

O Instituto da Ausência no Direito das Famílias: Anotações Introdutórias ao Tema

Tauã Lima Verdan¹

Resumo:

Em sede de comentários introdutórios, em que pese, em uma seara topográfica, o instituto da ausência não ser tratado no Livro concernente ao Direito de Família, pela Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, que institui o Código Civil, não se pode olvidar a umbilical relação existente, notadamente no que se referem aos efeitos e implicações produzidos. A problemática do desaparecimento de uma pessoa, afora as implicações sociológicas e afetivas, impõe que o Estado defina uma forma de serem administrados os seus bens. Nesta toada de exposição, a partir de um prisma jurídico, o instituto em comento passa a gozar de proeminência, quando o ausente deixou bens, sem que tenha alguém para por eles zelar. Assim, incumbe ao Ente Estatal ofertar proteção aos bens em prol dos herdeiros e da própria sociedade. Com efeito, cuida sublinhar que, na grande maioria das vezes, a pessoa que desaparece não é detentor de fortunas, o que acarreta o desaparecimento do interesse dos herdeiros na promoção do procedimento judicial da ausência. O fenômeno em explanação reclama análise a partir de dois prismas distintos, quais sejam: a pessoa pode ainda estar viva, devendo, pois, o acervo patrimonial ser preservado para o seu retorno ou, estando obituada, a preservação será feita em benefício dos herdeiros.

Palavras-chaves: Direito de Família. Ausência. Curadoria.

Sumário: 1 Considerações Iniciais: O Aspecto de Mutabilidade da Ciência Jurídica em relevo; 2 O Instituto da Ausência no Direito das Famílias: Aspecto Conceitual e Etapas Procedimentais; 3 Efeitos da Ausência no Direito das Famílias

¹ Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Especializando em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

1 Considerações Iniciais: O Aspecto da Mutabilidade da Ciência Jurídica em relevo

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*². Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação

² VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 30 mai. 2013.

do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”³. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”⁴. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

Diante de tais ponderações, ressaltar se faz imperioso que com a inauguração de uma visão civilista, consolidada, maiormente, com a construção e promulgação do Estatuto de 2002, certos valores que, em momento passado, tinham amplo e farto descanso, já que eram a substancialização das características da

³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mai. 2013.

⁴ VERDAN, 2009. Acesso em 30 mai. 2013.

sociedade dos séculos XIX e XX, não gozam de sedimento para se nutrir nem sustentáculos robustos para justificar sua manutenção. Ao reverso, passaram a ser anacrônicos e dispensáveis, sendo, por extensão, substituídos por uma gama de novos corolários e baldrames, que refletem a realidade vigente, abarcando os aspectos mais proeminentes da coletividade.

Neste diapasão, calha sublinhar, com grossos traços, que o Diploma em apreço abarcou tanto premissas de cunho patrimonialista, oriundas do antigo Códex de 1916, como a visão humanitarista e social preconizada e substancialmente valorizada pela Carta Magna, baseando-se nos valores da pessoa humana, da criança, do adolescente, do idoso, do consumidor, do deficiente e da família. Desta feita, cumpre afirmar que maciças foram as alterações trazidas pela Lei N°. 10.406/2002 que, praticamente, todos os ramos que o constituem sofreram grandes mudanças, dentre os quais está à parte dos Contratos. Denota-se também a relevante valoração de certos mandamentos e preceitos que em outros tempos foram renegados a uma segunda categoria, dentre os quais o princípio da solidariedade familiar, da pluralidade das entidades familiares e da isonomia entre os cônjuges/companheiros, sem olvidar da igualdade entre os filhos.

2 O Instituto da Ausência no Direito das Famílias: Aspecto Conceitual e Etapas Procedimentais

Em sede de comentários introdutórios, em que pese, em uma seara topográfica, o instituto da ausência não ser tratado no Livro concernente ao Direito de Família, pela Lei N°. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002⁵, que institui o Código Civil, não se pode olvidar a umbilical relação existente, notadamente no que se referem aos efeitos e implicações produzidos. “*A problemática do desaparecimento de uma pessoa, afora as implicações sociológicas e afetivas, impõe que o Estado defina uma forma de serem administrados os seus bens*”⁶. Nesta toada de exposição, a partir de um prisma jurídico, o instituto em comento passa a gozar de proeminência, quando o ausente deixou bens, sem que tenha alguém para por eles

⁵ BRASIL. **Lei N°. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. v. VII. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 503.

zelar. Assim, incumbe ao Ente Estatal ofertar proteção aos bens em prol dos herdeiros e da própria sociedade. Com efeito, cuida sublinhar que, na grande maioria das vezes, a pessoa que desaparece não é detentor de fortunas, o que acarreta o desaparecimento do interesse dos herdeiros na promoção do procedimento judicial da ausência.

O fenômeno em explanação reclama análise a partir de dois prismas distintos, quais sejam: a pessoa pode ainda estar viva, devendo, pois, o acervo patrimonial ser preservado para o seu retorno ou, estando obituada, a preservação será feita em benefício dos herdeiros. Nesta perspectiva, o interesse prático pelo instituto da ausência subsiste em países envolvidos em guerras ou revoluções, sendo certo que muitos foram os desaparecidos no passado, durante a vigência de governos autoritários. “*Tem-se a ausência quando alguém desaparece de seu domicílio, sem dar notícias de seu paradeiro e sem deixar representante ou procurador*”⁷. Neste passo, com o escopo de fortalecer as ponderações explicitadas, cuida trazer à colação o magistério de Caio Mário da Silva Pereira, em especial quando oferece destaque para:

Abandonando a deformação conceitual de considerar-se o ausente um incapaz, na verdade o que predomina é a proteção de seus interesses. Ausente é aquele que desaparece de seu domicílio, sem que dele se tenha qualquer notícia. Dá-se um administrador aos seus bens; partilha-se o seu patrimônio; não porque seja ele um incapaz, mas porque seus bens necessitam de gerência, e ainda porque o prolongado afastamento da direção de seus negócios induz a presunção de sua morte⁸.

Com realce, sobrevindo a declaração da ausência pelo magistrado, será instituída a curatela. Ao lado disso, a nomeação do curador terá assento mesmo que o ausente tenha deixado procurador que se recuse a administrar seu patrimônio ou, ainda, que não queira continuar o mandato, seja por ter operado o término da representação a termo, seja por renúncia do mandatário, seja por sua morte ou incapacidade, seja por insuficiência de poderes. “*Eventualmente, deixando o ausente um representante que não quer aceitar o encargo de administrar os seus*

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Brasileiro: Direito de Família**. v. 5. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 720.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil**. v. I. 26 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 192.

*bens, também será possível a nomeação do curador*⁹, consoante magistério apresentado por Tartuce. Cuida salientar, ainda no que concerne ao tema em destaque, que a ausência apresenta três fases distintas, quais sejam:

2.1 Curatela do Ausente (*Cura Rei*)

À sombra dos comentários estruturados alhures, é possível anotar que a curatela do ausente, momento processual em que se aperfeiçoa a caracterização da ausência, por meio de sentença declaratória, a qual será registrada no cartório do domicílio anterior do ausente. Consoante explicita Maria Helena Diniz, em seu magistério, verificado o desaparecimento de uma pessoa do seu domicílio, sem dar qualquer notícia e sem deixar procurador para administrar seus bens ou que tenha deixado mandatário que não quer ou não pode exercer o mandato, “o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, certificando-se da veracidade do fato, arrecadará os bens do ausente [...], especificando-os minuciosamente e entregando-os a um curador que nomeará”¹⁰. Com destaque, o cônjuge do ausente, ressalvada a hipótese de estar separado judicialmente ou de fato por mais de dois anos antes da declaração de ausência, será seu legítimo curador, conforme clara dicção do artigo 25 da Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002¹¹, que institui o Código Civil. Em harmonia com o Enunciado nº 97 da Jornada de Direito Civil, é estendido mencionado direito ao companheiro presente¹², eis que não há que se estabelecer tratamento discriminatório a espécies de entidades familiares distintas. Em altos alaridos, o festejado doutrinador Caio Mário da Silva Pereira obtempera, em seu magistério, que:

A requerimento de qualquer interessado (cônjuge, companheiro ou parente sucessível) ou do Ministério Público, o juiz nomeará curador que, sob

⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. v. 1. 9 ed. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 195.

¹⁰ DINIZ, 2012, p. 721.

¹¹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2013: “**Art. 25**. O cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência, será o seu legítimo curador”.

¹² BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br>>. Acesso em 30 mai. 2013: “**Enunciado Nº 97**. Art. 25: no que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem 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 Código Civil)”.

compromisso, fará o inventário dos bens, e os administrará, percebendo os seus rendimentos, para serem entregues ao ausente quando voltar ou aos seus sucessores, conforme o caso. [...] A curatela do ausente cabe legitimamente ao cônjuge, não separado, judicialmente ou de fato, por mais de dois anos; do mesmo modo, caberá ao companheiro, em união estável, aplicando-se o disposto no art. 1.775 do Código Civil. Em sua falta, caberá aos pais, ou aos descendentes, nesta mesma ordem, e não havendo impedimentos para exercer o cargo (art. 25 do Código Civil). As preferências fundam-se no critério da comunidade de interesses e no conhecimento presumido dos bens e suas peculiaridades¹³.

Cuida anotar que o curador nomeado terá seus poderes e deveres afixados pelo órgão judicante, em consonância com as circunstâncias peculiares do caso concreto, observando-se, naquilo que for aplicável, as disposições referentes aos tutores e curadores, contidas no artigo 24 da Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002¹⁴, que institui o Código Civil. *“Também são aplicáveis, no instituto, por analogia, as disposições sobre herança jacente, como aliás mencionava o art. 468, do antigo Código. Verificamos, portanto, que a matéria vem disciplinada de forma dispersa, pois nela há a interpenetração de vários institutos jurídicos”*¹⁵. Prima sublinhar que o curador, sob compromisso, promoverá a inventariança dos bens do desaparecido, bem como os administrará, percebendo todos os rendimentos que, porventura, sejam produzidos, para, ulteriormente, sejam entregues ao ausente quando voltar ou, caso não retorne, aos seus herdeiros.

Ora, denota-se que a preocupação é não permitir que o patrimônio do desaparecido fique acéfalo e sofra deterioração. Desta feita, havendo um administrador ou procurador com poderes de administração, inexistente a necessidade de instituição da curadoria, sendo possível, contudo, que o administrador ou mandatário não queira ou não possa empreender a administração. Em mencionada hipótese, imprescindível será a nomeação de um curador ao ausente pelo Juízo. Todavia, *“não caberá nomeação de curador, se não houver bens. O ausente não é um incapaz, e a função do curador é administrar-lhe o patrimônio”*¹⁶. É possível, com

¹³ PEREIRA, 2013, p. 192-193.

¹⁴ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2013: **“Art. 24. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circunstâncias, observando, no que for aplicável, o disposto a respeito dos tutores e curadores”**.

¹⁵ VENOSA, 2013, p. 506.

¹⁶ PEREIRA, 2013, p. 193.

o escopo de fortalecer as ponderações explicitadas, transcrever o entendimento jurisprudencial firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja:

Ementa: Direito civil e processual civil. Ausência. Curadoria dos bens do ausente. Comprovação de propriedade em nome do desaparecido. Desnecessidade. - A nova tónica emprestada pela CF/88 ao CC/02, no sentido de dar ênfase à proteção da pessoa, na acepção humana do termo, conjugada ao interesse social prevalente, deve conciliar, no procedimento especial de jurisdição voluntária de declaração de ausência, os interesses do ausente, dos seus herdeiros e do alcance dos fins sociais pretendidos pelo jurisdicionado que busca a utilização do instituto. - Resguarda-se, em um primeiro momento, os interesses do ausente, que pode reaparecer e retomar sua vida, para, após as cautelas legalmente previstas, tutelar os direitos de seus herdeiros, porquanto menos remota a possibilidade de efetivamente ter ocorrido a morte do desaparecido. - A preservação dos bens do ausente constitui interesse social relevante, que busca salvaguardar direitos e obrigações tanto do ausente quanto dos herdeiros que permaneceram à deriva, durante longo período de incertezas e sofrimentos causados pelo abrupto afastamento de um ente querido. - Essa incerteza gerada pelo desaparecimento de uma pessoa, deve ser amparada pelo intérprete da lei como necessidade de adoção de medidas tendentes a proteger o ausente e sua família, quanto aos direitos e obrigações daí decorrentes. - Se o ausente deixa interessados em condições de sucedê-lo, em direitos e obrigações, ainda que os bens por ele deixados sejam, a princípio, não arrecadáveis, há viabilidade de se utilizar o procedimento que objetiva a declaração de ausência. - O entendimento salutar para a defesa dos interesses do ausente e de seus herdeiros deve perpassar pela afirmação de que a comprovação da propriedade não é condição sine qua non para a declaração de ausência nos moldes dos arts. 22 do CC/02 e 1.159 do CPC. - Acaso certificada a veracidade dos fatos alegados na inicial, por todos os meios de prova admitidos pela lei processual civil, considerada não apenas a propriedade como também a posse na comprovação do acervo de bens, deve o juiz proceder à arrecadação dos bens do ausente, que serão entregues à administração do curador nomeado, fixados seus poderes e obrigações, conforme as circunstâncias e peculiaridades do processo. Recurso especial provido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.016.023/DF/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 27.05.2008/ Publicado no DJe em 20.06.2008).

Segundo os ensinamentos apresentados por Diniz¹⁷, o escopo do instituto em comento é a preservação dos bens do ausente, obstando seu perecimento. “Atentando às circunstâncias de cada caso, estabelecerá o que melhor convém, imprimindo maior ou menor amplitude à curadoria, ou especificando os poderes do nomeado”¹⁸, como bem observa Caio Mário da Silva Pereira. Em regra, a curatela dos ausentes perdura pelo lapso temporal de um ano, durante o qual o juiz ordenará a publicação de editais, de dois em dois meses, convocando o ausente a reaparecer

¹⁷ DINIZ, 2012, p. 721.

¹⁸ PEREIRA, 2013, p. 193.

para retomar a posse de seus haveres. Com o seu retorno, a curatela resta cessada, o mesmo ocorrendo se houver notícia de seu falecimento, consoante afixam os incisos I e II do artigo 1.162 da Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973¹⁹, que institui o Código de Processo Civil, averbando-se o fato no livro das ausências. Em consonância com o artigo 26 da Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002²⁰, que institui o Código Civil, decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente ou, caso tenha deixado algum procurador ou representante seu, em se passando três anos, poderão os interessados vindicar que seja aberta, provisoriamente, a sucessão, cessando a curatela.

2.2 Sucessão Provisória

É permitido o pedido de abertura de sucessão provisória por qualquer interessado, quais sejam: o cônjuge não separado extrajudicial ou judicialmente; herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários; pessoas que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de morte; credores de obrigações vencidas e não pagas. Cuida sublinhar que a legislação de regência confere a possibilidade de o Ministério Público promover a declaração de ausência, mas nada diciona acerca do pedido de abertura da sucessão, exceto quando findar o prazo contido no artigo 26 do Estatuto de 2002 para a manifestação dos interessados. Ora, a declaração encontra harmonia com um interesse social, ao passo que a abertura da sucessão provisória ambiciona a entrega do acervo patrimonial aos sucessores presuntivos, ou à proteção dos credores de dívidas já vencidas, ou à tutela de quem tiver sobre os bens algum direito dependente da morte do desaparecido.

Como bem afiança Venosa, *“ao ser requerida a abertura da sucessão provisória, o interessado pedirá a citação pessoal dos herdeiros presentes e do curador e, por editais, dos ausentes, para oferecerem habilitação”*²¹. Com efeito, o sucessor provisório recebe tratamento de herdeiro, mesmo que em situação precária

¹⁹ BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2013: “**Art. 1.162**. *Cessa a curadoria: I - pelo comparecimento do ausente, do seu procurador ou de quem o represente; II - pela certeza da morte do ausente*”.

²⁰ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2013: “**Art. 26**. *Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão*”.

²¹ VENOSA, 2013, p. 509.

e transitória. Porém, trata-se de um herdeiro presuntivo, pois não ingressa, de maneira definitiva, na titularidade do patrimônio do ausente. Na condição de possuidor, cabem-lhe legalmente os frutos e rendimentos dos bens, caso o sucessor for o cônjuge, descendente ou ascendente. Na situação em que a sucessão for deferida a outros herdeiros, terão apenas direito à metade das rendas, sendo que a outra metade será poupada para o ausente, na hipótese de seu retorno. Esses rendimentos deverão ser capitalizados pelos herdeiros. Acerca do tema, Caio Mário da Silva Pereira, com clareza solar, anota que:

A condição jurídica do sucessor provisório difere da de um curador. Este administra bens alheios e que ao virão a ser seus. Está, por isto mesmo, sujeito à prestação de contas. O sucessor provisório é um herdeiro presuntivo, que gere um patrimônio supostamente seu. O *verus dominus* é, porém, o ausente. E, como há possibilidade de seu retorno, a ele, regressando, cabe receber as contas do sucessor provisório, ao qual, desta sorte, compete *si et in quantum* a posse dos bens²².

É proibida a venda de bens imóveis durante a sucessão provisória, exceto na situação em que ocorrer a desapropriação ou por ordem judicial, para evitar-lhe a ruína, consoante artigo 31 da Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002²³, que institui o Código Civil. Incumbe ao curador provar a conveniência ou necessidade da alienação do bem imóvel, processando-se a imprescindível avaliação e determinando a venda em hasta pública, caso assim seja conveniente. “O valor será depositado em banco oficial, para rendimento, ou aplicando na aquisição de outro imóvel. Sempre haverá a participação do Ministério Público, sob pena de nulidade”²⁴. Com efeito, o legislador infraconstitucional, em relação ao tema, é cauteloso, porquanto estabelece longo prazo para que o ausente reapareça. Anota a legislação de regência que a sentença que decretar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta dias após sua publicação pela imprensa. Desta feita, a prescrição não corre nesse período de suspensão.

²² PEREIRA, 2013, p. 194.

²³ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2013: “**Art. 31**. Os imóveis do ausente só se poderão alienar, não sendo por desapropriação, ou hipotecar, quando o ordene o juiz, para lhes evitar a ruína”.

²⁴ VENOSA, 2013, p. 509.

Doutro lado, assim que transite em julgado, se procederá a abertura do testamento, caso haja, e ao inventário e a partilha, como se o ausente fosse falecido, conforme afixa o artigo 28 Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002²⁵, que institui o Código Civil. Com o trânsito em julgado, a figura do curador do ausente é substituída pela do inventariante, devendo o ato sentencial ser averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais. Caso não apareça nenhum herdeiro, a herança será considerada jacente, materializando uma situação transitória para a ocorrência da herança vacante, ponte de transferência dos bens do monte-mor ao Estado, na ausência de outro herdeiro. *“Se dentro de 30 dias do trânsito em julgado da sentença que manda abrir a sucessão provisória não aparecer nenhum interessado, ou herdeiro, que requeira o inventário, a herança será considerada jacente”*²⁶.

À sombra do pontuado, como a situação dos herdeiros imitados na posse não é definitiva, devem prestar caução de os restituir. *“O art. 30 do Código Civil reporta-se às garantias de restituição, pignoratícias ou hipotecárias, equivalentes aos respectivos quinhões”*²⁷. Como bem leciona Maria Helena Diniz²⁸, ao comentar a legislação de regência, quem não puder dar tais garantias, não entrará na posse dos bens, os quais ficarão sob a administração de um curador ou mesmo de um outro designado pelo magistrado, que preste as mencionadas garantias. Entretanto, 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. *“O herdeiro que não puder ingressar na posse provisória, nesses termos, poderá requerer que lhe seja entregue metade dos rendimentos de seu quinhão hereditário [...]. Nem sempre a solução será possível no caso concreto”*²⁹.

Aparecendo o ausente, ou provada a sua existência, cessam as vantagens do sucessor provisório, que deverá dar contas dos bens e seus acréscidos. Introduz o Código, no parágrafo único do artigo 33, inovação inútil e geradora de litígios para o caso de se demonstrar que a ausência foi voluntária e injustificada: a perda pelo ausente, em favor do sucessor, de

²⁵ BRASIL. Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2013: **Art. 28.** *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”*.

²⁶ DINIZ, 2012, p. 724.

²⁷ VENOSA, 2013, p. 510.

²⁸ DINIZ, 2012, p. 722.

²⁹ VENOSA, 2013, p. 510.

sua parte nos frutos e rendimentos. Seria melhor que abolisse de vez aquela capitalização, ou que simplesmente conservasse a redação do Código anterior³⁰.

Retornando o ausente ou enviando notícias suas, todas as vantagens cessarão para os sucessores provisórios, ficando obrigados a adotar medidas assecuratórias até a devolução dos bens a seu dono. Em razão deste aspecto, é possível observar o fato de os herdeiros provisórios serem presuntivos, uma vez que gerem patrimônio supostamente seu; o verdadeiro proprietário é o ausente, incumbindo-lhe, ainda, a posse dos bens, tal como os seus frutos e rendimentos, se o sucessor provisório não for o cônjuge, descendente ou ascendente. Desta feita, com o retorno do ausente, o sucessor provisório deverá dar contas dos bens e de seus acrescidos. Entretanto, caso o ausente apareça e fique provado que sua ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos.

2.3 Sucessão Definitiva

E possível a abertura da sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas, após o transcurso de dez anos de passada em julgado a sentença que concedeu a abertura da sucessão provisório, conforme assinala o artigo 37 da Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002³¹, que institui o Código Civil, ou mesmo provar que o ausente conta com oitenta anos de nascido e que de cinco anos datam as últimas notícias suas, segundo espanta o artigo 38³² do mesmo diploma legal. *“Trata-se, portanto, de uma sucessão quase definitiva. Notamos, destarte que não obstante a abertura da sucessão definitiva, ainda se aguarda o reaparecimento do titular nos 10 anos seguintes”*³³. Com efeito, os sucessores deixarão de ser provisórios, adquirindo, via de extensão, o domínio e a disposição

³⁰ PEREIRA, 2013, p. 194-195.

³¹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2013: “**Art. 37.** *Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas*”.

³² BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2013: “**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*”.

³³ VENOSA, 2013, p. 511.

dos bens recebidos, contudo, sua propriedade será resolúvel se o ausente retornar nos dez anos subsequentes à abertura da sucessão definitiva, “*caso em que só poderá requerer ao juiz a entrega dos bens existentes no estado em que se encontrarem, os sub-rogados em seu lugar ou o preço que os herdeiros houverem recebido pelos alienados depois daquele tempo*”³⁴, atentando-se para direitos de terceiros, eis que não se desfazem as aquisições por eles realizadas. Em mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira leciona:

Mas a propriedade assim adquirida considera-se resolúvel. Se o ausente aparecer nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, os bens lhe serão entregues no estado em que se acharem, ou os que se sub-rogarem neles, ou o preço de sua alienação. Os direitos de terceiros são, contudo, respeitados, não se desfazendo as aquisições realizadas³⁵.

Entretantes, caso o ausente regresse depois de passado os dez anos de abertura da sucessão definitiva, não terá direito a nada, não mais podendo recuperar o seu acervo patrimonial. Se, nos dez anos a que alude o artigo 39 da Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002³⁶, que institui o Código Civil, o ausente não retornar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens serão arrecadados como vagos, passando à propriedade do Município ou do Distrito Federal, caso estejam localizados em suas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando alocados em Território Federal, que ficarão obrigados a aplicá-los em fundações destinadas ao ensino.

3 Efeitos da Ausência no Direito das Famílias

Insta salientar que a presunção da morte por ausência tem o condão de colocar termo ao vínculo conjugal, por mais prolongado que seja. Como bem anotar Maria Helena Diniz, “*há no direito brasileiro ação direta para a declaração de*

³⁴ DINIZ, 2012, p. 724.

³⁵ PEREIRA, 2013, p. 195.

³⁶ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2013: “**Art. 39.** *Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo. **Parágrafo único.** Se, nos dez anos a que se refere este artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal*”.

*dissolução do vínculo matrimonial por ausência do cônjuge, que declarada judicialmente tem o condão de produzir ipso iure a dissolução do casamento*³⁷. Ora, não subsiste argumento plausível a justificar vedação ao cônjuge do ausente um novo casamento, nem obrigá-lo a materializar o divórcio para dissolver o vínculo conjugal e ter a faculdade de casar-se outra vez. Saliente-se, oportunamente, que a Legislação de 1916 não abarcava a possibilidade de a ausência terminar com o casamento, sendo admitido que o desaparecimento do cônjuge, sem deixar notícias, podia ser causa de separação judicial, eis que tal comportamento importaria em conduta desonrosa ou mesmo grave violação aos deveres do casamento.

Ao lado disso, sobredito comportamento, com clareza solar, tornava impossível a vida em comum. Do mesmo modo, a ruptura da vida em comum por mais de cinco anos consecutivos impossibilitaria a sua reconstituição. Neste sentido, é possível fazer menção ao entendimento explicitado por Venosa, em especial quando anota que *“o cônjuge presente não podia contrair novas núpcias, a não ser que obtivesse o divórcio, sucessivo à separação judicial [...], em ação movida contra o ausente, podendo ser alegada a ruptura da vida em comum*³⁸. Caso o ausente tenha deixado filhos menores, o consorte presente ficará com a guarda, porém caso seja falecido ou incapaz para exercer o poder familiar, nomear-se-á tutor a essas crianças. Acerca do tema, é possível colacionar o entendimento jurisprudencial que robustece a ótica adotada:

Ementa: Menor. Tutela. Avós. Pais vivos no gozo do pátrio poder. O deferimento de tutela de menor pressupõe a morte dos pais, sua declaração de ausência ou o decaimento do pátrio poder, circunstâncias inexistentes no caso concreto. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp Nº 249.823/PR/ Relator: Ministro Eduardo Ribeiro/ Julgado em 27.04.2000/ Publicado no DJ em 26.06.2000).

No mais, a ausência poderá desencadear, dentre outras, a possibilidade de uso de material fertilizante do ausente, pelo cônjuge, caso este tenha feito estipulação a respeito em escritura pública ou testamento, bem como inseminação artificial heteróloga, caso antes de seu desaparecimento, havia dado seu consentimento à sua mulher. Igualmente, o cônjuge presente poderá efetuar o implante uterino de

³⁷ DINIZ, 2012, p. 725.

³⁸ VENOSA, 2013, p. 511.

embrião congelado, por ele gerado. Nesta esteira, poderá a ausência acarretar problemas sucessórios do embrião, fecundado *in vitro* com seu material fertilizante, tal como determinação da guarda do embrião congelado e de seu destino, caso os ambos os genitores tenham sido declarados ausentes. É possível, ainda, a “*continuação de negatória de paternidade iniciada pelo ausente, pelos seus herdeiros; o mesmo se dará se houver investigação de paternidade contra o ausente, e, além disso, o exame de DNA poderá ser feito em seus outros filhos, irmãos ou parentes mais próximos*”³⁹. Ao lado disso, o bem de família convencional, ou voluntário, continuará a irradiar efeitos enquanto viver o cônjuge presente e enquanto seus filhos forem menores ou inválidos.

³⁹ DINIZ, 2012, p. 726.

Referências:

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br>>. Acesso em 30 mai. 2013.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2013.

BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2013.

BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 30 mai. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30 mai. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Brasileiro: Direito de Família**. v. 5. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil**. v. I. 26 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. v. 1. 9 ed. São Paulo: Editora Método, 2013.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 30 mai. 2013.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 30 mai. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. v. VII. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.