de dois em dois meses convocando o ausente a reaparecer; se ele tiver deixado representante ou procurador a curadoria de seus bens é pelo período de 3 (três) anos.

Carlos Roberto Gonçalves (2007, vol. I) expressa que a fase da curadoria dos bens do ausente cessa pelo comparecimento do ausente ou de seu procurador, pela certeza da morte do ausente ou pelo início da sucessão provisória.

3. Da sucessão provisória

Decorrido o prazo de um ano da arrecadação dos bens do ausente ou se ele tiver deixado representante ou procurador, em três anos dar-se-á o fim da curadoria dos bens do ausente e início à sucessão provisória, com o requerimento de algum interessado.

A essência do instituto da ausência e, por conseguinte, da arrecadação dos bens do ausente e da preparação de sua sucessão, é a de prevenir o eventual e esperado retorno de quem desapareceu, de sorte que ele possa vir a recuperar seu patrimônio. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria (2006) lembram que é por isso que a sucessão provisória é uma forma de antecipar a sucessão, sem delinear definitivamente o destino do patrimônio do desaparecido. Com a abertura da sucessão provisória nos termos da lei civil, cessa a curatela dos bens do ausente.

Trata-se de momento em que a herança do ausente passa para seus herdeiros, sendo que estes guardarão os bens, para que sejam devolvidos em eventual retorno do ausente, uma vez que não se tem realmente ainda a certeza de sua morte.

Humberto Theodoro Júnior (2008) expressa que esta sucessão segue as regras da sucessão *mortis causa* definitiva, mas tem a peculiaridade, o caráter precário, porque pode a qualquer momento ser extinta, bastando que o ausente reapareça.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 469, estabelecia que o prazo para a abertura da sucessão provisória era de 2 anos, se o ausente não tivesse deixado representante ou procurador, e de 4 anos se ele os tivesse deixado. Observa-se aqui que o atual código civil, seguindo a modernidade e o avanço tecnológico, restringiu, respectivamente, os prazos para 1 e 3 anos, para o requerimento da sucessão provisória, pois com os avanços nas tecnologias de comunicação nos dias de hoje, fica mais fácil a localização de pessoas.

O artigo 27 do Código Civil expressa um rol dos interessados em requerer a sucessão provisória. São eles: o cônjuge não separado judicialmente; os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários; os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte; os credores de obrigações vencidas e não pagas.

Importante se faz que ao requerer a abertura da sucessão provisória, o requerente interessado deve fazer a citação pessoal dos herdeiros presentes e do curador, e por edital a citação dos herdeiros ausentes. Entende-se como herdeiros presentes aqueles que residem na comarca, bem como aqueles que têm residência e domicílio fixo em

outra comarca. Já os ausentes são aqueles que se encontram em lugar incerto e não sabido.

Dar-se-á a sucessão provisória somente após ser decretada pelo juiz por decisão judicial, que terá validade de 180 dias depois de ser publicada pela imprensa. Trata-se de um prazo suplementar, conferido ao ausente para que volte e reivindique seus bens. No entanto, desde que passe em julgado, dá-se a abertura da sucessão, abrindo-se o testamento, se houver, e partilha dos bens, como se o ausente tivesse falecido.

Vindo o requerimento da sucessão provisória a ser feito pelo Ministério Público, sentenciada esta e decorrido o prazo de 30 dias, não comparecendo nenhum herdeiro ou interessado para requerer o inventário, proceder-se-á à arrecadação dos bens pela forma da herança jacente, em que serão expedidos editais para comparecimento destes. Decorrido o prazo de 1 ano da primeira publicação, sem que haja herdeiro habilitado, ou penda habilitação, a herança será declarada vacante.

A declaração de vacância da herança não prejudica os herdeiros que não se habilitarem, porém, decorrendo-se 5 anos da abertura da sucessão, os bens passarão ao domínio do município, estado, distrito federal ou união, dependendo de suas respectivas circunscrições. Observa-se que os colaterais, para terem direito na sucessão, devem se habilitar até a declaração da ausência.

Tendo o fulcro de preservação dos bens do ausente, o juiz, se achar conveniente, mandará que os bens móveis sejam convertidos em imóveis ou em títulos garantidos pela união, para evitar deterioração e extravio dos bens do ausente, sendo que os imóveis apenas poderão ser alienados por ordem judicial, salvo as hipóteses de desapropriação e hipoteca.

Os bens do ausente serão em princípio guardados por seus herdeiros. Para se imitem na posse dos bens, os herdeiros terão que prestar garantias suficientes que resguardem os bens, caso seja necessário a restituição. A prestação da garantia do bem do ausente, segundo o artigo 30 do Código Civil, poderá ser na forma de penhor, ou por meio de hipoteca, sendo importante que os valores das garantias prestadas sejam suficientes ao respectivo quinhão dos bens do ausente.

Os herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e cônjuge), provando suas qualidades de herdeiros, se imitem na posse dos bens do ausente, independentemente de garantias, fazendo seus todos os frutos e rendimentos que advirem de seus respectivos quinhões. Já os demais herdeiros têm que prestar tais garantias, aqueles que não as possuírem, serão excluídos da sucessão provisória, podendo, no entanto, requerer

que dos frutos e rendimentos que advirem de seus respectivos quinhões, lhes sejam repassados a metade dos rendimentos, uma vez que a parte à qual lhes cabia ficou sob a administração de um curador ou de um herdeiro, nomeados pelo juiz, que prestaram a garantia do bem.

Os herdeiros do ausente que não são ascendentes, cônjuge ou descendentes, farão seus a metade dos frutos e rendimentos dos bens, decorridos de seus respectivos quinhões, sendo que terão que capitalizar a outra metade, devendo prestar contas anualmente ao juízo competente.

Destaca-se ainda que, durante o tempo em que se dá a sucessão provisória, é possível o regresso do ausente a qualquer tempo. Ocorrendo eventual regresso do ausente, se se constatar que sua ausência foi voluntária e injustificada, perderá o ausente o direito aos frutos e rendimentos a que faria jus.

Cessam-se todas as vantagens que os herdeiros tiverem auferindo em relação aos bens do ausente, caso este regresse, sendo que tem direito de retomar a posse de seus bens. Até a entrega efetiva dos bens ao ausente, o guardião destes é responsável pela sua guarda e manutenção.

Caso se tenha a certeza da morte do ausente, considerar-se-á, na data do conhecimento, aberta a sucessão. Nesse caso, os herdeiros do ausente são os que até então o eram naquela data.

4. Da sucessão definitiva

Decorridos 10 anos da sentença que deu a abertura da sucessão provisória, os interessados poderão requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas. Há que se observar que o Código Civil de 1916 contemplava o prazo de 20 anos para a abertura da sucessão definitiva. A redução do prazo de 20 para 10 anos se dá devido à grande evolução das tecnologias de comunicações, pois à medida que o homem evolui, evoluem também as suas formas de comunicar-se, facilitando-se assim a maneira de se localizarem as pessoas.

Nesse sentido Luiz Carlos Neitzel² explica que com a evolução dos meios de comunicação mediáticos, no final do século XX, ocorre o agrupamento de todas as tecnologias anteriores. Surge uma tecnologia mais eficaz, que oferece todas as possibili-

² NEITZEL, Luiz Carlos. *Evolução dos Meios de Comunicação*. Setembro de 2003. Disponível em: <http://www.geocities.com/neitzeluz/evolucao_comunic.htm>. Acesso em 17 de Julho de 2009.

dades já exploradas na imprensa, no rádio, na televisão, operando uma ultrapassagem: a possibilidade de interação e a velocidade com que tudo ocorre. O indivíduo não fica somente no papel de receptor passivo, há a possibilidade de escolha, há decisões a serem tomadas. O volume de informações emitidas é maior, bem como a rapidez com que chegam aos lares, oportunizando-se situações que as tecnologias anteriores não possibilitavam. Sendo assim, não seria razoável, no momento em que se vivem tais avanços, a legislação sobre o instituto da ausência manter o prazo de 20 anos para se dar a abertura da sucessão definitiva.

Pablo Stolze e Pamplona Filho (op. cit.) indagam que por mais que se queira preservar o patrimônio do ausente, o certo é que a existência de um longo lapso temporal, sem qualquer sinal de vida, reforça as fundadas suspeitas de seu falecimento.

Outra possibilidade de requerer a sucessão definitiva é quando a pessoa desaparecida conste com 80 anos de idade, havendo cinco anos sem notícias dela. Aqui a presunção se dá pela longevidade vivida pela pessoa.

Cezar Fiúza (2008) observa que, uma vez aberta à sucessão definitiva, o ausente se presumirá morto. Porém, Silvio de Salvo Venosa (2007, vol. VI) salienta que se trata de uma sucessão quase definitiva, pois, não obstante a abertura da sucessão definitiva, ainda se aguarda o reaparecimento do titular nos 10 anos seguintes. Até que se consolidem definitivamente os bens da herança na propriedade dos herdeiros, esta é propriedade resolúvel.

Exemplo bastante lembrado ao se analisar o instituto da morte presumida é o do ex-deputado Ulysses Guimarães, também conhecido como o “Senhor Diretas”, que em 12 de outubro de 1992, desapareceu em um acidente de helicóptero no litoral do Rio de Janeiro, no qual também estava presente sua mulher Mora, o ex-senador Severo Gomes e sua mulher, Ana Maria Henriqueta, sendo o helicóptero pilotado por Jorge Comeratto. Exceto os corpos de Ulysses Guimarães e Ana Maria Henriqueta, os demais foram encontrados e com inúmeras mutilações devido ao impacto do helicóptero com a água. Sua morte foi oficialmente reconhecida por estar provada sua presença no helicóptero durante o acidente.

Observa-se *in casu* que embora não se tenha encontrado os corpos, não se trata de ausência, uma vez que estava provada a presença do Deputado Ulysses Guimarães e de Ana Maria Henriqueta no sinistro, sendo neste caso, hipótese de morte presumida.

O instituto da morte presumida pode ser analisado como sendo quando não se tem uma prova fiel de que a pessoa morreu, não se tem o corpo ou pedaço deste, por

exemplo, porém por presunção legal se declara a pessoa como morta. O artigo 7.º do código Civil dispõe que pode ser declarada a morte presumida sem a declaração da ausência quando for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida, assim como daquele que desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra, sendo que a presunção de morte presumida neste caso somente poderá ser requerida depois de esgotadas todas as buscas e averiguações, e nesse caso, a sentença que declarar a morte presumida deverá estabelecer a data provável do óbito. Também serão declarados como mortos por presunção legal, da lei 9.140/95, aqueles que tiverem participado, ou tiverem sido acusados de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que deles haja notícias.

A mudança da sucessão provisória para a sucessão definitiva não é automática, ou seja, é necessário que seja requerida por aqueles interessados na sucessão do ausente. Na sucessão definitiva, os herdeiros passam a dispor livremente do domínio dos bens do ausente, diferentemente do que ocorria na segunda fase da ausência (sucessão provisória). No entanto, o domínio sobre a propriedade do ausente está sujeito à condição resolutiva, sendo que, caso o ausente retorne durante os 10 anos da sucessão definitiva, receberá os bens no estado em que se encontrarem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que seus herdeiros e demais interessados tiverem auferido pelos bens alienados depois daquele período.

Se vendidos os bens do ausente, e caso este retorne para reclamá-los, receberá não o bem de volta, mas sim a quantia que foi recebida pelo bem vendido, ou caso se tenha ocorrido uma permuta de bens, receberá o bem que tenha substituído o que lhe pertencia.

Neste ponto, há que se observar uma omissão do Código Civil de 2002, uma vez que não faz referência à volta do ausente ao convívio de seus bens, tendo o ausente se ausentado voluntária e injustificadamente.

Observando o parágrafo único do artigo 33 do código civil *in verbis*:

Art. 33 C.C. Parágrafo único. "Se o ausente aparecer, e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos".

A perda dos frutos e rendimentos tratada no parágrafo único do artigo 33 do

Código Civil se dá quando se trata da sucessão provisória, ou seja, passado um ano, se a pessoa não tiver deixado procurador ou representante, ou três anos se os tiver deixado. Durante os 10 anos que duram a sucessão provisória, o código civil de 2002 garante que o ausente, caso regresse, perderá todos os frutos e rendimentos se ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada.

Há que se observar que esses frutos e rendimentos são aqueles que devem ser capitalizados conforme previsto no caput do art. 33. do código civil, ou seja, aqueles que advêm dos quinhões dos herdeiros não necessários.

A omissão do Código Civil de 2002, nesse sentido, faz entender que se deve aplicar o parágrafo único do artigo 33 do Código Civil, quando o ausente regresse durante a sucessão definitiva e ficar provado que sua ausência se deu de forma voluntária e injustificada, uma vez que se se pensar que aquele que cuidou dos bens durante 10 anos tem direito aos frutos e rendimentos dos bens do ausente, e que aquele que cuidou dos bens durante 20 anos não tem direito aos frutos e rendimentos dos bens do ausente, estar-se-ia diante de uma anomalia jurídica, pois aquele que se dedicou durante um maior lapso temporal a cuidar de bens alheios teria menos direito do que o que se dedicou por um período menor. Aqui se faz necessário lembrar que a finalidade do instituto da ausência é zelar pelos bens do ausente, visando a seu possível retorno, pois historicamente observa-se que a ausência se dá involuntariamente e justificada, uma vez que é da essência do ser humano a preservação de seu patrimônio.

Ora fazendo-se uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, também percebe-se que a perda dos frutos e rendimentos decorridos de uma ausência voluntária e injustificada, prevista na sucessão provisória, deve ser aplicada analogicamente na sucessão definitiva, caso o ausente regresse, pois nada mais justo que aquele que cuidou 20 anos tenha, no mínimo, os mesmos direitos daquele que cuidou 10 anos dos bens do ausente, quando este retorna e quando fica provado que sua ausência foi voluntária e injustificada.

Maria Helena Diniz (2002) expõe que, se nos 10 anos a que se referem os artigos 39 do código civil e 1168 do código de processo civil, o ausente não retornar, e nenhum interessado requerer a sucessão definitiva, os bens serão arrecadados como vagos, passando à propriedade do município, do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados no território federal, que ficará obrigada a aplicá-los em fundações destinadas ao ensino, conforme estabelecido no artigo 3.º do decreto lei n.º 8.207.

5. Dos efeitos da ausência no estado civil do cônjuge presente

Examinando-se os efeitos da ausência no código civil de 1916, percebe-se que por maior que fosse a ausência, ou seu lapso temporal, esta não se equiparava à morte. Sendo assim, por não se declarar a morte do consorte, o cônjuge presente não poderia casar-se novamente, salvo se obtivesse o divórcio sucessivo à separação judicial, em ação que movesse contra seu cônjuge ausente. Na legislação civil revogada, o casamento válido só se desfazia se ocorresse a morte de alguns dos cônjuges. Não havia previsão no código de 1916 de morte presumida. Por maior que fosse a ausência, esta não tinha a força de presumir a morte do ausente e dissolver o vínculo matrimonial, nem de desligar o outro cônjuge do dever de fidelidade.

Inovação trazida pelo código de 2002 é que, nos casos em que se autoriza a abertura da sucessão definitiva, presumir-se-á o ausente como morto, o que segundo interpretação do artigo 1571, §1.º, fará dissolver o casamento. Passado o prazo legal, com a abertura da sucessão definitiva, não necessitará o cônjuge presente de requerer que seja declarada dissolvida a sociedade conjugal, uma vez que já estará configurada a morte presumida do ausente.

Não obstante, o cônjuge presente não necessita esperar a abertura da sucessão definitiva para que seu casamento seja legalmente desfeito, uma vez que o artigo 40 da Lei 6.515/77, com a redação que deu a Lei nº 7.811 de 17 outubro de 1989, e o artigo 226, parágrafo 6.º da CF/88, permitem que se requeira o divórcio direto, com base na separação de fato por mais de 2 (dois) anos consecutivos.

No direito civil italiano, como lembra Washington de Barros Monteiro (2007, vol. I), com o retorno do ausente, tendo seu cônjuge contraído novo casamento, este será declarado como nulo, sendo considerado casamento putativo.

No ordenamento jurídico brasileiro, caso retorne o ausente e seu cônjuge tiver convolado novas núpcias, o último casamento de seu cônjuge seguirá a sua validade, pois, embora se tenha essa omissão no código civil de 2002, não seria plausível adotar entendimento diverso, uma vez que a esposa ou esposo, em virtude da ausência, já terá constituído uma nova família, sendo que não tem razão dissolver essa nova família para tentar restabelecer uma ligação, um vínculo já deteriorado pelo tempo.

6. Considerações finais

Em conclusão ao trabalho sobre o instituto da ausência, percebe-se que o novo

Códex Civil trouxe uma padronização do instituto da ausência ao atual momento vivido pelo ordenamento jurídico brasileiro, remodelando o instituto da ausência do modo como realmente ele é aplicado, vez que mostra o ausente como uma pessoa perfeitamente capaz, mas que por não estar presente na esfera de seu patrimônio, lhe é declarada a ausência e nomeado um curador para que guarde e zele por seus bens até seu eventual retorno. A nova lei civil trouxe a ausência para a parte geral do códex, diferentemente do que ocorria no Código Civil de 1916, que considerava a pessoa ausente como absolutamente incapaz para todos os atos da vida civil, sendo que a ausência era estudada ao lado dos institutos de proteção aos incapazes, como a tutela e a curatela, observada como um instituto do direito de família.

Importante se fez que o instituto da ausência, ao ser levado para a parte geral do Código Civil 2002, implicou diversas modificações, vez que o desaparecimento de uma pessoa incide nas diversas áreas do direito, levando-se a uma nova percepção do instituto, de modo a analisá-lo de uma maneira mais ampla e não somente com a função de preservação do patrimônio da pessoa desaparecida. Observa-se agora que a ausência de uma pessoa irá repercutir diretamente na instituição familiar, que perderá um de seus membros, assim como dar início aos trabalhos sucessórios, dar fim à sociedade conjugal ou à união estável, dentre outras implicações advindas do desaparecimento de uma pessoa.

Ressaltam-se, finalmente, os ensinamentos de Bárbara de Almeida Araújo (*op. cit.*) que diz que a família, de acordo com a disciplina constitucional, passa a ser tutelada na medida em que serve de promoção da personalidade dos seus integrantes, deixando-se de lado os objetivos constitucionais do passado, de proteção supraindividual, seja em favor de objetivos políticos, atendendo a ideologias autoritárias, seja por inspiração religiosa. Nesta perspectiva, propõe-se a releitura do instituto da ausência não tão apegada à segurança do patrimônio, mas à reconstrução da família, atingida pelo desaparecimento de um de seus membros. Deverá o ordenamento jurídico buscar a realização de seus integrantes, filhos e cônjuges, permitindo a produção de efeitos da declaração de morte presumida nas esferas pessoal, patrimonial e familiar. Assim, merecem estudos não apenas a sucessão de bens do ausente, mas a dissolução da sociedade conjugal e da união estável, a questão do poder familiar em relação aos filhos menores, de sua tutela na hipótese de falta de ambos os pais, e outros aspectos existenciais que transigem os interesses patrimoniais.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Bárbara Almeida. *A ausência: Análise do Instituto sob a Perspectiva Constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I.

FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008, v. I.

FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 8 ed. rev. atual. reform. São Paulo: Saraiva. 2006, v. I.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. I.

MATTE, Fabiano Tacachi. *Algumas Considerações sobre a Ausência no Novo Código Civil*. 8 de Julho de 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/824>>. Acessado em: 20 de Julho de 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 41 ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva. 2007, v. I.

NEITZEL, Luiz Carlos. *Evolução dos Meios de Comunicação*. Setembro de 2003. Disponível em: <http://www.geocities.com/neitzeluz/evolucao_comunic.htm>. Acesso em 17 de Julho de 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4 ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. VII.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.I.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais*. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 3.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 7 ed. São Paulo: Atlas. 2007. v. VI.