

FACULDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC DE UBERABA
CURSO DE DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

THAUANY MARTINS CÊNA LOPES

PROCESSO DE AUSÊNCIA

UBERABA (MG)
2017

THAUANY MARTINS CÊNA LOPES

PROCESSO DE AUSÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC de Uberaba, como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Mônica Cecílio Rodrigues.

UBERABA (MG)

2017

PROCESSO DE AUSÊNCIA

Thauany Martins Cêna Lopes¹

Mônica Cecílio Rodrigues²

RESUMO

A ausência é um instituto presente no Código Civil e apresenta grande impacto na vida de uma pessoa que desaparece voluntariamente ou involuntariamente. Este impacto se observa em todas as fases do processo de ausência, onde o foco principal é o patrimônio do ausente. De princípio, os interesses do ausente são tutelados, prevalecendo sobre os de terceiros. Caso não haja nenhuma notícia ou regresso, estes interesses se equiparam aos dos sucessores, estendendo-se até a posse dos bens do ausente. Todo este procedimento visa proteger o patrimônio, não deixando que pereça, e conta com a possibilidade e as consequências decorrentes do aparecimento ou não do ausente. Se, por fim, o ausente não retornar ou for constatada sua morte, os interesses dos sucessores são totalmente privilegiados, levando a uma sucessão definitiva dos bens.

Palavras- chave: Ausência. Sucessão. Patrimônio. Morte presumida. Curadoria.

1. INTRODUÇÃO

Uma pessoa adquire personalidade jurídica através de um fato certo, o nascimento com vida. No entanto, o seu fim pode se dar por uma forma certa ou incerta. A morte natural é um exemplo de fato certo, que pode atestar a morte do indivíduo. O fato incerto pode se dar pela ausência da pessoa até a sua morte presumida.

A ausência é disciplinada desde o Código Civil de 1916. Nesta época, na Parte Especial dessa legislação, era diretamente relacionada ao âmbito da capacidade, onde o ausente era considerado absolutamente incapaz. Um novo entendimento surgiu com o Código Civil de 2002, agora na Parte Geral, no qual a ausência não é mais relacionada à capacidade e à incapacidade, mas à proteção do patrimônio do indivíduo.

¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito na Faculdade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC de Uberaba. E-mail: thauany.mrts@hotmail.com

² Professora Orientadora. Doutora em Processo Civil pela PUC-SP. Advogada. Professora da Faculdade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC de Uberaba na graduação do Curso de Direito. E-mail: monicacradv@hotmail.com <http://lattes.cnpq.br/7392591567853064>

Tal proteção inclui tanto os interesses do ausente quando de seus familiares. Dividido por fases, o instituto da ausência se desenvolve cronologicamente, destacando em cada fase suas especificidades. Desde a primeira fase não se abandona a possibilidade de regresso do ausente. Na última fase se observa outro fato incerto da perda da personalidade jurídica, a morte presumida.

Além do Código Civil de 2002, a Lei nº 6.015/73 de Registros Públicos também trata sobre a morte presumida. Neste caso, no entanto, na hipótese de desaparecimento de pessoas em naufrágio, inundação, incêndio, entre outras catástrofes, no qual se prova a presença do indivíduo no local da eventualidade e não se encontra o corpo.

Diante de tais fatos, algumas indagações surgem ao longo da pesquisa. O Código Civil se modificou ao longo do tempo, e junto com ele o entendimento acerca da ausência? Sendo assim, quais foram as transformações? Como caminha o processo de ausência e quais são as consequências? Como a ausência afeta os bens do ausente até a decretação da morte presumida?

Decorrente das mudanças na sociedade, o Código Civil teve que se adequar às suas necessidades. O presente artigo propõe elucidar os motivos para a existência de tal instituto, que foram se modificando ao longo do tempo. Nos dias modernos, mesmo com tanta tecnologia, a violência aumenta e, ao seu, lado o número de desaparecidos. A ausência de uma pessoa, as medidas adequadas, o seu procedimento e as consequências tanto para os familiares quanto para o ausente são abordadas nesta pesquisa.

O tema a ser aprofundado se baseia nos Códigos e Leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro, além de uma aplicação direta nas situações fáticas que acontecem corriqueiramente em nossa sociedade.

2. O INÍCIO DA AUSÊNCIA E O DESTINO DOS BENS DO AUSENTE

A ausência se inicia quando uma pessoa desaparece de seu domicílio, sem que se tenha notícia da mesma, não sabendo seu destino ou paradeiro, ou sem que tenha deixado representante ou procurador. Conforme artigo 22 do Código Civil de 2002:

Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador. (BRASIL, Código Civil, 2002)

Caso o indivíduo ausente tiver representante ou procurador gerindo seus negócios e bens, ou tiver mandatário, não haverá a declaração de ausência.

A indagação que surge na ausência gira em torno do destino dos bens do ausente, indagação que parte tanto do interesse do próprio ausente quanto de seus herdeiros.

Abordada desde o Código Civil de 1916, no livro de Direito de Família, a ausência é um instituto que se modificou ao longo do tempo. No entanto, permaneceu até os dias atuais com o seu objetivo real, o amparo aos bens do ausente. O Código Civil revogado elencava os ausentes como absolutamente incapazes.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 174 e 175):

O Código Civil de 1916 colocou os ausentes no rol dos absolutamente incapazes (art. 5ºIV), tendo sido por isso bastante criticado. O objetivo era tutelar o patrimônio da pessoa que desaparecia de casa e não informava o seu paradeiro. Para evitar que dilapidasse o seu patrimônio onde estivesse (porque o desaparecimento nessas condições é, em regra, indício de perturbação mental), e que pudesse retomá-lo em caso de eventual retorno, era declarado absolutamente incapaz pelo juiz, e os atos de disposição do patrimônio que eventualmente praticasse eram considerados nulos.

Silvio de Salvo Venosa (2005) considera a conceituação imprópria, pois não há incapacidade por ausência, sendo uma nomenclatura dada por conta da necessidade de proteger um patrimônio, pois o ausente estaria impossibilitado de cuidar de seus bens. Dessa forma, a incapacidade cessava imediatamente caso o ausente retornasse.

A acepção maior da lei é assegurar proteção a quem for titular de direitos. Neste caso, defender o patrimônio daquele que se ausentou, não ficando ao desamparo para posteriormente transmitir aos herdeiros ou, caso regresse, recuperá-lo.

O desaparecimento pode ser voluntário – quando a pessoa desaparece por conta própria, ou involuntário – por circunstâncias alheias à sua vontade. Tal distinção é relevante caso o ausente reapareça.

O processo de ausência apresenta dois pontos relevantes, sendo cada um desses pontos aplicáveis em um foco específico. O primeiro ponto é baseado na possibilidade do ausente estar vivo, no qual o foco é preservar os bens do ausente, não querendo a lei que os interesses do mesmo fiquem desamparados. O segundo ponto é fundamentado na possibilidade do falecimento do ausente, focando em atender os interesses de seus herdeiros que, conforme escreve Silvio Rodrigues, por sua morte, teriam se tornado senhores de seu patrimônio. “Mas, quer esteja ele vivo, quer esteja morto, é importante considerar o interesse social de preservar seus bens, impedindo que se deteriore ou pereçam.” (RODRIGUES, 2003, p.78).

É importante lembrar que o ordenamento jurídico procura preservar os bens deixados pelo ausente, mas após um determinado tempo sem que haja o regresso, o legislador passa a cuidar do interesse de seus herdeiros. Essa transição é possível observar no decorrer das fases. No início, o legislador preza que a volta do ausente será possível, nomeando um curador para cuidar de seus bens. À medida que o tempo passa, o regresso é menos provável, começando a proteger os interesses de seus sucessores, na fase de sucessão provisória. Nesta, os interesses do ausente e sucessores são equiparados. Após um considerável período transcorrido sem o retorno do ausente, a lei atende principalmente os interesses dos herdeiros, deferindo a sucessão definitiva.

O autor Fábio Ulhoa Coelho (2014), em seu livro Curso de Direito Civil, descreve que a lei não exige prazo mínimo para a caracterização do desaparecimento, e ainda não há a determinação que se diligencie à procura do desaparecido.

3. FASE DA CURADORIA DOS BENS DO AUSENTE

A primeira fase do processo de ausência se inicia com a constatação do desaparecimento do indivíduo. A requerimento de qualquer um dos interessados ou do Ministério Público, o juiz reconhecerá a circunstância e decretará a ausência. A sentença declaratória de ausência deve ser registada no cartório do domicílio anterior do ausente, conforme prevê a lei de registros públicos:

Art. 94. O registro das sentenças declaratórias de ausência, que nomearem curador, será feita no cartório do domicílio anterior do ausente, com as mesmas cautelas e efeitos do registro de interdição, declarando-se:

1º) data do registro;

2º) nome, idade, estado civil, profissão e domicílio anterior do ausente, data e cartório em que foram registrados o nascimento e o casamento, bem como o nome do cônjuge, se for casado;

3º) tempo de ausência até a data da sentença;

4º) nome do promotor do processo;

5º) data da sentença, nome e vara do Juiz que a proferiu;

6º) nome, estado, profissão, domicílio e residência do curador e os limites da curatela. (BRASIL. Lei nº 6.015/73)

Nesta etapa, será nomeado um curador, caso o indivíduo não tenha deixado procurador ou mandatário para administrar seus bens, ou caso os mesmos se negarem a exercer o mandato, renunciando, ou se seus poderes forem insuficientes.

A primeira consequência em relação ao patrimônio, após comunicada a ausência ao juiz, é a arrecadação dos bens. Nesta arrecadação, por determinação judicial, será realizada uma relação dos bens de titularidade do ausente, que será entregue a administração do curador nomeado.

As competências do curador são fixadas pelo magistrado, assim como suas obrigações. Os poderes e obrigações fixados devem equiparar-se àqueles de incapazes. Por ser a primeira fase subsequente ao desaparecimento, a possibilidade de que o ausente retorne é bastante considerável; logo, o ordenamento jurídico busca preservar os bens por ele deixados. “Teremos uma massa patrimonial com titular, mas sem quem a administre”. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2009, p.127).

O curador passará a administrar os negócios do ausente, não permitindo que pereçam, ao mesmo tempo mantendo-os em produção até o seu eventual retorno. Além disso, passará a responder, nos limites da nomeação, pelos bens listados no termo de arrecadação.

A nomeação do curador observa uma linha sucessória de curadoria, prevista no Código Civil, artigo 25. O primeiro na linha de sucessão é o cônjuge; no entanto, se estiver separado há mais de dois anos, judicialmente ou não, do ausente, este não poderá ser curador. Com base no enunciado número 97 da I Jornada de Direito Civil, 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.

Portanto, o companheiro igualmente poderá ser curador legítimo dos bens, observando se não estava separado há mais de dois anos do ausente.

Não podendo o cônjuge ou companheiro ser curador, caberá aos pais ou descendentes. Importante destacar que a lei incumbe aos pais e não aos ascendentes. Mas no caso dos descendentes, os mais próximos precedem os mais distantes. A nomeação de parente para o cargo de curador é irrecusável, exceto em casos excepcionais a critério do juiz.

Caso incida a possibilidade de falta de parentes elencados na lei, o juiz poderá escolher uma pessoa para ser curador, normalmente alguém de sua confiança que poderá recusar, ou a ele renunciar; e, caso exerça, terá direito a uma remuneração.

A fase da curadoria tem o período de um ano e, durante este tempo, serão feitas publicações em editais bimestrais convocando o ausente a aparecer; procedimento este que está previsto no ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 745. Feita a arrecadação, o juiz mandará publicar editais na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 1 (um) ano, ou, não havendo sítio, no órgão oficial e na imprensa da comarca, durante 1 (um) ano, reproduzida de 2 (dois) em 2 (dois) meses, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens. (BRASIL. Código de Processo Civil, 2016)

A cessação desta fase se dá por três motivos: pelo retorno do ausente, por sua morte, ou pela fase seguinte, a sucessão provisória.

Se o ausente retornar, encontrará seu patrimônio sob os cuidados do curador, que teve a incumbência de zelar pelos bens. O ausente terá o direito de receber todos os frutos e rendimentos, devendo descontar o valor das despesas de administração e, quando for o caso, a remuneração do administrador. Se o administrador administrar mal, responderá pelos danos a que der causa e, caso o ausente tenha interesse ao reassumir seus negócios e patrimônio, poderá demandar ação por indenização pelos atos de má administração de seus bens.

O ausente regressando ou tendo-se ciência da declaração de sua morte, deverá ser averbado no Livro de Ausências, conforme a Lei de Registros Públicos.

Transcorrido o prazo anual, a posição do legislador que por ora tinha em foco o interesse do desaparecido se altera, passando a considerar também o interesse dos sucessores do ausente, permitindo que requeiram a abertura da sucessão provisória, cessando assim a curatela.

4. FASE DA SUCESSÃO PROVISÓRIA

A sucessão provisória é a segunda fase do processo de ausência, como abordado anteriormente; transcorrido o prazo de um ano da arrecadação dos bens do indivíduo que foi declarado judicialmente ausente, os interessados têm o direito de requerer perante o magistrado a abertura da sucessão provisória. Essa possibilidade se dá pelo fato de que o retorno do ausente se torna mais remoto.

A abertura da sucessão provisória pode ser requerida: pelo cônjuge não separado; junto com o cônjuge, o companheiro na condição de herdeiro também pode requerer; os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários; pessoas que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à sua morte e os credores de obrigações vencidas e não pagas. Caso não houver interessados na abertura, compete ao Ministério Público requerê-la.

Na hipótese do desaparecido ter deixado procurador ou representante, esta sucessão também poderá ser requerida; no entanto, após três anos em que o desaparecimento perdurar, não necessitando de declaração de ausência.

Considerando esse período trienal de desaparecimento, convém que o procurador ou representante sejam dispensados, transferindo a posse dos bens do ausente a seus sucessores.

Como o próprio nome se refere, esta sucessão, neste determinado período, é provisória. Podendo ser alterada conforme certos acontecimentos, o ausente pode retornar, pode ter notícias de que ele está vivo, ou até mesmo ter conhecimento da data exata de sua morte. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p.128) referem-se a esta questão: “A ideia de provisoriedade da sucessão é uma

cautela que se exige, ainda que se anteveja o provável falecimento real do ausente, uma vez que não se tem, realmente, ainda certeza de tal fato.”

Requerida a sucessão provisória, conforme artigo 28 do Código Civil, a declaração de abertura produzirá efeitos após cento e oitenta dias de sua publicação. Silvio Rodrigues (2003), em seu livro de Direito Civil Parte Geral, alega se tratar de um prazo suplementar concedido ao ausente, pois talvez agora, ao ter ciência das consequências mais amplas de seu silêncio, resolva aparecer.

A pessoa que requerer a abertura da sucessão provisória deverá pedir a citação pessoal dos herdeiros presentes na comarca e, por edital os que não estão. A citação dos herdeiros será importante para oferecer artigos de habilitação, comprovando a qualidade de segurado. A sentença de abertura após o trânsito em julgado será averbada no registro de ausência; destacando-se uma peculiaridade. “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.” (DINIZ, 2010, p.624).

Após a averbação da sentença, inicia-se a abertura do testamento, caso haja, procedendo-se ao inventário e à partilha dos bens como se o ausente falecido fosse. Neste momento, há a imissão na posse dos bens do ausente por seus sucessores, sendo considerado um “usufruto legal”. O sucessor mantém a obrigação de cuidar e administrar o patrimônio do ausente, para caso ele retorne, não havendo ainda que se falar na transmissão da propriedade, e sim da posse.

Para a imissão na posse dos bens é necessário prestar caução como garantia de restituição dos bens, com exceção do cônjuge, companheiro, descendentes e ascendentes. Tais determinações estão previstas no Código Civil:

Art. 30. Os herdeiros, para se imitirem na posse dos bens do ausente, darão garantias da restituição deles, mediante penhores ou hipotecas equivalentes aos quinhões respectivos.

§ 1º Aquele que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida neste artigo, será excluído, mantendo-se os bens que lhe deviam caber sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste essa garantia.

§ 2º 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. (BRASIL. Código Civil, 2002)

O descendente, ascendente ou cônjuge que for sucessor provisório terá para si todos os frutos e rendimentos dos bens que lhe couberem. Caso se justifique a falta de meios, o excluído da posse provisória poderá requerer que lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão que lhe tocaria. Os demais herdeiros terão direito à metade dos frutos e rendimentos, tendo que capitalizar a outra parte em títulos da dívida pública, devendo prestar contas anualmente, sendo estas fiscalizadas pelo Ministério Público.

Como regra, nenhum bem imóvel do ausente será alienado ou hipotecado com a finalidade de proteção do bem e evitar que se perca, pois há ainda a possibilidade de regresso. Mas o juiz autoriza, em determinados casos, para se evitar a ruína do bem. Na possibilidade de ser bem móvel, que estiver sujeito a perda ou extravio, o juiz também interferirá, ordenando sua venda e posterior emprego do valor obtido em investimentos de perfil conservador.

A sucessão provisória cessará convertendo-se em definitiva se houver a certeza de morte do ausente; isso se passados dez anos da abertura da sucessão provisória e não houver notícias do ausente, ou quando o ausente contar com oitenta anos e houver decorrido cinco anos de suas últimas notícias.

Caso prove o falecimento do ausente, inicia-se a sucessão definitiva, com abertura na data de falecimento comprovada, a fim de proteger os direitos dos herdeiros da época.

Na presunção do ausente aparecer no período de dez anos, seus bens devem ser restituídos no estado em que se encontram. Se comprovado que sua ausência se deu involuntariamente, terá direito à parte que foi aplicada em fundos de investimentos, mas se voluntariamente, esta parte caberá ao sucessor. Independentemente se a ausência se deu por vontade do indivíduo, este não terá direito sobre os frutos e rendimentos que couberam ao seu cônjuge, ascendente ou descendente. Como na fase de curadoria, o possuidor provisório também poderá responder por má administração.

Observa-se que a sucessão provisória não é uma fase engessada; dependendo dos acontecimentos ao longo do processo de ausência, ela se encerra iniciando a

sucessão definitiva. A fim de não mais proteger os interesses do ausente como na curadoria, e sim zelar pelos herdeiros.

5. FASE DA SUCESSÃO DEFINITIVA

Dez anos após o trânsito em julgado da sentença que deu início à sucessão provisória, inicia-se a última fase do processo de ausência. Na sucessão definitiva há uma maior possibilidade de morte do ausente. Apresentando uma característica própria, podendo ser aberta diretamente se o desaparecido tiver oitenta anos de idade e não há notícias de seu paradeiro há pelo menos cinco anos. Conforme interpretação de Carlos Roberto Gonçalves (2016), após o período prolongado de ausência, a postura do legislador se modifica, abdicando da preocupação com os interesses do ausente, atentando-se agora aos interesses dos sucessores, reforçando as fundadas suspeitas de falecimento do indivíduo. O autor Fábio Ulhoa Coelho também se posiciona quanto a esta fase:

Presume-se a morte do desaparecido quando o juiz declara aberta a sucessão definitiva. Esta pode ter fundamento o transcurso de dez anos da abertura da sucessão provisória, ou de cinco anos sem notícias da pessoa com 80 anos de idade. (COELHO, Fábio Ulhoa, 2014, p. 225)

Caso um herdeiro que esteja na posse dos bens do ausente, durante a sucessão provisória, não requerer após dez anos a sucessão definitiva, haverá apenas uma irregularidade. Logo, os sucessores não serão mais provisórios, adquirindo o poder de domínio e disposição dos bens.

Nesta fase, procede-se como se a pessoa tivesse falecido, pagando as dívidas, caso houver, e transmitindo a propriedade dos bens aos sucessores. Importante destacar que a referida propriedade será resolúvel, se o ausente regressar nos dez anos seguintes à sucessão definitiva. Silvio Rodrigues (2003) afirma que tal sucessão é quase definitiva.

Se porventura na década seguinte à abertura dessa fase o ausente não retornar, ou caso nenhum interessado requeira a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão a ser de domínio do município, DF ou União.

Na hipótese de regresso do ausente, seus bens devem ser restituídos no estado em que se encontrarem. Se um bem foi vendido, após a partilha na sucessão definitiva, o ausente terá direito ao valor obtido na venda. Se houver sub-rogação, ficará com o bem sub-rogado:

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. (BRASIL. Código Civil, 2002)

Mesmo com o retorno do ausente, nesta fase ele não terá direito aos frutos e rendimentos advindos do tempo em que esteve ausente. Mas terá direito à indenização por má administração anterior à sucessão definitiva, exceto se verificar prescrição de tal direito.

O vigente ordenamento procura em todas as fases prevenir que o ausente não perca seu patrimônio, tendo seus interesses protegidos; entretanto, só após tentativas para que ele recupere seus bens ou declarada a morte presumida, os direitos de reaver seus bens são limitados.

Regressando o ausente após os dez anos seguintes à sucessão definitiva, não terá direito a nenhum dos bens em que era titular antes de desaparecer.

6. CONSEQUÊNCIAS DA PRESUNÇÃO DE MORTE NO DIREITO

Além dos limites patrimoniais, a presunção de morte também acaba tendo consequências na esfera do Direito de Família. Um exemplo se observa no matrimônio que caso o ausente tivesse, após dois anos de desaparecimento, o cônjuge, provando o fato, poderá requerer e obter o divórcio; e com a fase da sucessão definitiva, onde há a morte presumida, não há como estabelecer outro entendimento:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial. (BRASIL. Código Civil, 2002)

Outro aspecto relevante é observado em relação aos filhos menores. Se o ausente deixar filhos menores e o cônjuge ou companheiro for falecido ou não puder exercer o poder familiar; os menores se equiparam a órfãos. Conforme prevê o artigo 1.728 do Código Civil: “Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.”

Colocados em tutela, o tutor dos menores poderá ainda ser o curador do ausente, caso o processo de ausência esteja na primeira fase.

Os efeitos da morte presumida também são identificados na esfera penal. Nos termos do art. 107, inciso I, do Código Penal, na hipótese do falecido ser parte em um processo penal em trâmite, como acusado, a punibilidade será extinta, pois não há mais a personalidade em razão do óbito:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- I - pela morte do agente;
 - II - pela anistia, graça ou indulto;
 - III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
 - IV - pela prescrição, decadência ou preempção;
 - V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
 - VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
 - VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;
- (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração;

(Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei. (BRASIL. Código Penal)

Além das consequências nas esferas civil e penal, o direito previdenciário também é abarcado na morte presumida. Caso o presumidamente morto for segurado do Instituto Nacional de Seguro Social, a legislação previdenciária ampara os dependentes, com um tratamento específico.

A Lei de Benefícios da Previdência Social, nº8.213/91, em seus artigos 74 e 78, abrange esses casos:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

I - do óbito, quando requerida até noventa dias depois deste; (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 1º Perde o direito à pensão por morte, após o trânsito em julgado, o condenado pela prática de crime de que tenha dolosamente resultado a morte do segurado. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 2º Perde o direito à pensão por morte o cônjuge, o companheiro ou a companheira se comprovada, a qualquer tempo, simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário, apuradas em processo judicial no qual será assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015). (BRASIL. Lei nº8.213/91)

Art. 78. Por morte presumida do segurado, declarada pela autoridade judicial competente, depois de 6 (seis) meses de ausência, será concedida pensão provisória, na forma desta Subseção.

§ 1º Mediante prova do desaparecimento do segurado em consequência de acidente, desastre ou catástrofe, seus dependentes farão jus à pensão provisória independentemente da declaração e do prazo deste artigo.

§ 2º Verificado o reaparecimento do segurado, o pagamento da pensão cessará imediatamente, desobrigados os dependentes da reposição dos valores recebidos, salvo má-fé. (BRASIL. Lei nº8.213/91)

Como o benefício tem caráter assistencial e alimentar, não é necessário que se espere o lapso temporal das fases da ausência até a decretação da morte presumida para que o benefício de pensão por morte seja concedido.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo do tema discorrido, observam-se as peculiaridades que envolvem este instituto. O processo de ausência é mais comum do que se imagina, por motivos decorrentes da sociedade atual, como a violência, distúrbios mentais e até insatisfação pela vida que o indivíduo leva. Desses motivos, pode-se obter uma importante diferenciação, se a ausência foi voluntária ou involuntária, sendo esta dependente da situação levando à presunção de morte.

Apesar de muitas culturas aceitarem a morte como um acontecimento inevitável da vida humana, os ocidentais nesse aspecto ainda não estão preparados para lidar com uma perda. Sobretudo quando essa perda é inesperada. O direito auxilia para que se concilie a emoção com a razão, amparando todos os envolvidos em uma determinada relação. A ausência que muitas vezes tem um caminho longo, perdurando por muitos anos, até a morte presumida do indivíduo, é um exemplo deste amparo anteriormente citado.

Esta disciplina que compõe o Código Civil é composta por fases. Fases estas que se caracterizam por proteger os interesses inerentes ao indivíduo ausente e aos seus herdeiros e sucessores.

Constatada a ausência de uma pessoa, inicia-se o processo de ausência com a fase da curadoria; este início busca a proteção dos bens do ausente, tendo ele, caso regresse, direito a todos os seus bens. Caso não retorne, o processo continua. Em todos os momentos a possibilidade de reaparecimento do indivíduo é abordada, sendo importante destacar que caso o ausente tenha deixado procurador ou mandatário, o tempo para que haja um desenvolvimento do processo se modifica. O mesmo acontece se o ausente tiver oitenta anos, e há pelo menos cinco anos não se tem notícias de seu paradeiro.

O processo de ausência durante todas as fases deixa evidente que o foco principal é com o patrimônio do ausente, não deixando que se perca ou pereça. Com esse foco, observa-se no decorrer das fases que essa proteção destinada ao bem muda de destino. A princípio, na fase de curadoria, nosso ordenamento jurídico visa na proteção do bem para o próprio ausente, pois há uma grande possibilidade de retorno. Já na fase de sucessão provisória, os interessados começam a ser evidenciados, equiparando a tutela ao direito do patrimônio, dando aos curadores a posse dos bens. Já na fase da sucessão definitiva, os interesses do ausente são substituídos pelos dos herdeiros, sendo ínfima a possibilidade de o ausente estar vivo, perdendo a propriedade dos bens deixados.

Ressalta-se que em todo o processo há a tentativa de contato com o ausente, para que caso esteja vivo, retorne à posse de seus bens. Mas visando a proteção de todos os envolvidos, o direito procede de forma isonômica.

ABSENCE PROCESS

Abstract

Absence is an institute present in the Civil Code and has great impact on the life of a person who disappears voluntarily or involuntarily. This impact is observed in all phases of the absence process, where the main focus is the assets of the absentee. In principle, the interests of the absentee are protected, prevailing over those of third parties. If there is no news or return, these interests are equated with those of the successors, extending until possession of the goods of the absent. All this procedure aims to protect the patrimony, not letting it perish, counting on the possibility and the consequences if the absent appears or not. If at last the absent does not return or is found dead, the interests of the successors are totally privileged, leading to a definitive succession of goods.

Keywords: Absence. Succession. Patrimony. Presumed death. Curatorship.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 Mar. 2017.

BRASIL. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 13 Mar. 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil. São Paulo: EDIPRO, 2015.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 Mai. 2017.

BRASIL. Enunciado número 97 da I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/728>>. Acesso em 27 Abr. 2017.

BRASIL. Lei de Registros Públicos. Lei nº 6.015/73. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015original.htm>. Acesso em: 16 Mar. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.213/91. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 07 Abr. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de família. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERREIRA, Aparecido. Novo Código Civil. São Paulo: Editora de Direito, 2003. .

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Parte Geral. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. Direito Civil: Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.