

Considerações críticas sobre a disciplina jurídica da ausência pelo Código Civil Brasileiro

Marcos Fonseca da Rocha¹
Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha²

RESUMO

O presente artigo objetiva discutir o instituto da ausência a partir de diferentes perspectivas históricas, analisando como o legislador, em diferentes momentos, tratou do tema para refletir sobre a necessidade de sua atualização aos tempos atuais e valores constitucionais que inspiram o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Ausência; Legislação; Codificação; Dignidade Humana

ABSTRACT

This article aims to discuss the institute of absence from different historical perspectives, analyzing how the legislator, at different times, dealt with the subject to reflect on the need to update it to current times and constitutional values that inspire the Brazilian legal system.

Keywords: Absence; Legislation; Codification; Human Dignity

¹ Doutor (2010) pelo Programa de pós-graduação de Políticas Públicas e Formação Humana da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPHF/UERJ) com a tese "Políticas públicas e direito à cidade: conflitos sociais e cidadania no Rio de Janeiro"; Mestre (1997) em Ciência da Informação pela Escola de Comunicação Universidade Federal do Rio de Janeiro (ECO/UFRJ) com a dissertação "O direito diante do espelho: a geração, uso e transmissão da informação jurídica"; licenciatura em História (1985) pela Universidade Federal Fluminense (ICHF/UFF); bacharel (1996) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (Faculdade Nacional de Direito - FND/UFRJ). Com experiência em gestão pública e acadêmica, com docência nas disciplinas Direito Civil, Direitos Humanos, Direito da Cidade e Sociologia e História do Direito. Atuou na Secretaria de Estado de Segurança Pública do Rio de Janeiro (SESEG/RJ) na organização e produção de material didático e na docência das disciplinas sociologia criminal e direitos humanos nos cursos de formação da polícia militar do estado do Rio de Janeiro (PM/RJ). Iniciou em 2010 as atividades como Avaliador Institucional de cursos de Direito e de História do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira do Ministério da Educação (INEP/MEC). Advogado

² Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA), Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Professor de Direito Civil do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo investiga o instituto da ausência no direito brasileiro, mediante uma análise histórica da legislação referente ao tema, desde as Ordenações até o Código Civil vigente. O tratamento jurídico da ausência reflete a dissintonia entre o direito positivo e a realidade vivida, vista a continuidade na abordagem a ela conferida pelos dois códigos civis brasileiros nos quais não reflete as substanciais mudanças sociais ocorridas desde então. A hipótese aqui aventada é de que o instituto manteve uma relativa continuidade ao longo dos diferentes períodos históricos e um enfoque nitidamente patrimonialista, negligenciando as repercussões que o desaparecimento de uma pessoa produz no que tange a outros interesses, em especial o de seus familiares. Nesse sentido, o Código Civil atual pouco fez para inovar, adequando o instituto às atuais demandas sociais e aos valores professados pela ordem jurídica vigente, mantendo uma grave desatualização.

A metodologia adotada foi a análise da legislação histórica, nos diferentes períodos, de modo a investigar a abordagem da ausência, suas permanências e impermanências. Também foram buscadas contribuições doutrinárias de modo a entender, especialmente durante as duas codificações brasileiras, como o instituto foi recebido pela comunidade jurídica e as críticas que recebeu e recebe.

O texto é dividido em quatro seções: a primeira, dedicada ao estudo da ausência no direito pré-codificado, a segunda à análise do Código Civil de 1916 (e às leis extravagantes surgidas durante seu período de vigência), a terceira à Codificação atual. Uma quarta seção é dedicada a uma reflexão sobre a necessidade de repensar a ausência a partir dos valores dominantes na ordem jurídica vigente, em especial a dignidade humana, adaptando-a à metodologia do direito civil-constitucional.

1 O INSTITUTO DA AUSÊNCIA NO DIREITO PRÉ-CODIFICADO

Uma breve análise da legislação histórica revela que a preocupação com a ausência remonta à legislação pré-codificada. Já nas Ordenações Manuelinas (1514-1603) se encontrava menção ao instituto, no título LXIX do Livro I, que tratava do curador que se dava aos bens do ausente, e à herança do finado que não deixou herdeiro conhecido:

Porque muitas vezes acontece serem alguns cativos em terra de inimigos, ou são ausentes, ou não se pode saber se são mortos, se vivos, e seus bens ficam desamparados, por não haver quem deles se encarregue como se deve, Mandamos que se o que for cativo não tiver mulher, ou pai, sob cujo poder estivesse ao tempo que o capturaram, que seus bens deva administrar o Juiz dos órfãos; ou aquele que tiver cargo de prover acerca dos bens dos menores, e dos outros, a que deve ser dado Curador, segundo Dizemos no Título *Do Juiz dos Órfãos*, proveja acerca dos bens daquele que assim for cativo, e lhe dê Curador aos bens tanto quanto lhe for requerido, e notificado por qualquer do povo, e ele for certificado de seu cativo; e tenha aquela maneira em dar o

dito Curador, e em fazer arrecadar e administrar seus bens, que Mandamos ter nos bens dos menores. E esta mesma maneira, mandamos que se tenha acerca dos bens daqueles que são ausentes, em tal maneira que não se pode saber onde estão, e nem se são mortos, ou se vivos (Ordenações Manuelinas, p. 524-525)¹.

A preocupação era, já naquele momento, com o patrimônio do desaparecido, que deveria ser preservado até seu eventual retorno, não se abordando outros aspectos, como o impacto da ausência nas relações familiares. Destaque-se ainda que a administração de tais bens, não havendo esposa, ou pai que tivesse o ausente sob o pátrio poder², ficaria ao cargo do juízo orfanológico, designando-se um curador e aplicando-se a eles o mesmo tratamento dispensado aos bens dos órfãos. Note-se ainda que a imobilização dos bens perdurava por período indefinido, dado que não havia critérios que definissem a partir de que momento se poderia considerar o ausente como morto.

As Ordenações Filipinas, que sucederam às Manuelinas e que, no Brasil, vigoraram em matéria cível até o surgimento do Código Civil, também abordaram o instituto, novamente em seu Livro I, agora no título XC, cujo conteúdo era basicamente idêntico ao da legislação por ela revogada³.

Uma análise da legislação portuguesa da época revela a importância econômica do instituto, como mecanismo de arrecadação de recursos para a Coroa⁴, bem como uma preocupação punitiva com os desvios⁵ e excessos verificados⁶.

O que se verifica, a partir daí, é uma considerável profusão legislativa, que perdurou durante os períodos do Brasil-colônia até a edição do primeiro Código Civil. Já ao tempo do Império, a relevância do tema é constada pelas controvérsias suscitadas durante a Assembleia Constituinte que redundaria na Constituição Imperial (WEHLING, 2015, p. 144). Ainda que inconclusos nesse aspecto, os debates acentuaram as divergências entre aqueles que se preocupavam com a dilapidação patrimonial dos bens arrecadados, e os que criticavam seu imobilismo, produzindo resultados economicamente inconvenientes:

Aqueles que apoiavam o projeto de reforma ou mesmo a extinção do juízo argumentavam com quatro aspectos: “as extorsões do juízo de ausentes e os

¹ Optou-se pela atualização ortográfica do texto, conforme as normas atuais. Para uma leitura do texto em sua versão original, cf. Ordenações Manuelinas On-Line, disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/ordemanu.htm> Acesso em 06.11.2021.

² Atualmente designado poder familiar.

³ Ordenações Filipinas *On-Line*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em 06.11.2021.

⁴ Ilustra essa preocupação a Carta Régia de 11 de setembro de 1611, que determina a remessa do produto das fazendas de defuntos e ausentes no Brasil fosse feita em ouro, quando não houvessem “Letras seguras por que se enviassem”. Disponível em: <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/1/6/p315> Acesso em: 18.11.2021.

⁵ Como exemplifica a Carta Régia de 31 de julho de 1606, que ordenava o pagamento do dinheiro de defuntos e ausentes desviado pelo Provedor de Pernambuco. Disponível em: <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/1/6/p216> Acesso em: 18.11.2021.

⁶ Carta Régia de 31 de outubro de 1604, que determinava providências para evitar excessos no exercício das atribuições dos Provedores de Defuntos e Ausentes no Ultramar. Disponível em: <https://legislacaoregia.parlamento.pt/V/1/1/6/p95> Acesso em: 18.11.2021.

roubos feitos pelos tesoureiros e escrivães que ocultam no inventário os trastes ricos que entre si repartem”, o capital imobilizado, pois como lembrou o proponente original do projeto, Resende Costa, havia dois milhões de cruzados “recolhidos nos cofres públicos desta Corte” no final de 1822; o desequilíbrio entre os direitos e vantagens do credor e do devedor, “antepondo o ausente... ao qual dá executivo para cobrar tudo quanto possa pertencer-lhe, ao presente, a quem não permite cobrar mínimas quantias e sem aquele privilégio de execução” (posição defendida por Carvalho e Melo e Francisco Carneiro de Campos, dois dos mais experientes juristas da Assembleia, ambos membros da Casa de Suplicação); e a drenagem de recursos para Portugal, sendo o juízo, na opinião de Carneiro de Campos “um dos ferretes do sistema colonial...[para] facilitar a saca de capitais para estes irem se acumular no Reino de Portugal”(Op. cit., p. 144).

A nível da legislação do período, o Decreto 160, de maio de 1842⁷, regulamentando a arrecadação dos bens dos ausentes, determinou que fossem inventariados, arrecadados e administrados, até serem entregues a seus donos, se aparecerem (ou a seus herdeiros), ou, em caso de serem declarados vagos, fossem devolvidos à Fazenda Nacional (art. 2º). Três anos mais tarde, o Decreto 445 viria a estatuir a respeito, complementando as normas do Dec. 160.

Posteriormente, o Decreto 834, de 02 de outubro de 1851⁸, destinado a disciplinar as Correições, abordou o tema em seu capítulo V (“das atribuições do Juiz de Direito em correição quanto ao cível”), na Seção IV, determinava o sequestro dos bens de defuntos e ausentes que não tivessem sido arrecadados por omissão ou desconhecimento do juízo de Órfãos (art. 48, §2º).

Disciplina mais minuciosamente detalhada é encontrada no Dec. 2.433, de 15 de junho de 1859⁹, com destaque para os arts. 20 a 22 (que determinam a nomeação de curador, arrecadação e inventário dos bens) e para o art. 47, que determina o deferimento da curadoria dos bens do ausentes após o transcurso de 4 anos de suas últimas notícias (ou dez anos, caso tivesse deixado procurador que lhe administrasse o patrimônio).

Já no governo de transição para a República, o Decreto 87, de dezembro de 1889, demonstra a preocupação existente com o grande número de demandas envolvendo bens de ausentes, ao determinar a criação de mais uma curadoria geral de heranças jacentes e bens de ausentes, para servir exclusivamente no juízo da 1ª Vara de Ausentes, ao argumento que

tem avultado muito o fôro o número dos processos de arrecadação de heranças jacentes e bens de ausentes, a ponto de não poder um só curador desses bens e heranças acudir ao serviço que sobre elle pesa, resultando dahi prejuizos a

⁷ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-160-9-maio-1842-560946-norma-pe.html> Acesso em: 11.11.2021.

⁸ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-834-2-outubro-1851-559565-publicacaooriginal-81859-pe.html> Acesso em 17.11.2021.

⁹ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2433-15-junho-1859-539705-norma-pe.html> Acesso em: 17.11.2021.

administração da justiça e aos direitos dos interessados (Dec. 87, de 24.12.1889)¹⁰.

A breve análise realizada ilustra o interesse econômico-social do tema, demandando maior organização e sistematização, o que ocorreria – em que pese a existência de aspectos criticáveis – com o primeiro código civil brasileiro.

2 A AUSÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 1916: O PATRIMONIALISMO E A UNIDADE FORMAL DA FAMÍLIA

O Código Beviláqua disciplinou a ausência nos arts. 463 a 484. Fruto de um “conflito de valores”, entre um país até então “patriarcal, rural, protecionista” (e, não tantos anos antes de seu surgimento, escravocrata), e um modelo modernizador de sociedade “racionalista, crítica, individualista e burguesa” que se pretendia implantar, o código não foi gestado sem enfrentar resistências (WEHLING, 1996), o que explica, em parte, a demora para sua implementação¹¹. Tais contradições se refletiram na forma como o legislador tratou a ausência, de modo quase que exclusivamente patrimonialista, voltado para a conservação dos bens do ausente e para evitar o risco de que seus potenciais herdeiros os dilapidassem, postura que guardava certa coerência, considerando-se que o resultado final da ausência seria estabelecer a presunção de falecimento do desaparecido e o próprio direito sucessório regulado pelo código era norteado por essa preocupação com a conservação do patrimônio familiar (WEHLING, 1996), mas que, ao mesmo tempo, levava a um imobilismo do patrimônio até a declaração da sucessão definitiva, o que era economicamente desinteressante, na medida em que dificultava a circulação dos bens, essencial à mentalidade capitalista que se pretendia implementar. Dos vinte e um artigos dedicados ao tema, em apenas um (art. 484) referiu-se aos efeitos da ausência para fins de direito familista, determinando que os filhos do ausente fossem considerados órfãos¹².

O procedimento da ausência foi estabelecido envolvendo três etapas, mantidas pelo Código Civil de 2002, com algumas alterações pontuais, que serão mais detalhadamente abordadas, quando da análise do estágio atual da legislação sobre o tema. Cumpre, nesse momento, destacar os prazos: Em um primeiro momento, o Poder Judiciário era provocado para declarar a ausência, arrecadar os bens do ausente e nomear um curador (arts. 463 -468). A etapa seguinte consistia na abertura da sucessão provisória, que ocorreria após transcorridos dois anos do desaparecimento do ausente – ou quatro, se houvesse deixado procurador que lhe administrasse os bens (art. 469). A sucessão definitiva, por sua vez, na redação original do Código, somente seria aberta trinta anos após o trânsito em julgado da sentença que declarou aberta a sucessão provisória (art.

¹⁰ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-87-24-dezembro-1889-504023-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 11.11.2021.

¹¹ Muito embora a Constituição do Império, de 1.824, exortasse a necessidade de elaborar um Código Civil “o quanto antes”, somente em 1.916 ele viria a surgir.

¹² Código Civil de 1916, art. Art. 484: “Se o ausente deixar filhos menores, e o outro cônjuge houver falecido, ou não tiver direito ao exercício do pátrio poder, proceder-se-á com esses filhos, como se fossem órfãos de pai e mãe”.

481), posteriormente sendo este prazo reduzido para vinte anos, com a alteração dada pela lei 2.437, de 1955, somente nesse momento presumindo-se sua morte. Ainda assim, em caso de retorno ocorrido nos dez anos subsequentes, o ausente poderia retomar os bens, no estado em que se encontrassem (art. 483).

Quando comparados os prazos previstos pelo legislador de 1916 com a expectativa média de vida do brasileiro no século XX, o que se verifica é a aspereza do instituto, uma vez que, na redação original da lei, seriam necessários mais de trinta e dois anos para que se pudesse presumir o óbito do ausente, período em que pairaria uma situação de incerteza quanto ao destino de seus bens.

De todo modo, ainda ao tempo do velho código, surgiram leis especiais que mitigaram alguns de seus rigores, em relação à presunção de morte. A doutrina (TEPEDINO, 2011, p. 72-75) fala em três regimes *especiais*, instaurados pela legislação extravagante, e que seguiriam em vigor na atualidade:

O primeiro deles (*Op. cit.*, p. 73), estabelecia a presunção de morte *sem* declaração de ausência, em situações em que havia a possibilidade efetiva do óbito¹³. Algumas dessas leis foram editadas no período da Segunda Guerra Mundial, como o Decreto-Lei 3.571/1941 determinava, em caso de conflito bélico, a presunção de morte do tripulante que não fosse encontrado após transcorridos cento e vinte dias da data do naufrágio ou acidente, ou da última data em que se teve notícias da embarcação. Os DLs 4.819/42 (destinado aos militares) e 5.782/43 (voltado aos servidores públicos civis) regulamentavam a pensão devida aos parentes dos desaparecidos em naufrágio, acidente, ou qualquer ato de guerra ou agressão à soberania nacional, pensionamento este que cessaria em caso de retorno do desaparecido.

O segundo regime diferenciado (*Op. cit.*, p. 73 -74) trata da presunção de morte para *fins previdenciários*, instituído com a L. 3.807/60 e mantido pela L. 8.213/91 e pelo Dec. 3.048/99), cuja maior celeridade se justificaria por sua finalidade distinta – não a de preservar um patrimônio, mas autorizar o dependente a receber o benefício previdenciário provisório. Destaca-se, aqui, uma justaposição de sistemas: o objetivo de conservação patrimonial que inspira o sistema geral é aqui excepcionado pelo de conferir proteção social aos dependentes do ausente.

O terceiro regime especial destacado (*Op. cit.*, p. 74-75) se aplica aos desaparecidos envolvidos ou acusados de envolvimento em atividades políticas durante o regime militar. Destacam-se, aqui, a L. 6.683/79 (Lei da Anistia), que prevê, em seu art. 6º, procedimento específico, com prazo substancialmente reduzido, para presumir a morte do desaparecido nas circunstâncias descritas, para fins de dissolução matrimonial e abertura da sucessão definitiva. A L. 9.140/95 foi mais adiante, reconhecendo como mortos para todos os efeitos legais os desaparecidos no período do regime militar.

¹³ Presunção essa que, na codificação atual, foi regulada pelo art. 7º e seus dois incisos.

Talvez o mais grave aspecto envolvendo a ausência no Código tenha sido o tratamento dispensado ao consorte do ausente. Embora tenha feito presumir a morte deste quando da abertura da sucessão definitiva (arts. 10, c/c 481 e 482), o legislador expressamente determinou que tal presunção não se aplicasse para fins de considerar desfeito o seu matrimônio (art. 315, p.ú¹⁴). Considerando-se que, até o advento da L. 6.515/1977, não era admitido o divórcio, a opção legislativa mantinha o consorte vinculado ao casamento, situação que não ficou imune às críticas doutrinárias. Nesse sentido:

Essa interpretação, no entanto, acarretava situação extremamente injusta para aquele indivíduo que, além de suportar o desaparecimento do cônjuge há tantos anos, de acordo com os longos prazos previstos na lei civil (arts. 469 e 481 do Código de 1916), não podia reconstruir sua vida, contraindo novo casamento, devendo esperar indefinidamente o retorno, cada vez mais improvável, do desaparecido (ARAÚJO, 2007, p. 77).

Essa lógica era coerente com o sistema adotado pelo *Códex*, que priorizava a preservação da *unidade formal* da família, ainda que em detrimento do bem-estar e da felicidade de seus membros componentes (ARAÚJO, *Op. cit.*, p. 79), tratando-a, portanto, por uma perspectiva anti-individualista (WEHLING, 1996), lógica que viria a inverter-se mais tarde, com a Constituição de 1988, quando a família passaria a ser vista como uma unidade afetiva.

O legislador considerou ainda o ausente absolutamente incapaz (art. 5º, IV¹⁵), tão logo proferida a sentença que declarasse a ausência e determinasse a arrecadação de seus bens. Esta postura foi bastante criticada pela doutrina civilista da época, que entendia não haver propriamente uma incapacidade, mas uma necessidade de resguardar seus bens, diante da impossibilidade de o titular defendê-los do local incerto em que se encontrasse, cessando essa “” tão logo retornasse a seu domicílio e reassumisse a direção de seus negócios (PEREIRA, 1999, p. 175). De fato, “não há como se afirmar, com efeito, que aquela pessoa, tão somente pelo fato de ter se ausentado do seu domicílio sem dar notícias ou deixar representante para cuidar de seus bens, seja incapaz” (ARAÚJO, 2007, p. 65). A incapacidade do ausente produziria uma contradição: no afã de proteger seu patrimônio conhecido, terminava-se por invalidar todos os atos praticados onde este se encontrasse, supondo-se que estivesse vivo. Tal suposição, lembre-se, perdurava por mais de três (posteriormente duas) décadas, de modo que, ao invés de uma proteção, a medida representaria um entrave.

¹⁴ Código Civil de 1916, art. 315, Parágrafo único: “O casamento valido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a preempção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte”.

¹⁵ Código Civil de 1916, art. 5º: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: (...) IV. Os ausentes. Declarados tais por ato do juiz”.

3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A AUSÊNCIA: CONTINUIDADES E CONTROVÉRSIAS

A legislação civil em vigor pouco inovou em matéria de ausência. O Código de 2002 disciplinou o assunto nos artigos 22 a 39, pouco se desviando de sua ótica predominantemente patrimonialista. Das poucas inovações que realizou, nem todas foram dignas de aplauso, como a opção, atendendo aos reclames da doutrina, de não mais considerar a ausência como causa de incapacidade, de modo que são tidas como válidas as relações jurídicas travadas pelo ausente onde se encontre. A abordagem dada ao instituto pela lei provoca algumas inconsistências, que serão a seguir analisadas.

O Código manteve o procedimento trifásico, limitando-se a reduzir os prazos de seu antecessor. Na primeira fase, arrecadam-se seus bens, após a declaração da ausência - que pode ser provocada por qualquer interessado (herdeiros, credores) ou pelo Ministério Público -, e nomeia-se um curador. Ao elencar uma ordem preferencial daqueles que serão nomeados curadores (art. 25), o legislador agiu de forma criticável, quando determinou que o cônjuge que *não estivesse separado judicialmente, ou de fato há mais de dois anos*, contados da *declaração judicial da ausência*, seja preferencialmente nomeado curador. Ao assim proceder, o dispositivo autorizou a nomeação daquele que se encontre separado de fato por período inferior quando da decisão que manda arrecadar seus bens. A razão da autorização é que na época da entrada em vigor do *Códex*, a legislação divorcista impunha este período de cessação de convivência como condição para o pedido de divórcio, exigência que somente veio a desaparecer com o advento da Emenda Constitucional 66, de 2010, que facilitou o processo de divórcio e alterou todo o sistema de dissolução matrimonial. Assim, antes da referida Emenda, até transcorrido o biênio, poderia ocorrer uma reconciliação do casal, o que poderia justificar a opção do código. Assim, parece forçoso concluir que basta que os consortes estivessem separados de fato antes de seu desaparecimento (e não da sentença que declara a ausência), para que já ocorresse sua nomeação como curador, uma vez que, se antes mesmo da mencionada emenda já soava pouco justificável nomear guardião dos bens do ausente uma pessoa que com ele não mais convivesse, apenas pela possibilidade de restauração da sociedade conjugal no período anterior a uma possível ação de divórcio¹⁶.

Há, contudo, uma questão a ponderar, quando o casal *não* se encontrasse separado de fato no momento em que ocorreu a incerteza sobre seu paradeiro. Tenha o ausente se afastado do lar deliberadamente, ou não, até o momento da sentença, necessariamente terá transcorrido um lapso de tempo (mais ou menos longo) em que os consortes não terão convivido, o que a nosso sentir parece configurar uma separação de fato, caracterizada pela simples cessação da convivência. Analisando comparativamente a solução adotada pelo código de 1916, este estabelecia o consorte que não estivesse separado judicialmente como curador preferencial (art. 464), sem fazer referência à separação de fato. Conforme já mencionado, à luz do código anterior, a ausência, mesmo

¹⁶ No mesmo sentido, Farias (2018, p. 440).

em suas fases mais tardias, não tinha o condão de extinguir o matrimônio, de modo que haveria alguma coerência em considerar o cônjuge como curador dos bens (já que ele não teria expectativa de desvincular-se do enlace). Parece-nos demonstrado que a solução do legislador anterior, cuja lógica era compatível com o sistema de conservação formal da unidade familiar, não mais se harmoniza com os tempos atuais, de modo que a solução mais consentânea parece ser a de excluir o cônjuge/companheiro da administração do patrimônio do desaparecido, caso existam os pais ou descendentes (previstos no parágrafo primeiro do art. 25 como pessoas a serem nomeadas curadores em caso de falta do cônjuge).

De igual modo, o legislador omitiu o (a) companheiro (a) do ausente como curador de seus bens. A omissão parece ser reflexo do preconceito com que o legislador civilista tratou a união estável, cuja disciplina na codificação foi escassa e, em alguns casos, flagrantemente inconstitucional¹⁷. Dessa forma, caso se entenda pela manutenção do cônjuge como curador principal do ausente (entendimento que, frise-se, não consideramos o ideal), pela mesma razão também ao convivente deveria ser assegurada tal posição. Esse foi o entendimento do Enunciado 97 da Jornada de Direito Civil:

No que tange à tutela especial da família, devem ser estendidas as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge à situação jurídica que envolve o companheirismo, como por exemplo, na hipótese de nomeação de curador de bens do ausente (art. 25 do Código Civil)¹⁸.

Na segunda fase do rito da ausência, a da sucessão provisória, os prazos para sua abertura foram reduzidos, de dois anos previstos pelo art. 469, Cód. Civil 1916 (quatro em caso de haver deixado procurador que lhe administrasse os bens para um, conforme o art.26, Cód. Civil 2002 (três em caso de haver mandatário). Nessa etapa, as possibilidades do retorno do ausente começam a desvanecer, e gradualmente o escopo do legislador se volta da tutela de seu patrimônio para a transferência para seus herdeiros. Desse modo, os bens que haviam sido arrecadados serão inventariados, partilhados e transmitidos aos sucessores do ausente, como se falecido fosse (art. 28, Cód. Civil). Contudo, não adquirem nesse momento o domínio, mas a posse dos bens, podendo ser-lhes exigida caução de restituição, consistente em penhor ou hipoteca equivalente a seu quinhão (Art. 30, Cód. Civil).

Novamente aqui, a lei parece distanciar-se da realidade. A exigência de caução tem por objetivo evidente a preservação do patrimônio do ausente, evitando possíveis dilapidações. Contudo, exige daquele a quem o bem se transmitirá que institua gravame incidente sobre o próprio patrimônio, o que pode causar um óbice para muitos possíveis sucessores. Aquele que não puder prestar a referida garantia ficará impedido de adentrar na posse, mantendo-se os bens que lhe caberiam sob a administração do curador, ou de

¹⁷ Como no caso do muito criticado artigo 1.790, que disciplinava de forma flagrantemente desigual os direitos sucessórios da(o) companheira(o) em relação ao cônjuge, e cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo STF em sede de Recurso Extraordinário.

¹⁸ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/728> Acesso em: 10.11.2021.

outro herdeiro que possa prestar a garantia exigida (art. 30, §1º, Cód. Civil). Ainda que o legislador tenha dispensado dessa exigência os herdeiros necessários (art. 30, §2º), impor caução aos demais pode penalizar os sucessores desfavorecidos economicamente, em detrimento daqueles que possuam patrimônio capaz de garantir os interesses do ausente. Essa penalização se torna ainda mais evidente quando se recorda que o art. 33 do código determina a capitalização de metade dos frutos e rendimentos obtidos por tais bens, que deverão ser aplicados em títulos garantidos pela União (art. 29), destinados a ser entregues ao ausente quando de seu eventual retorno, com a ressalva deste os perder, caso se demonstre que sua ausência foi voluntária e injustificada. Novamente aqui, o legislador dispensou da exigência os herdeiros necessários do ausente, que terão direito à integralidade dos frutos e rendimentos obtidos, atribuindo maior peso a seus interesses. Contudo, considerando-se o longo lapso de tempo que perdura até que a sucessão se converta de provisória em definitiva, não parece a medida razoável tendo em vista o retorno cada vez menos provável do ausente.

Somente após transcorridos dez anos do trânsito em julgado da sentença que abriu a sucessão provisória (ou cinco, caso o ausente conte com oitenta anos de idade e cinco anos se tenham passado desde as últimas notícias a seu respeito, na forma do art. 38 do código) é que se inicia a fase da sucessão definitiva (art. 37), passando a incidir a presunção (relativa) de que esteja morto (art. 6º, parte final, Cód. Civil) e considerando-se desfeito seu casamento (art. 1.571, §2º). Nesse momento, permite-se o levantamento das cauções prestadas pelos herdeiros. Àqueles que não as puderam prestar, devem receber os bens do curador ou do herdeiro que os administrou até então. Por mais dez anos, entretanto, o ausente (ou seus descendentes e ascendentes) poderá retomar seus bens, no estado em que se encontrem, ou os sub-rogados em seu lugar, ou o valor dos bens alienados nesse ínterim. Somente após esse período, perderá qualquer direito sobre os bens, definitivamente.

A breve análise do procedimento da ausência realizada nessa seção revela algumas de suas inconsistências. Uma crítica em especial deve ser feita em relação ao tempo envolvido no processo de ausência será objeto da seção seguinte. Cabe ainda aqui, entretanto, um comentário a respeito do recasamento do cônjuge do ausente e seu eventual retorno.

Conforme mencionado *supra*, com a abertura da sucessão definitiva, presume-se a morte do ausente e se entende desfeito seu matrimônio (em oposição ao que fazia seu antecessor), o que, naturalmente, permite a seu consorte contrair novas núpcias. O código civil foi omissivo sobre o que ocorre caso o desaparecido retorne, distanciando-se da orientação dada por normas de outros países¹⁹. A doutrina, entretanto, tem entendido, a

¹⁹ É o caso do Código Civil italiano que, embora tenha autorizado o novo casamento do cônjuge do ausente após a sentença que declara a morte presumida (art. 65), considera o novo enlace nulo, em caso de retorno do ausente, conforme a redação do art. 68: O casamento celebrado nos termos do art. 65 é nulo se a pessoa cuja morte presumida foi declarada retornar ou estiver estabelecida. Os efeitos civis do casamento declarado nulo e sem efeito são reservados. A nulidade não pode ser declarada no caso em que se apure a morte, ainda que tenha ocorrido em data posterior à do casamento. *Tradução nossa*. No original: “Il matrimonio contratto a norma dell'art. 65 è nullo, qualora la persona della quale fu dichiarata la morte presunta ritorni o ne sia

nosso sentir acertadamente, que o retorno do ausente não compromete a validade do novo enlace.

4 A AUSÊNCIA NA ATUALIDADE: UMA RELEITURA NECESSÁRIA À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A realidade brasileira verificada ao tempo do nascedouro do Código Civil de 1916, com meios de comunicação rudimentares e transporte pouco eficientes para percorrer com agilidade sua extensa área territorial, poderia justificar, de certo modo, os extensos prazos legais. Mas já àquela época se verificavam críticas, que variavam da ineficiência econômica em função do longo espaçamento das fases da ausência à rudeza do tratamento dispensado aos parentes do ausente, em especial seu cônjuge, críticas que foram encontrando maior ressonância na medida em que o desenvolvimento econômico do país ganhava maior vulto e conforme novos valores foram gradualmente sendo absorvidos no tocante às relações familiares.

Todavia, as inovações científico-tecnológicas trazidas pelo último quarto do século XX e pelas duas primeiras décadas do séc. XXI e a substancial mudança valorativa representada pela Constituição de 1988 impõem um repensar da forma como a ausência é tratada pelo ordenamento. A fluidez da sociedade em rede, marcada pela onipresença das relações virtuais, impõe um ritmo muito mais acelerado às relações econômicas, incompatível com o rito mantido pelo Código Civil vigente e com seus prazos que, a despeito de terem sido reduzidos significativamente quando em comparação com seu antecessor, talvez se revelem ainda mais graves, dada a dinâmica intensa das relações negociais na atualidade.

Entretanto, o que aparenta ser mais criticável é que o Código reproduziu como principal tônica do instituto a ponderação feita entre os interesses do desaparecido (cujo patrimônio se pretende preservar) e os de seus potenciais herdeiros, atribuindo inicialmente maior densidade àquele para promover uma “erosão gradual” desta tutela conforme seu retorno se torna menos provável. Essa postura desconsidera os valores constitucionais vigentes, as situações jurídicas existenciais gozam de primazia, sendo as relações econômicas instrumentais àquelas.

Não parece consentâneo com a primazia que a dignidade humana recebe do ordenamento jurídico sujeitar a tão longa espera para que se possa presumir a morte de uma pessoa desaparecida, afetando sensivelmente a entidade familiar a qual pertence. “Deverá o ordenamento buscar a realização dos seus integrantes, filhos e cônjuges, permitindo a produção de efeitos da declaração da morte presumida nas esferas pessoal patrimonial e familiar” (ARAÚJO, 2007, p. 84).

accertata l'esistenza. Sono salvi gli effetti civili del matrimonio dichiarato nullo. La nullità non può essere pronunciata nel caso in cui è accertata la morte, anche se avvenuta in una data posteriore a quella del matrimonio”.

Concorda-se com as palavras de Araújo (2007., p. 84), para quem a própria definição de ausência passaria a ser reformulada, deixando de ser somente

um instituto de existência condicionada ao patrimônio deixado sem administrador pelo desaparecido e passando a ser instituto pelo qual se busca não apenas a preservação dos interesses patrimoniais em abandono, mas também a regulamentação da situação familiar, ao viabilizar a presunção de morte nos casos legais.

Essa proposta permite conferir ao instituto novas matizes, invertendo a lógica que atualmente o norteia, não mais condizente com o momento histórico em que se insere. Se desprende, assim, de um caráter exclusivamente (ou, ao menos, predominantemente) econômico para priorizar os aspectos existenciais e a dignidade das pessoas envolvidas, sejam elas o próprio ausente, sejam seus familiares. Assim

Mesmo que o ausente não seja casado e não tenha deixado bens, é possível também à família ter interesse na declaração de morte presumida para outras finalidades, como a extinção das relações jurídicas, como o exercício do poder familiar e a nomeação de tutor para os filhos. Nesse caso, aplicam-se as regras do procedimento especial, inclusive com a nomeação de curador, cuja responsabilidade não abrangerá os aspectos patrimoniais, por óbvio (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 443-444).

Refletir sobre a ausência a partir do paradigma da dignidade humana e da primazia das relações jurídicas existenciais é resignificá-la, representando uma descontinuidade, no sentido apontado por Wehling (2021, p.162), modificando o instituto jurídico para sancionar uma necessidade social e gerando “novas relações sociais lato sensu e jurídicas em sua esfera de atuação”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da ausência é ilustrativo do problema envolvendo o tempo e os ritmos do direito, suas continuidades e descontinuidades históricas, produzindo descompassos entre o direito legislado e a realidade vivida, distanciamento que, no entender de Gomes (2006, p. 45-46) somente se poderia justificar quando a lei “se coloca na perspectiva do desenvolvimento social, apresentando-se como uma aproximação da realidade futura”, o que claramente não é o caso do objeto desse estudo.

A pesquisa realizada demonstra que sua abordagem pelas Ordenações revelou uma continuidade do tipo sequencial (WEHLING, 2021, p.162)²⁰, com poucas mudanças relevantes e uma preocupação com a preservação do patrimônio e com a arrecadação de

²⁰ O autor define a expressão como “o desdobramento e sua eficácia social no tempo, no quadro e nos limites de uma determinada sociedade/cultura”.

riquezas para a Coroa. As tentativas de modernizar a ordem jurídica (e o país como um todo), inserindo-o em uma mentalidade capitalista, verificadas aos tempos do Império (e, mesmo mais adiante, na transição para a República) pouco efeito produziram em se tratando do instituto, que se manteve caracterizado por uma preocupação em preservar o patrimônio do ausente, em detrimento de seus potenciais herdeiros, e mesmo em prejuízo de uma lógica negocial mais eficiente.

A codificação de 1916, a despeito de, como um todo, ter tentado representar uma ruptura com a ordem socioeconômica anterior, e uma mudança valorativa, no que se refere à ausência mais se aproximou de uma “baixa mobilidade de longa duração” (WEHLING, 2021, p. 162). Se estabeleceu momentos e procedimentos mais claros para o instituto, acabou por manter uma imobilização do patrimônio do ausente por longo tempo.

O código vigente, nascido no alvorecer de um novo milênio, reproduz com tímidas alterações a abordagem de seu antecessor, mantendo intactas suas linhas mestras e promovendo alterações pontuais, que pouco adaptaram o instituto às novas demandas e – especialmente – aos valores constitucionais que norteiam o ordenamento. Nesse sentido, manteve a baixa mobilidade de seu antecessor e não aliviou a ausência de seu anacronismo, talvez mesmo agravando-o, acentuando seu artificialismo, ao tentar cristalizar uma realidade cada vez mais fluida.

Dessa forma, um olhar crítico do jurista contemporâneo revela a necessidade de um repensar que estabeleça um reatamento do instituto com a realidade social e com uma ordem jurídica que confere primazia às relações existenciais e à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Ordenações do Reino de Portugal**. Rio de Janeiro: 1860. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/484> Acesso em: 06.11.2021.

ARAÚJO, Bárbara Almeida de. A ausência: análise do instituto sob a perspectiva civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). **A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, vol. I: Parte Geral e LINDB**. 16. ed. Salvador: PODIUM, 2018.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume I**. 19. ed. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999.

TEPEDINO, Gustavo (*et. all*). **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República, vol. I: Parte Geral e Obrigações**. 2.ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011.

WEHLING, Arno. **Há noventa anos, o nascimento do Código Civil**. *In*: Revista de História da Biblioteca Nacional, ano I, n. 7, jan 2006, p. 98.

_____. O direito privado entre o Antigo Regime e o liberalismo constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. *In*: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Marcelo (org.). **História do direito privado: olhares diacrônicos**. Belo Horizonte: Arraes Ed., 2015.

_____. História do Direito e a Historicidade do Fenômeno Jurídico. *In*: **Revista História do Direito: RHD. Curitiba, v.2, n.2, p. 150-166, jan-jun de 2021**. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/80744/44463>
Acesso em: 11.11.2021.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751 – 1808)**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2004.