UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

AUSÊNCIA, MORTE PRESUMIDA E O NOVO CASAMENTO DO CÔNJUGE REMANESCENTE

KELLY EMANUELA DE SOUZA E SILVA

RIO DE JANEIRO
2008

KELLY EMANUELA DE SOUZA E SILVA

AUSÊNCIA, MORTE PRESUMIDA E O NOVO CASAMENTO DO CÔNJUGE REMANESCENTE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Ms. Vera Maria Paes de Barros Smid

RIO DE JANEIRO

2008

Silva, Kelly Emanuela de Souza e.
Ausência, morte presumida e o novo casamento do cônjuge remanescente / Kelly Emanuela de Souza e Silva. – 2008.
73f.

Orientadora: Vera Maria Paes de Barros Smid
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.
Referências: 06 f. 68-73.

1. Ausência e Presunção de morte - Monografias. I. Smid, Vera Maria Paes de Barros. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 342.1172

KELLY EMANUELA DE SOUZA E SILVA

AUSÊNCIA, MORTE PRESUMIDA E O NOVO CASAMENTO DO CÔNJUGE REMANESCENTE

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/ ____/ _____

Banca Examinadora:

_____
Vera Maria Paes de Barros Smid – Presidente da Banca Examinadora
Profª Ms.da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador(a)

_____
Nome completo do 2º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

_____
Nome completo do 3º Examinador
Prof. + titulação (caso tenha) + instituição a que pertence

A Deus, meu refúgio e fortaleza.
Ao meu pai Ronaldo, grande companheiro e amigo.
À minha irmã Lilica, cuja juventude me inspira.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Deus, pela sua fidelidade e amor nas tempestades da vida e por ter colocado pessoas maravilhosas na minha jornada.

Agradeço a minha orientadora, Profª Ms. Vera Maria Paes de Barros Smid, pelos conselhos, dicas e recomendações sempre úteis para o presente trabalho. Mas, principalmente pela atenção e compreensão nos momentos mais difíceis nessa empreitada.

Agradeço a minha grande amiga Bárbara dos Santos, pela mão e ombro amigos. Sem seu incentivo e carinho, a vida seria muito sem graça.

Agradeço, por fim, a todas as pessoas que me ajudaram ou que simplesmente colaboraram comigo, mesmo sem saberem.

(...) os Códigos são, e serão sempre, tentativas imperfeitas, fórmulas passageiras, soluções provisórias, onde o inacabado da obra dê bem idéia do gênio do artista, e da impotência de exprimi-lo na realidade objetiva.

(Spencer Vampré)

RESUMO

SILVA, Kelly Emanuela de Souza e. **Ausência, morte presumida e o novo casamento do cônjuge remanescente**. 2008. 73 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O trabalho elaborado procurou promover a reflexão sobre a dissolução do casamento por morte presumida com e sem declaração judicial de ausência e suas conseqüências. Em primeiro lugar, procurou-se conceituar e analisar os institutos da ausência e morte presumida, tanto sob a égide do Código Civil de 1916 quanto do Código Civil de 2002. Em seguida, delinearam-se as possibilidades de dissolução ou não do casamento do morto presumido e seu cônjuge, sob a ótica do estatuto civil de 1916, lei de divórcio e o vigente Código Civil. Por fim, procedeu-se a um estudo da falta de previsão legal no que tange a um eventual retorno do morto presumido, após o novo casamento do cônjuge remanescente. Foram abordadas as possíveis conseqüências legais desse retorno, à luz de alguns doutrinadores do direito pátrio, bem como de possíveis soluções jurídicas para pacificação dessa controvérsia.

Palavras-Chave: Ausência; Morte Presumida, Dissolução do Casamento; Retorno do morto presumido.

RESUMEN

SILVA, Kelly Emanuela de Souza e. **Ausência, morte presumida e o novo casamento do cônjuge remanescente**. 2008. 73 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

El trabajo trata de promover la reflexión sobre la disolución del matrimonio por muerte presunta con o sin declaración judicial de ausencia y sus consecuencias. En primer lugar, fue tratado de conceptualizar y analizar los institutos de ausencia y declaración de fallecimiento, tanto bajo la óptica del Código Civil brasileño de 1916 como del Código Civil de 2002. En segundo lugar, fueram expuestas las posibilidades de disolución del matrimonio o no del presuntamente muerto y su cónyge, desde el punto de vista del estatuto civil de 1916, la ley de divorcio y el Código Civil vigente. Por último, procedió a un estudio por la falta de previsión en la ley sobre un posible regreso del presuntamente muerto, después del nuevo matrimonio de su cónyuge. Fueran tratadas las posibles consecuencias jurídicas de ese regreso, a la luz de la teoría de algunos autores brasileños, así como las posibles soluciones jurídicas para apaciguar la controversia.

Palabras-llave: Ausencia; Presunción de muerte; Declaración de fallecimento; Disolución de Matrimonio; Regreso del presuntamente muerto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....10
1 **AUSÊNCIA E MORTE PRESUMIDA: UMA REFLEXÃO**.....12
1.1 **Da ausência**.....12
1.1.1 O conceito de ausência.....12
1.1.2 A relevância do instituto da ausência.....16
1.1.3 Aspectos históricos da ausência.....17
1.1.3.1 *Direito romano*.....18
1.1.3.2 *Direito germânico*.....20
1.1.3.3 *Direito medieval*.....20
1.1.3.4 *Ordenações do Reino no Direito brasileiro*.....21
1.1.4 Localização da matéria no direito brasileiro.....22
1.1.4.1 *O Código Civil de 1916 e O Código Civil de 2002*.....22
1.1.5 As fases da declaração de ausência.....24
1.1.5.1 *A Curatela do ausente*.....25
1.1.5.2 *A Sucessão Provisória*.....28
1.1.5.3 *A Sucessão Definitiva*.....30
1.2 **Da morte presumida**.....31
1.2.1 Morte presumida sem declaração judicial de ausência.....32
2 **A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO DO CÔNJUGE REMANESCENTE: UMA NOVA REALIDADE**..... 36
2.1 **Primeiras linhas** 36
2.2 **A impossibilidade de novo casamento do cônjuge remanescente no Código Civil de Beviláqua** 38
2.3 **A Lei do Divórcio e o novo Casamento do Cônjuge remanescente**.....40
2.4 **O Código Civil de Miguel Reale e o novo casamento do cônjuge remanescente**.....47
3 **O EVENTUAL RETORNO DO MORTO PRESUMIDO E O CASAMENTO DO CÔNJUGE REMANESCENTE**.....54
3.1 **As mudanças do art. 1.571 no Projeto de Lei do atual Código Civil**.....54

3.2 **As possíveis conseqüências jurídicas do retorno do morto presumido**.....57
3.2.1 Nulidade do segundo casamento.....58
3.2.2 Validade do segundo casamento.....60
3.3 **As possíveis soluções para a lacuna legal** 62
3.3.1 Revogação do § 1° do art. 1.571.....62
3.3.2 Inclusão de novo artigo após o art. 1.571.....65
CONCLUSÃO.....67
REFERÊNCIAS.....68

INTRODUÇÃO

É inegável a evolução da sociedade brasileira ao longo do século XIX, a progressiva mudança nos costumes, hábitos, conceitos e sobretudo no que tange à moralidade. Diante disso, muitos dispositivos legais do Código Civil de 1916 acabaram por se tornarem obsoletos. Com o sancionamento do Novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10/1/2002, as inovações, pelas quais a sociedade tanto ansiava, aconteceram, sobretudo, no direito de família.

Dentre tantas mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002, temos a morte presumida como causa de dissolução do casamento. A legislação anterior (Código Civil de 1916 e Lei do Divórcio – arts. 315, I e 2º respectivamente) somente consideravam a morte real como motivo do fim da sociedade e da dissolução do vínculo conjugal.

O Novo Código Civil, em seu art. 1.571, § 1º, passou a contrariar o art. 315, parágrafo único, do Código Civil de 1916 e o art. 2º da Lei de Divórcios. Os últimos excluíam, de maneira expressa, a morte presumida como causa de dissolução do matrimônio. Em outras palavras, mesmo a ausência sendo extremamente duradoura, ela não tinha o poder de dissolver o casamento. Para muitos doutrinadores, esta regra era considerada cruel, tendo em vista a impossibilidade do divórcio à época, imputando, assim, ao cônjuge remanescente a impossibilidade de viver um novo amor na sua plenitude, e de constituir uma nova família.

Com a Lei de Divórcios (Lei nº 6.515, de 1977), em seu art. 54, o instituto da morte presumida continuou a não ser causa de dissolução de vínculo matrimonial. Assim, se o cônjuge remanescente desejasse se casar novamente seria necessário que o mesmo promovesse o divórcio, perdendo, assim, seu direito à sucessão.

Portanto, com o advento do Novo Código Civil, o vínculo conjugal se dissolve pelo divórcio e pela morte de um dos cônjuges, seja esta real ou presumida dos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura definitiva. Entretanto, o mesmo traz à baila uma grande problemática: acerca do futuro do cônjuge "viúvo" se o então presumido morto retornar após o casamento do primeiro. Como ficarão o primeiro e o segundo casamento? A presunção de morte é absoluta ou relativa? Qual deverá ser o posicionamento do nosso direito? Infelizmente, o Código pátrio, ao contrário dos Códigos alemão e italiano, não vislumbra os

efeitos de um possível retorno do “morto”, gerando, assim, uma grande controvérsia entre nossos doutrinadores.

Sendo assim, a relevância do trabalho é firmada no propósito de promover uma reflexão ao tema, bem como contribuir para o rol de iniciativas nessa área.

Isso posto, anuncia-se a estrutura em que este estudo encontra-se organizado, a seguir descrito. No primeiro momento, procura-se conceituar, descrever, analisar e problematizar dois importantes institutos da nossa ordem jurídica: a ausência e a presunção de morte. Nesse momento procura-se detalhar a essência de ambos os institutos nos Códigos Civis de 1916 e de 2002, objetivando-se, com isso um entendimento mais aprofundado a respeito das peculiaridades que envolvem tais temas.

No segundo momento, sob as perspectivas do estatuto civil de 1916, Lei de Divórcio e do legislador do Código Civil de 2002, pretende-se analisar as possibilidades de dissolução ou não do casamento do cônjuge do morto presumido .

Por fim, no terceiro momento, proceder-se-á ao estudo de uma grande lacuna normativa do atual Código Civil: que envolve o possível retorno do cônjuge dado como "morto" após novas núpcias do viúvo presumido, tendo em vista os posicionamentos doutrinários do direito pátrio.

1 AUSÊNCIA E MORTE PRESUMIDA: UMA REFLEXÃO

Em nosso ordenamento jurídico, os institutos da ausência e morte presumida são de suma importância no que tange à proteção patrimonial do ausente ou do morto presumido. Tanto o Código Civil de 1916 cuidava quanto o Código Civil de 2002 trata desse assunto. Entretanto, percebem-se mudanças na visão e no tratamento dos referidos institutos. Inicia-se, assim, uma reflexão a respeito dos mesmos, numa análise minuciosa de como ambos são vistos na lei brasileira, ressaltando também as mudanças de um código para o outro. Primeiramente, proceder-se-á a uma investigação desses institutos de maneira desconectada do objeto da pesquisa. Seria, na verdade, uma reflexão dos assuntos ligados à Parte Geral do Código Civil, uma forma de percebê-los em sua essência para que assim o objeto de estudo – a dissolução do casamento por morte presumida e um possível retorno do "morto" após as núpcias do viúvo – seja amplamente entendido.

1.1 Da ausência

1.1.1 O conceito de ausência

A ausência, em sentido amplo, segundo Hélio Borghi, "é tão somente a falta ou a não-presença de algo ou alguém"[1]. Todavia, em sentido estrito, ou melhor, como instituto jurídico, nas palavras do Professor Francisco Amaral, ausência "é a situação da pessoa que desaparece de seu domicílio sem deixar representante, provocando incerteza jurídica sobre sua existência"[2]. Já para o mestre Clóvis Beviláqua uma pessoa pode ser considerada ausente quando a mesma é aquela "cuja habitação se ignora ou de cuja existência se duvida e cujos bens ficaram ao desamparo"[3]. Em outras palavras, tal instituto traduz a preocupação do Estado com o possível abandono dos bens do ausente, de seus credores e do próprio Estado.

---

[1] BORGHI, Hélio. **Controvérsias sobre o instituto da ausência**. São Paulo. Disponível em: < http://www.irib.org.br/biblio/borghi1.asp>. Acesso em: 10 ago. 2008.

[2] AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 213.

[3] BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3.ed. Ministério da Justiça e Negócios interiores. Serviço de Documentação, 1966. p. 86.

Nesse sentido, o Professor San Tiago Dantas, em suas aulas de Direito Civil – Parte Geral, iniciava de maneira bastante interessante o estudo da ausência. Primeiramente, o referido professor explicava toda importância do domicílio da pessoa no direito, os efeitos que a determinação do domicílio causa na ordem jurídica (como por exemplo, as ações devem ser propostas no domicílio do réu e é no domicílio que se abre a sucessão do falecido). Em um segundo momento, o mesmo lança a seguinte questão: "Vamos ver o que acontece quando uma pessoa desaparece do seu domicílio e não dá notícias"[4]. Diante de tal assertiva, o professor tocava no âmago do instituto da ausência: **o desaparecimento da pessoa de seu domicílio, sem dar notícias.**

Alguns outros autores ao conceituar ausência entram no objetivo maior do instituto, a proteção patrimonial[5]. Dentre eles, pode ser citada a Professora Maria Helena Diniz,

> ausência é o instrumento jurídico pelo qual se protegem os interesses daquele que se afastou de seu domicílio, sem deixar procurador ou representante e do qual não há notícias, instituindo-se uma curatela. **A fim de evitar o perecimento do seu patrimônio**, procura-se transmiti-lo aos herdeiros, promovendo sua utilidade coletiva (grifo nosso)[6].

A questão de se atribuir ao instituto da ausência um caráter essencialmente patrimonialista foi muito criticada ao longo da vigência do Código Civil de 1916[7]. Paulo Dourado de Gusmão conceituava, assim, a ausência como *"*instituto de proteção dos bens de ausente **e dos direitos e interesses de seu cônjuge e herdeiros**"(grifo nosso)[8], criticando o citado autor, como questão mais grave, o fato de a ausência não permitia ao outro cônjuge novo casamento, ou seja, o legislador, à época, estava muito mais preocupado com os bens do ausente, do que com o caráter pessoal e emocional do cônjuge.

---

[4] DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**: teoria geral / taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. 3.ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino...[et al.] Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 161.

[5] José Acir Lessa ensina assim: "Sob o ponto de vista processual, faltaria interesse de agir na propositura de ação com o escopo de declaração de ausência de pessoa que não possui patrimônio para ser administrado, devendo a inicial ser indeferida por falta de uma das condições da ação. O mesmo, contudo, não ocorre em caso de existência de pensão deixada pelo ausente a parente ou outro beneficiário". (GIORDANI, José Acir Lessa. **Curso Básico de Direito Civil** – Parte Geral. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 117).

[6] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 156.

[7] O revogado Código se limitava a regulamentar a sucessão de bens do ausente, tratando apenas no art. 463, a questão dos efeitos da ausência sobre as relações familiares.

[8] GUSMÃO, Paulo Dourado de., *apud* COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Ausência, Presunção de morte e novo casamento do cônjuge remanescente: questionamentos sobre uma nova realidade. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 10.

Quanto à sua natureza jurídica, pode-se dizer que a ausência se trata de uma situação jurídica especial para uns doutrinadores[9], ou de um modo de extinção presuntiva de personalidade humana, para outros[10]. Dessa forma, Sílvio Rodrigues ensina assim:

> Duas atitudes são possíveis em face da ausência. A primeira, ditada pela possibilidade de o ausente estar vivo, se revela pela necessidade de lhe preservar os bens, tendo em vista a defesa de seu interesse; a segunda, encarando a possibilidade de o ausente ter falecido, visa atender o interesse de seus herdeiros, que, por sua morte, teriam se tornado senhores de seu patrimônio[11].

Apesar de todas essas explicações acerca do instituto da ausência, ele ainda sofre certos problemas conceituais, por exemplo quando se confunde ausência com o mero desaparecimento. É a partir do desaparecimento da pessoa que a ausência (instituto) é notada, porém este simplesmente não é o único elemento a compor o conceito legal da mesma.

Tendo como norte os art. 22 e 23 do Código Civil de 2002, percebe-se a real motivação do referido instituto, os mesmos expõem assim:

> Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicilio **sem dela haver noticia**, **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.
> Art. 23. Também se declarará a ausência, e se nomeará curador quando o ausente deixar mandatário **que não queira ou não possa exercer** ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes (Grifos nossos)[12].

Uma razão para essa confusão entre ausência e desaparecimento ou uma simples não-presença em domicílio é apontada por Washington de Barros Monteiro[13]pelo fato de o direito, algumas vezes, empregar o vocábulo ausência no sentido lato, o que pode causar tal equívoco conceitual. Servem, como exemplo disso, os arts. 428, I e III do Código Civil e o art. 999 do Código de Processo Civil[14].

---

[9] CAPITANT, Henri. **Introduction a l'Etude du Droit Civil**. Paris, 1911. p. 106, *apud* AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 213.
[10] TOBEÑAS, José Castan. **Derecho Civil Espanhol, Comun y Foral**. Madri. p. 291, *apud* AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 213.
[11] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** direito de família. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 6. p. 421.
[12] A Professora Maria Helena Diniz resume o art. 22 do Código assim: "Tem-se a ausência quando alguém desaparece de seu domicílio, sem dar notícias de seu paradeiro e sem deixar representante ou procurador. Sendo declarado como ausente pelo magistrado, institui-se sua curatela". (DINIZ, Maria Helena. Op. cit.. p. 156)
[13] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 36ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 114.
[14] Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:
I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;
II - se, feita sem prazo a pessoa **ausente**, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;
III - se, feita a pessoa **ausente**, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

Assim, é fundamental, ainda, para a configuração da ausência, a falta de notícias da pessoa ausente. Na verdade, essa falta deve gerar dúvida sobre a existência da mesma, conforme o ensinamento de Serpa Lopes que fora reproduzido pelos autores do Código Civil interpretado conforme a Constituição da República:

> ao comentar o art. 88 da LRP, Serpa Lopes levanta pontos que distinguem o desaparecimento de pessoas do instituto da ausência: "Na ausência, o desaparecimento da pessoa não induz uma certeza de morte. Ao contrário, o seu ponto nodal é precisamente a incerteza. No caso de desaparecimento das pessoas de que agora se cogita não há uma ausência, um de desaparecimento gerando uma dúvida, mas um desaparecimento cercado de circunstâncias tais que indiretamente podem dar certeza da morte"[15].

Por tanto, para ser considerada a ausência, há de se seguir uma fórmula[16]. A não-presença da pessoa natural, acompanhada de total falta de notícias[17], sendo requisito fundamental a decretação da ausência por meio de decisão judicial. José Antônio de Paula Santos Neto acrescenta que cabe a ausência ser reconhecida judicialmente quando houver:

a) bens em abandono, sem representante ou procurador que os administre;
b) renúncia do mandatário;
c) impedimento do procurador ou representante;
d) decurso do prazo de validade da procuração;
e) decurso do prazo máximo de 4 (quatro) anos se o desaparecido deixou representante ou procurador com mandato por prazo indeterminado; e
f) requerimento, quando não houver patrimônio, de quem tenha efetivo interesse[18].

Conforme, José Serpa de Santa Maria,

> ausência deriva do vocábulo latino *absentia*, comporta dois sentidos muito genéricos que, na linguagem em uso, é a negação da presença de certa pessoa no local esperado. Seria o não comparecimento da pessoa no local para o qual sua presença foi convocada[19].

Assim, há ainda uma outra problemática conceitual a respeito da ausência: a confusão entre a mesma e o instituto da revelia. A ausência, em questão no presente trabalho, não deve

---

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.
Art. 999. Feitas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e partilha, o cônjuge, os herdeiros, os legatários, a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou **ausente**, e o testamenteiro, se o finado deixou testamento (Grifos nossos).

[15] LOPES SERPA, Miguel M. de. **Tratado dos Registro Públicos**. Rio de Janeiro: Liv. Freitas Bastos, 1955. v 1. p. 333, *apud* TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, H.H e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23

[16] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 40.ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 120.

[17] Conforme ensinamento de San Tiago Dantas, "Se, de vez em quando, esta pessoa mandar uma carta, ora de um lugar, ora de outro, de tal maneira que há incerteza do lugar, mas não quanto à sua existência, não figura entre os ausentes."(DANTAS, San Tiago. Op. cit. p.161.)

[18] SANTOS NETO, José Antônio de Paula. **Da ausência**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 367, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. **A Ausência no Novo Código Civil**. 1.ed. São Paulo: RCS, 2008. p. 31.

[19] SANTA MARIA, José Serpa de. **Curso de Direito Civil** – direito de família. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. VIII, 2001. p. 364, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 34.

ser confundida com a hipótese prevista no art. 9º, I do Código de Processo Civil[20]. No referido dispositivo está claro que aquele que é citado por edital ou por hora certa e não comparece em juízo para se defender será qualificado como ausente e lhe será nomeado um curador especial, cuja responsabilidade é defender os interesses desse ausente. Como bem lembrado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, essa disposição legal existe para que não haja a quebra do princípio da ampla defesa e do contraditório[21].

Em tempo, faz-se necessário fazer uma distinção terminológica entre os referidos institutos. A ausência é matéria de direito subjetivo, ao passo que a revelia pertence ao direito objetivo. O primeiro "corresponde à possibilidades ou poderes de agir, que a ordem jurídica garante a alguém", já o segundo "é norma de organização social"[22].

1.1.2 A relevância do instituto da ausência

A ausência como instituto jurídico não teve tratamento adequado nem pela legislação brasileira e nem pelos doutrinadores ao longo do tempo. Livros sobre o assunto são escassos e as páginas dedicadas ao referido instituto nos livros de Curso de Direito Civil são econômicas, por que não dizer, poucas. Uma das razões para esse descaso, pode ser explicada por Washington de Barros Monteiro:

> Raros, mui raros mesmo, são os casos de ausência no direito moderno, **podendo atribuir-se o fato à facilidade cada vez maior dos meios de transporte e das comunicações**, assim como à boa organização diplomática, que facilita o contato do indivíduo com seu país de origem.
> Se nos dermos ao trabalho de compulsar relatórios de jurisprudência, verificaremos a exatidão do conceito de Laurent, de que há anos inteiros em que não se depara uma única decisão sobre ausência (grifo nosso)[23].

Todavia**,** acidentes, amnésias e cataclismos naturais acontecem todos os dias, em todos os cantos do mundo. Os homicídios e seqüestros nas grandes cidades, as guerrilhas urbanas,

---

[20] Art. 9º O juiz dará curador especial:
I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele;
II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.
Parágrafo único. Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial.

[21] NERY JR, Nelson Nery; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 167.

[22] NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 89.

[23] MONTEIRO, Washington de Barros. 2005. Op. cit. p. 119.

os conflitos bélicos[24] pelo mundo, os cemitérios clandestinos, a queima de corpos e muitas outras formas de violência no mundo moderno têm acarretado o desaparecimento de milhares de pessoas todos os anos, gerando dor aos seus familiares. Estes, além de não terem certeza em relação à morte de seus entes queridos, merecem receber a adequada proteção dos ordenamentos jurídicos. Como exemplo dessa importância, temos algumas iniciativas "como a Lei da Anistia (Lei 6683/79) e, posteriormente, a Lei n° 9140 / 95, que objetivaram dar tratamento adequado à matéria *sub examen*, e atender também aos familiares dos desaparecidos políticos"[25].

Pelo fato de milhares de pessoas desaparecem todos os anos e pela ausência trazer situações de desconforto emocional, obrigacional e patrimonial, cabe, assim, ao Estado, por meio das leis, proteger não só os possíveis bens deixados pelo ausente, mas também seus familiares.

1.1.3 Aspectos históricos da ausência

Em primeiras linhas a respeito das possíveis origens do instituto da ausência, José Antônio de Paula Santos Neto ensina que a antigüidade mais remota não deixou informações sobre a ausência como instituto jurídico[26]. O autor ressalta o papel dos textos o *Saltério*[27] e a *Odisséia*[28] como os precursores no tocante à ausência.

O autor em tela faz referência ao Salmo 89:10 e destaca a idéia de que oitenta (80) anos seriam a presunção de vida dada pelo criador, fazendo remissão ao art. 482 do Código Civil revogado (art. 38 do vigente Código Civil), que permite que seja requerida a sucessão

---

[24] Sílvio Venosa considera que "guerra é um termo que deve ser entendido com elasticidade, pois deve compreender também revolução interna e movimentos semelhantes como, por exemplo, exercícios bélicos." (VENOSA, Sílvio. **Direito Civil**.p.190, *apud* TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, H.H e MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. p. 23.)

[25] GAMA, José de Souza. **Curso dinâmico de Direito Civil** – Parte Geral. Rio de Janeiro: J. de Souza Gama, 2004. p. 206.

[26] SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Op. cit. p. 7, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 6.

[27] "O saltério é o conjunto dos 150 salmos da Bíblia. É prática litúrgica, tanto entre judeus quanto cristãos, o uso de salmos do Saltério como cânticos entoados pela congregação." (Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Salt%C3%A9rio_(B%C3%ADblia)> . Acesso em: 10 ago. 2008).

[28] A Odisséia de Homero, provavelmente do fim do século VIII a.C., é marcada pela idéia de ausência em sentido lato. O herói Ulisses demorou vinte anos em sua viagem de volta ao lar, sendo dado como morto. Enquanto, o mesmo lutava nos mares para retornar à Ítaca, Penélope, sua esposa, acreditando em seu retorno, protelou a escolha de um dos de seus vários pretendentes ao matrimônio, além de ver o patrimônio de seu marido sendo dilapidado.

definitiva quando o ausente contar com oitenta anos, desde que datem cinco anos a sua última notícia. Por fim, José Antônio de Paula Santos Neto, ensina assim:

> Fato é que o salmo 89, apesar de seus aspectos de cunho moral, ético e religioso e de não estar baseado em um enfoque propriamente jurídico, provoca meditação sobre os limites temporais da vida da pessoa, aspecto este, atualmente, considerado na fixação etária adotada pelo novo Código Civil brasileiro em seu artigo 38(...)[29].

Segundo José Antônio, Homero, ao tratar da viagem de Ulisses para guerra, determinou o prazo de vinte anos de ausência de seu protagonista, quando de sua volta, após a maioridade de seu filho Telêmaco, como marco inerente à ausência definitiva. Sendo este prazo consagrado pelo art. 481 do revogado Código Civil, e reduzido à metade pelo art. 1.167, II do Código de Processo Civil e pelo art. 37 do vigente Código Civil.

1.1.3.1 *Direito Romano*

Pode-se entender como direito romano,

> o conjunto de regras jurídicas que vigoraram no Império romano, desde a fundação da cidade, em 754 a.C. até a morte do Imperador Justiniano em 565 d.C. Outros entendem que o direito romano são as regras jurídicas contidas no *Corpus Júris Civilis*, que é a compilação das leis reunidas em um só código (*Codex*), ordenado pelo Imperador Justiniano no século VI de nossa era[30].

Washington de Barros Monteiro[31], Hélio Borghi[32] e Francisco Amaral[33] entendem que o direito romano, tal qual foi conceituado, era omisso quanto ao instituto da ausência.

---

[29] SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Op. cit. p. 9, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 7.
[30] EDUARDO, Pessoa. **História do direito romano**. São Paulo: Habeas, 2001. p. 19, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 9.
[31] Washington de Barros Monteiro entende que: "O direito romano não continha disposição sobre a teoria da ausência, embora já conhecesse a *cura bonorum absentis*. Trata-se de instituto jurídico relativamente moderno, havendo que como Ricci afirme ser ele fruto da Revolução Francesa". (MONTEIRO, Washington de Barros. 2005. Op. cit. p. 119)
[32] Hélio Borghi afirma que: "no direito romano encontramos algumas disposições referentes a não-presença de alguém na localidade onde exercia suas atividades, não tendo sido conhecida a ausência em sentido estrito, que é, segundo a maioria dos autores presume, de origem medieval..." (BORGHI, Hélio. **A ausência vista atualmente e no futuro Código Civil**. RDP: 2202, 10:39 (2002), p. 40, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 11.
[33] Francisco Amaral afirma que: "Embora já se encontrem no direito romano indícios de tal preocupação [*curator bonorum absentis* e a *actio hereditatis petitio*], os romanos não disciplinaram a matéria. Uma regulamentação sistemática e institucional só se encontra nos Códigos civis modernos devido às guerras na Europa que, causando grande número de desaparecidos, e conseqüentes problemas quanto à administração de seus bens, tornaram necessário o estabelecimento de normas que protegessem os interesses dos ausentes." (AMARAL, Francisco. Op. cit. p. 213)

Todavia, há outros doutrinadores que discordam dessa omissão entendida pelos referidos autores.

Para esses autores, a negligência em relação ao instituto da ausência é apenas aparente. Nesse sentido, cabe levantar a constatação de Limonge França sobre a presença (e não omissão) dos curadores aos prisioneiros de guerra, aos ausentes por motivo oficial e para certo negócio (em que o ausente poderia estar interessado) na compilação das leis de Justiniano.[34] Outro escritor que também defende as origens do ausente já no direito romano é José Antônio de Paula Santos Neto. Este constata que a ausência, *stricto sensu*, na qual se cogita a própria sobrevivência da pessoa (desaparecida), está sistematizada (de forma carente) na Novela de Justiniano[35] e no Digesto[36].

Vale lembrar ainda que nos livros 7,1,56 e 33,2,8 do *Digesto*, há a importante instituição da presunção de vida até os cem (100) anos do nascimento. Esta exagerada extensão do lapso anuncia o caráter essencialmente patrimonial de tal presunção. Já o direito germano antigo não tinha interesse nessa longa presunção de vida do ausente, como poderá ser visto a seguir.

---

[34] FRANÇA, Limongi Rubens. **Manual de direito civil**. São Paulo:RT, 1973, v. I, tomo II, livro III, p. 172, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 12.

[35] Segundo Francisco Amaral, "As *Novallae* (Novelas), de 535 a 565 d.C., são um conjunto de constituições novas (*novelas, leges novas*), promulgadas depois do Código, versando matéria principalmente de Direito público." (AMARAL, Francisco. **Introdução ao direito romano**. 4.ed. UFRJ – Sub-Reitoria de Ensino de Graduação e Corpo Discente, 1996. p. 37) . Cabe dizer que o capítulo da Novela em questão é Nov. 117,9 (Novela nº 117, capítulo 9º). A mesma trata sobre a não dissolução do liame matrimonial, quando o marido desaparecia em campanha bélica, não podendo a mulher se casar novamente.

[36] "Os *Digesta* ou *Pandectae* (Digesto cujo nome é do séc. XII ou *Pandectas*), terminadas em 533 d.C., são uma exposição ordenada e sistemática, de caráter enciclopédico, formada por fragmentos de obras de grandes juriconsultos." (AMARAL, Francisco. Ibid. p. 36)
Por exemplo, no D. 7,1,56 (*Digesto,* livro 7º, título 1º, fragmento 9º), José Antônio de Paula Neto aduz que "desaparecendo o pai e tornando-se este de existência duvidosa, ficava o filho livre para contrair matrimônio". (SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Op. cit. p. 21, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 13.)

1.1.3.2 *Direito germânico*

A propriedade imobiliária entre os germanos era coletiva, isto é, vigorava o conceito de propriedade familiar a qual seu titular não era um indivíduo, mas uma família. Assim, a figura dos curadores e da sucessão não existia. Tal circunstância ajudou no estabelecimento de normas mais brandas que aquelas encontradas no direito romano. A ausência "não gerava, no direito germânico, nenhuma perplexidade no tocante à transmissão da propriedade"[37].

Nesse pensamento, no direito germânico, diferentemente do direito romano, o lapso necessário para o reconhecimento da morte presumida do ausente ficava entre sete (07) e quarenta (40) anos, de acordo com as características do caso[38].

1.1.3.3 *Direito medieval*

Na Idade Média, havia duas representações jurídicas referentes à ausência. Uma representação (As *Siete Partidas*) era baseada na legislação instituída por Afonso X, já a outra era decorrente do trabalho dos glosadores.

As *Siete Partidas* são o resultado da mistura entre as visões romana e germânica. O enfoque romano tendia a preservar os bens do ausente por meio de uma extensa presunção de vida. Ao passo que os germanos exigiam um prazo menos longo para o reconhecimento da morte presumida[39]. "De acordo, com as *Siete Partidas*, (Lei XIV do Título XIV da Terceira Partida) passados dez anos da ausência, será dispensada a prova de morte, bastando a voz corrente"[40].

As escolas de glosadores, que trataram do tema, sistematizaram e regulamentaram antigos princípios do direito romano, em especial a curatela que se destinava a proteção do patrimônio do ausente - *cura bonorum absentis* [41].

1.1.3.4 *Ordenações do Reino no Direito brasileiro*

[37] SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Op. cit. p. 28, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 15.
[38] Ibid. p. 29, *apud* Loc. cit.
[39] Ibid. p. 32, *apud* Ibid. p.18.
[40] PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 18.
[41] SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Op. cit. p. 33, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 18.

Ensina Miguel Reale que com o desenvolvimento da civilização capitalista e todas as complexidades inerentes à mesma, o direito costumeiro não conseguia ser mais suficiente. Assim, os reis tiveram que fazer a coordenação ou ordenação das leis dispersas. As primeiras consolidações de leis e normas consuetudinárias se chamavam Ordenações[42]. A seguir um breve relato de Reale sobre cronologia das Ordenações portuguesas:

> a primeira das Ordenações portuguesas foram as *Afonsinas*, publicadas por D. Afonso V (1446); seguidas pela *Manuelinas*, compiladas no reinado de D. Manoel (1512-1521). Finalmente, quando Portugal passou ao domínio da Espanha, adotamos as Ordenações *Filipinas* (1603) cujos preceitos de Direito Civil, embora profundamente alterados e atualizados, sobretudo graças à Consolidação das Leis Civis elaborada por Teixeira de Freitas, vigoraram, no Brasil, até 1916, quando entrou em vigor o nosso atual Código Civil[43].

As primeiras Ordenações do Reino de Portugal, as *Afonsinas*, já tratavam sobre a instituição de curadoria para o ausente. Mais precisamente no Título 94 do Livro IV das referidas Ordenações eram explicitadas as questões da ausência, conforme pequeno trecho a seguir: "*Do Curador, que he dado aos beens do aufente, e aa herança do finado, a que nom He achado herdeiro*"[44]. As Ordenações posteriores, as *Manuelinas e Filipinas*, seguiram reproduzindo o mandamento quanto à questão do ausente. A única ressalva a se fazer é que uma pequena complementação foi feita pelas Ordenações *Manuelinas*, ao introduzirem a mesma questão no Título LXIX de seu Livro I. Enquanto nas primeiras Ordenações o curador deveria arrecadar os bens do ausente, nas Manuelinas consta arrecadar e **administrar** os bens do ausente[45].

Vale ressaltar que tal norma só veio deixar de ser aplicada a partir da vigência do Código Civil de 1916.

1.1.4 Localização da matéria no direito brasileiro

[42] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 150.
[43] Loc. cit.
[44] SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Op. cit. p. 36, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 21.
[45] Ibid. p. 37, *apud* Ibid. p. 22.

As legislações contemporâneas se dividem em dois grupos no que diz respeito à ausência. Há o grupo que adota de maneira expressa o referido instituto, tipo francês, e outro grupo que prefere uma simples presunção de morte. Ao lado desses grupos, há um terceiro que aglutina os anteriores. Na primeira fase, consagram-se medidas peculiares ao instituto da ausência, para na segunda fase completá-las com a declaração judicial de morte do ausente. Este terceiro grupo é o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tanto pelo Código Civil de 1916 quanto pelo Código Civil de 2002[46].

1.1.4.1 *O Código Civil de 1916 e O Código Civil de 2002*

No Código de Beviláqua, o instituto da ausência era previsto em sua Parte Especial no Livro I – "Do direito de família"[47]e qualificado no rol dos absolutamente incapazes, no art.5º (Parte Geral):

> Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
> I - os menores de 16 (dezesseis) anos;
> II - os loucos de todo o gênero;
> III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade;
> **IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz**.

Quanto a essa inclusão dos ausentes entre os absolutamente incapazes por parte do legislador do Código revogado, havia uma séria discussão. O professor Caio Mário entendia essa inclusão como "uma deformação conceitual cientificamente injustificável":

> A linguagem legal de 1916 é, porém, inadequada, pois não existe uma incapacidade por ausência, mas uma necessidade de resguardo dos interesses do que se ausenta, assentada em razão lógica irrecusável: a impossibilidade material de cuidar este de seus bens e de seus interesses e conseqüente impraticabilidade jurídica de se conciliar o abandono domiciliar com a conservação dos direitos[48].

Para Arnaldo Rizzardo, tal entendimento do legislador era um erro:

---

[46] MONTEIRO, Washington de Barros. 2005. Op. cit. p. 119-120.

[47] Art. 463 do Código Civil de 1916 e seguintes. Clóvis Beviláqua defende o enquadramento da curadoria dos ausentes na parte do direito de família assim: "A curadoria dos ausentes e as regras jurídicas aplicáveis para a determinação da ausência são geralmente expostas no direito de família, porque é na família que mais diretamente se fazem sentir os interesses ligados às pessoas e aos bens dos incapazes, e porque a curatela está em conexão com os desvelos, que a família é chamada a dispensar aos que necessitam deles por enfermidade mental". (BEVILAQUA, Clóvis. Op. cit. p. 86.)

[48] PEREIRA, Cáio Mário da Silva. **Instituições de direito civil***:* introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*.* 19ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1. p. 161.

> Na verdade, o ausente não é incapaz, tanto que, ao reaparecer, passa a exercer todos os atos da vida civil. Reassume a administração do seu patrimônio, e convalida aquilo que eventualmente tenha realizado. Por isso, durante o lapso da ausência, ocorre mais a interrupção do exercício do comando ou da direção do patrimônio. No local onde se encontra, tudo o que prossegue o indivíduo a realizar mantem-se válido, o que demonstra a impropriedade do tratamento dado pela lei[49].

Sílvio Rodrigues pondera tal discussão assim:

> Os ausentes, declarados tais por ato do juiz. Ensina Vicente Ráo (O Direito e a vida dos Direitos, v.1, n. 71), com a habitual razão que há impropriedade de linguagem na inclusão do ausente entre os incapazes, pois o conceito de incapacidade não se coaduna, como é óbvio, com o de pessoa ausente. A seu ver, **o Código quis apenas determinar que ausência, judicialmente declarada, autoriza a instituição da curatela, para a proteção dos interesses e direitos do ausente** (grifo nosso)[50].

À época da vigência do revogado Código, o Professor Hélio Borghi trouxe uma contribuição quanto à divergência dos doutrinadores civilistas no que tange à localização do instituto da ausência:

> A ausência e a morte presumida, como se vê, estão dispostas esparsamente na legislação brasileira, discutindo os doutrinadores acerca da exata localização do instituto, entendendo alguns correta a inserção da ausência no Livro do Direito de Família como ocorre atualmente; outros autores entendendo mais consentâneo o tratamento do instituto na Parte Geral, no local referente às Pessoas Físicas, como faz o Projeto n. 118/84, arts. 7º, e 22/39, e fazia o Projeto de Código Civil, de 1963, de Orlando Gomes; e uma terceira corrente, com maior procedência no nosso entender, defendendo a colocação da matéria no Livro do Direito das Sucessões[51].

A ausência é sobretudo uma questão processual. Assim, o Código de Processo Civil também enfoca a matéria no Livro IV – "Dos Procedimentos Especiais" (art.1159 do Código de Processo Civil e seguintes), alterando de forma substancial as disposições do revogado Código quanto aos prazos[52]. O desacordo entre os prazos, diante do antigo Código Civil e o Código de Processo Civil, teve fim com o advento do Novo Código Civil, o qual teve os prazos igualados aos da lei processualista.

Diante de tais discussões, percebe-se que a inclusão do ausente entre os absolutamente incapazes, no Código revogado, é considerada um erro técnico, pois o ausente não é incapaz,

---

[49] RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 202.
[50] RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 50.
[51] BORGHI, Hélio. **Controvérsias sobre o instituto da ausência**. Op. cit.
[52] Vale lembrar que como ordena o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, o estatuto processualista deve prevalecer sobre o Código Civil, naquilo que se contradizem, inclusive no que tange aos prazos.

já que este não é possuidor de nenhuma deficiência natural. Tanto que o mesmo reaparecendo, poderá praticar todos os atos da vida civil[53].

Em face das críticas, a ausência deixou de ser prevista como uma das hipóteses de incapacidade no vigente Código Civil, passando a matéria a ser tratada no Capítulo III, da Parte Geral , no Livro I - "Da Ausência"[54], como continuidade lógica das questões relativas à pessoa.

Por fim, cabe dizer que a ausência na Parte Geral do Novo Código segue a mesma linha do Código anterior. O processo de ausência continua a ser dividido em três momentos[55].

Pode ser observado também que no atual Código à medida que o tempo passa mais direitos sobre os bens do ausente são concedidos, pois menos provável se torna o regresso da pessoa ausente.

1.1.5 As fases da declaração de ausência

Inicialmente, é necessário explicar que nesta fase do trabalho será estudada a morte presumida com declaração de ausência. Já o conceito de morte presumida será abordado posteriormente.

Os efeitos patrimoniais da ausência são ressaltados na lei. O legislador ao delimitar prazos, demonstrou muita cautela, já que procurou visualizar o retorno do ausente e sempre beneficiando este.

Assim, as normas acautelatórias para o processo de decretação de ausência encontram-se nos arts. 26 e seguintes do Código Civil, desdobrando a proteção em três fases: a curatela do ausente, a sucessão provisória e a sucessão definitiva, que irão ser tratadas nos itens seguintes. Nesse tom, há o ensinamento do Des. Getúlio Moraes Oliveira, da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

---

[53] Conforme ensina José Acir Lessa Giordani: "imaginemos que alguém tenha abandonado sua família, seu patrimônio, decidindo assumir outra vida. Se, por exemplo, comprar um automóvel, casar-se ou realizar um outro negócio jurídico, desde que não o faça em contraposição a algum dispositivo legal, não haverá qualquer invalidade, pois não terá perdido a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações por si só (capacidade de fato)". (GIORDANI, José Acir Lessa. **Curso Básico de Direito Civil** – Parte Geral. 4ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 116.)

[54] Art. 22 do Código Civil de 2002 e seguintes.

[55] "No primeiro deles, o legislador protege o ausente, nomeando-lhe um curador, para que seus bens sejam administrados, caso ele volte. No segundo momento, protege os sucessores do ausente, para que possam tomar posse dos bens deixados, e no terceiro momento esquece do ausente, considerando como se morto estivesse." (BORGES, Adriana da Cunha. **Lições Preliminares de Direito Civil** - parte geral – obrigações – contratos – atos unilaterais. Goiânia: AB, 2008. p. 9)

> Como já foi observado, a ausência prevista no Código Civil é um procedimento longo, em três etapas, cabível no caso genérico de desaparecimento de alguém, sem dar notícias ou deixar procurador para lhe administrar os bens. A declaração de ausência revela apenas a *suspeita* referente à morte e ao paradeiro da pessoa, não servindo como prova *objetiva* de óbito. (TJ/DFT – Apelação Cível nº 145735 – Rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira. – Julgado em 04/10/2001 e publicado em DJ 14/11/2001)

1.1.5.1 *A Curatela do ausente*

Maria Helena Diniz[56] ensina que a curatela do ausente é a fase "em que se dá a caracterização da ausência por sentença declaratória, que deverá ser registrada no cartório do domicílio anterior do ausente (Lei n. 6.015/73, art. 94)"[57]. Segundo, ainda, Sílvio Rodrigues,

> desaparecendo uma pessoa de seu domicílio, sem que haja notícia, se não houver deixado representante, ou procurador, a quem toque administrar-lhe os bens[58], o juiz, a requerimento de qualquer interessado, ou do Ministério Público, os arrecadará, nomeando curador para administrá-los[59].

O legítimo curador do ausente será sempre o cônjuge do mesmo, desde que o casal não esteja separado judicialmente ou de fato por mais de dois (02) anos antes da declaração da ausência, conforme o art. 25 do Código Civil. Se o ausente possuir um companheiro(a) ao invés de um cônjuge, esse direito será estendido ao mesmo, desde que sua união estável estivesse vigente á época da ausência, pela sua condição de herdeiro (art. 1790 do Código Civil). Quando o ausente não tiver nem cônjuge e nem companheiro, serão nomeados seus genitores, e faltando os mesmos, um descendente será nomeado, os mais vizinhos precedem os mais remotos, desde que não haja nenhum impedimento (art. 25, §§ 1º e 2º). Por fim, se

---

[56] DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 156.

[57] Art. 94 da Lei de Registros Públicos: 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;
4°) 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.

[58] Arts. 22 e 23 do CC e Art.1.159 do CPC.

[59] RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 78.

não houver nenhuma dessas pessoas para ser o curador do ausente, caberá ao juiz escolher uma pessoa para sê-lo (art. 25, § 3º)[60].

No ato de nomeação, o curador terá seus poderes e deveres estabelecidos pelo magistrado, conforme as especificidades do caso (observando os dispositivos legais, sempre no que forem aplicáveis, reguladores da situação similar dos tutores e curadores, conforme o art. 24 do Código Civil). O curador estará comprometido a inventariar os bens do ausente e administrá-los. Todos os rendimentos que forem produzidos deverão ser entregues ao ausente, se retornar, ou aos seus herdeiros, se não houver o retorno. Percebe-se aqui que o intuito da lei é evitar o perecimento dos bens do ausente, por meio de uma atuação eficiente e responsável do curador.

No que tange à decretação da ausência, não há, na lei, prazo para configuração da ausência e nem para o pedido de sua decretação. Para a caracterização da ausência, caberá, ao juiz analisar, caso a caso, as idiossincrasias da vida do ausente. Já o prazo mínimo para o pedido de decretação dependerá "da atividade do desaparecido e seu patrimônio, pode ser importante que rapidamente se lhe nomeie um curador para fins de evitar a deterioração nos bens ou prejuízo nos negócios"[61]. Por exemplo, o dono de um comércio, cujos negócios são realizados todos em seu nome. Inviável seria aguardar um mês ou dois para declaração de ausência e nomeação de um curador, pois causaria prejuízo.

O juiz ordenará a publicação de editais durante um ano, de dois em dois meses. Esses editais convocam o ausente para retomar a posse do seu patrimônio (art. 1161 do Código de Processo Civil). Se o ausente comparecer para ter seus bens de volta ou houver certeza da morte do mesmo, cessa-se a curatela (art. 1.162, I e III). Após este prazo de um (01) ano ou decorridos três (03) anos do último edital se o ausente deixou procurador, poderão os interessados requerer a abertura da sucessão provisória (arts. 1.162, III e 1.163).

Em suma, nessa primeira fase de declaração de ausência, a lei a concebe como provisória, já que há a preocupação de preservação de seu patrimônio, para o caso de um

retorno do ausente. Nesse momento, o curador não é curador do ausente, em sentido estrito, mas sim dos seus bens, pois o ausente não é mais considerado incapaz.

Para ilustrar o exposto há o acórdão que aponta o voto do Des.Relator Anselmo Cerello, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que deu

[60] DINIZ, Maria Helena. Op. Cit. p. 157.
[61] GIORDANI, José Acir Lessa. Op. cit. p. 117.

provimento ao recurso, alegando que há a caracterização da ausência também por questão previdenciária no caso em tela:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE AUSÊNCIA - AUSENTE DESAPARECIDO HÁ 8 ANOS - EXTINÇÃO DO PROCESSO POR CARÊNCIA DA AÇÃO – INTERESSE PROCESSUAL EVIDENCIADO - SENTENÇA ANULADA PARA POSSIBILITAR O PROCESSAMENTO DO FEITO - APELO PROVIDO.
>
> Trata-se de ação declaratória de ausência em que Dileta Vargas Freitas pleiteia a declaração da ausência de Adão de Freitas, seu esposo, que há mais de 10 (dez) anos saiu de casa para trabalhar, e que pressupõe seu desaparecimento, uma vez que obteve notícias que o local em que este trabalha, no garimpo, sofrera desabamento, acarretando no falecimento de vários dos mineradores. Assim, tendo em vista a precária situação financeira que está passando, objetiva o percebimento de pensão do INSS, e, para tanto, necessita da declaração da ausência. O MM. Juiz de Direito sentenciante, acolhendo parecer do representante do Ministério Público oficiante em Primeiro Grau de jurisdição, julgou extinto o processo por sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido. Irresignada, a autora apelou aduzindo que seu interesse está cabalmente demonstrado nos autos, devendo ser reformada a r. sentença com o conseqüente prosseguimento do feito.
> [...]
> E o pedido da apelante encontra fundamento em nossa legislação processual civil, quando trata dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, mais precisamente no seu art. 1.159, in verbis:
> "Desaparecendo alguém do seu domicílio sem deixar representante a quem caiba administrar-lhe os bens, ou deixando mandatário que não queira ou não possa continuar a exercer o mandato, declarar-se-á a sua ausência".
> [...]
> Ora, conforme já discorrido, o objetivo maior da apelante é o habilitar-se junto ao INSS para a obtenção de benefício previdenciário, o que somente se operará com a declaração da ausência do marido.
> A jurisprudência vem admitindo que se declare ausência, mesmo sem bens para arrecadação, desde que se comprove interesses de ordem previdenciária (RJTJESP - Lex 35/63 e 90/350).
> Portanto, a teor do disposto nos arts. 1.159 do Código Processo Civil e 463 do Código Civil, é possível o acolhimento da exordial determinando-se o seu processamento, uma vez que restaram evidenciadas as condições da ação, restando juridicamente possível o pedido estampado na exordial petitória. (TJ/SC – Apelação Cível nº 96.003026-3 – Rel. Des. Anselmo Cerello – Julgado em 17/11/2000 e publicado em DJ 29/12/2000)

1.1.5.2 *A Sucessão Provisória*

A Sucessão Provisória poderá ser requerida por qualquer um dos interessados[62] listados nos arts. 27 do Código Civil e 1.163, § 1º do Código de Processo Civil. Se não houver interessados, competirá ao Ministério Público requerer a sucessão provisória, se já findado o prazo legal, conforme os arts. 28, § 1º e 1.163, § 2º dos Códigos Civil e Processo Civil, respectivamente. Pode-se dizer que sua legitimidade é subsidiária.

A sentença que determina a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta (180) dias depois de publicada pela imprensa. A mesma será averbada no assento de ausência, conforme o art. 104, parágrafo único da Lei de Registros Públicos. Depois de transitar em julgado, ocorrerá a abertura do testamento, se ele existir, e proceder-se-á ao inventário e a partilha dos bens como se fosse o ausente falecido (arts. 1.165 do Código de Processo Civil e art. 28 do Código Civil).

Depois de requerida a sucessão provisória, caberá aos herdeiros o recebimento da herança do ausente, bem como aos credores, os respectivos créditos a título definitivo. Os bens serão entregues aos herdeiros em caráter provisório e condicional. Sendo assim, os mesmos, nessa ocasião, devem administrar o patrimônio, "prestando caução real como garantia da restituição na eventualidade de aparecer o ausente"[63]. Se os mesmos não tiverem condição para prestar garantia, não entrarão na posse dos bens, estes ficarão sob a administração do curador ou de outro herdeiro designado pelo juiz que esteja disposto a prestar a referida garantia[64]. Contudo, há exceções a essa regra, as quais estão previstas nos arts. 34 e 30, § 2º do Código Civil. De acordo com o art. 34, quem for excluído da posse dos bens poderá requerer que lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão que lhe

---

[62] Art. 27. Para o efeito previsto no artigo anterior, somente se consideram interessados:
I - o cônjuge não separado judicialmente;
II - os herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários;
III - os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte;
IV - os credores de obrigações vencidas e não pagas.
Art. 1.163. Passado 1 (um) ano da publicação do primeiro edital sem que se saiba do ausente e não tendo comparecido seu procurador ou representante, poderão os interessados requerer que se abra provisoriamente a sucessão.
§ 1o Consideram-se para este efeito interessados:
I - o cônjuge não separado judicialmente;
II - os herdeiros presumidos legítimos e os testamentários;
III - os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado à condição de morte;
IV - os credores de obrigações vencidas e não pagas.

[63] RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit. p. 202.

[64] Conforme, o art. 30 do Código Civil.

tocaria, desde que justifique a falta de meios. Conforme o art. 30, § 2º, existe a dispensa aos ascendentes, descendentes e cônjuge da necessidade de garantia.

O descendente, o ascendente ou o cônjuge que for sucessor provisório do ausente fará seus todos os frutos e rendimentos dos bens que couberem a este[65]; os outros sucessores deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos[66]. Ensina Maria Helena Diniz que,

> Os imóveis do ausente, não só os arrecadados, mas também os convertidos por venda dos imóveis, não poderão ser alienados, salvo em caso de desapropriação, ou hipotecados, por ordem judicial, para lhes evitar ruína, preservando o patrimônio do ausente, ante a possibilidade de seu retorno [67].

Se o ausente aparecer, ficando provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele em favor do sucessor a sua parte nos frutos e rendimentos (art. 33, parágrafo único do Código Civil). Se o ausente aparecer ou se lhe provar a existência, depois de estabelecida a posse provisória, cessarão desde logo as vantagens dos sucessores nela imitidos, ficando obrigados a tomar medidas assecuratórias precisas até a entrega dos bens a seu dono (art. 36 do Código Civil).

Por outro lado, converter-se-á a sucessão provisória em definitiva quando houver certeza da morte do ausente. Conseguindo, durante a sucessão provisória, provar a data certa da morte do ausente, será considerada, nessa data, aberta a sucessão em prol dos herdeiros que o eram àquele tempo, conforme arts. 35 e 1.784 do Código Civil.

Se dez (10) anos depois de transitada em julgado a sentença de abertura da sucessão provisória, o ausente não retornar[68]; ou quando o ausente contar com oitenta (80) anos de idade e se datarem cinco (5) anos das últimas notícias suas[69], poderão os interessados requerer judicialmente a abertura da sucessão definitiva.

---

[65] Ver arts. 1.829, I, II e III, e 1.845 do Código Civil.
[66] Ver art. 29 do Código Civil.
[67] DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 56.
[68] 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.
[69] 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.

1.1.5.3 *A Sucessão Definitiva*

Nesse momento, a lei se preocupa fundamentalmente com os interesses dos sucessores. O desaparecimento do ausente de seu domicílio gera um "inconveniente social e econômico da acefalia do patrimônio"[70], segundo afirma Caio Mário da Silva Pereira que diz, ainda, que a sucessão agora aberta

> não se qualifica, porém, como sucessão *mortis causa* e nem os bens do ausente se consideram herança. O que assemelha é apenas a convocação dos herdeiros sucessíveis, a que se habilitem, e aos quais venham tocar os bens do ausente, como se houvesse falecido[71].

Assim, pode-se entender Fábio Ulhoa Coelho: *"(...) a abertura da sucessão definitiva importa a presunção de morte do ausente*"[72], devendo a mesma se processar da mesma maneira como a sucessão de pessoa falecida[73]. Os sucessores deixarão, portanto, de ser provisórios, recebendo, o domínio e a disposição dos bens recebidos. Maria Helena enumera os efeitos da abertura definitiva para os sucessores assim:

> a) passarão a ter a propriedade resolúvel dos bens recebidos;
> b) perceberão os frutos e rendimentos desses bens, podendo utilizá-los como quiser;
> c) poderão alienar onerosa ou gratuitamente tais bens; e
> d) poderão requerer o levantamento das cauções (garantias hipotecárias ou pignoratícias) prestadas[74].

A lei ainda admite a hipótese de retorno do ausente, conforme art. 39 do Código Civil. Se o mesmo reaparecer durante os dez (10) anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ele receberá seus bens no estado em que os encontrar, os sub-rogados em seu lugar ou o preço que os herdeiros houverem recebido pelos alienados depois daquele tempo (art. 1.168 do Código de Processo Civil). Segundo Maria Helena Diniz, isso se deve ao respeito aos "direitos de terceiros, uma vez que não se desfazem aquisições por eles realizadas. Daí afirmar-se que tal sucessão é quase-definitiva"[75].

Entretanto, se o ausente não regressar nestes dez (10) anos de abertura da sucessão definitiva não poderá mais ter de volta os seus bens. Se nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito

---

[70] PEREIRA, Cáio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.6. p. 12.
[71] Loc cit.
[72] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, v.I, 2003. p.219, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 59.
[73] Art. 6º do Código Civil.
[74] DINIZ, Maria Helena. **Código Civil**, Op. cit. p. 60.
[75] Idem. **Curso de Direito Civil**, Op. cit. p. 159.

Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal (art. 39 do Código Civil).

1.2 Da morte presumida

A partir da morte real ou física, a personalidade jurídica da pessoa natural cessa, deixando esta de ser sujeito de direitos e obrigações, gerando inúmeras conseqüências no mundo jurídico, dentre elas: a dissolução do vínculo conjugal e do regime matrimonial, extinção do poder familiar etc.[76]. A morte real requer provas, o corpo, o atestado de óbito, a *causa mortis*. Friedrich Carl von Savigny, um dos mais respeitados e influentes juristas do século passado, definiu morte presumida como a "morte fictícia, a assimilação de homem vivo a homem morto"[77]. Nessa hipótese não há certeza do óbito, como ocorre na morte natural, apenas o desaparecimento acompanhado da incerteza da existência atual.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, só havia uma hipótese para decretação da morte presumida[78]: em caso de decretação judicial de ausência. Segundo Renan Lotufo, a personalidade da pessoa natural só findava " pela morte física ou pela declaração de ausência após todo um longo processo"[79], não existindo, portanto, outra hipótese legal de presunção de morte da pessoa natural. Todavia, hoje coexistem duas formas de declaração de morte presumida sem declaração judicial de ausência, e elas serão analisadas, a seguir.

---

[76] Ibid. p. 23.

[77] MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito Civil**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v.1. p. 47.

[78] Para Francisco Amaral, a Comoriência também seria um tipo de presunção de morte. Ela seria "a presunção de morte simultânea de pessoas reciprocamente herdeiras." (AMARAL, Francisco. **Direito**. Op cit. p. 215)

[79] LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral. SP: Saraiva, 2003. p.38, *apud* TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, H.H e MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit. p. 23.

1.2.1 Morte presumida sem declaração judicial de ausência

O art. 7º do Novo Código Civil[80] inovou ao trazer a possibilidade de declaração de morte presumida em outros casos que não apenas o da decretação de morte presumida do ausente. O primeiro deles se refere a uma situação de extremo perigo ao qual a pessoa fora exposta, sendo muito provável o seu óbito. Já a segunda hipótese se refere a pessoas que participaram em guerras e desapareceram durante a mesma. Amanda Cristina Freitas Pereira ensina assim:

> O óbito deverá ser justificado judicialmente, diante da presunção legal da ocorrência do evento morte. E a data provável do óbito, fixada em sentença, demarcará o *dies a quo* em que a declaração judicial da morte presumida irradiará efeitos jurídicos e determinará a lei que irá reger sua sucessão (Código Civil, artigo 2041). Tal sentença, na lição de Mário Luiz Delgado, apesar de produzir efeitos *erga omnes*, não faz coisa julgada material, podendo ser revista a qualquer tempo, desde que surjam novas provas, se tenha notícia da localização do desaparecido ou se dê o seu retorno. O declarado morto, com o seu regresso, volta ao *status quo* ante e a sentença declaratória judicial do seu falecimento deixará de ter existência *ex tunc*[81].

A hipótese do inciso I do art. 7º se refere a situações perigosas, como por exemplo incêndios, acidentes aéreos, naufrágios, catástrofes climáticas (inundações, terremotos); em que o corpo da vítima jamais venha ser encontrado. A atual lei civil, assim, veio regular situações similares que já estavam sendo amparadas pela Lei de Registros Públicos, em seu art. 88[82]. Nela, há justificação judicial para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em sinistros, naturais ou não, quando for possível provar a presença destas no local do desastre e não tenha possibilidade de encontrar seu cadáver para realização de exame.

O mais clássico caso de morte presumida ocorrido no Brasil nessas circunstâncias é o acidente de helicóptero do Deputado Ulysses Guimarães. Este ocorreu ao largo de Angra dos

---

[80] Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:
I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.
Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

[81] PEREIRA, Amanda Cristina Freitas. **Morte presumida sem decretação de ausência e o retorno do cônjuge**: efeitos jurídicos matrimoniais. Brasília, dez. 2007. Revista Jurídica, nº 88 - Centro de Estudos da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_88/>. Acesso em: 10 ago. 2008.

[82] Art. 88. Poderão os Juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame.

Reis, em 12 de outubro de 1992. No helicóptero estavam sua esposa, D. Mora, o senador Severo Gomes, a esposa deste e o piloto. Os restos mortais dessas pessoas nunca foram encontrados. Outro caso típico, só que mais recente, é a explosão na plataforma P-36 da Petrobrás, ocorrida na Bacia de Campos em 15 de março de 2001. Nove petroleiros desapareceram.

Para ilustrar essa primeira hipótese de morte presumida há a decisão judicial em que o Des.Relator Márcio Marcondes Machado, da Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, negou provimento ao recurso, alegando inexistência de provas para a caracterização do inciso I, do art. 7º do Código Civil:

> JUSTIFICAÇÃO DE ÓBITO.
> Acidente aéreo. Inexistência de provas no sentido de que tenha ocorrido. Hipótese em que se recomenda maior prudência e adoção do procedimento complexo da declaração de ausência. Apelação não provida.
> [...]
> A decretação da morte presumida sem declaração de ausência, mas com justificação judicial do assento de óbito, nos termos do art. *7º* do novo Código Civil e do art. 88 da Lei de Registros Públicos, requer prova bastante da ocorrência de desastre, bem como da presença, no local, da pessoa desaparecida, de modo que seja extremamente provável a sua morte, ante o perigo a que sua vida foi exposta.
> [...]
> O fato narrado pelas testemunhas e pela própria apelante dá notícia de suposto acidente aéreo, sobre o qual não há qualquer registro oficial, inocorrendo a notoriedade que dispensa realização de prova. Inexiste nos autos, até mesmo, registro da aeronave nos órgãos oficiais responsáveis pela aviação, onde deveria ter sido informado o acidente e a inexistência, a partir de então, do aparelho.
> A situação que se apresenta recomenda maior prudência e a adoção do procedimento próprio para declaração de ausência, com a conseqüente presunção de morte e sucessão provisória e definitiva, inclusive, ao se considerar as informações contidas nos autos da ação penal processada no Estado de Goiás, em que o desaparecido é acusado por contrabando e descaminho, além de ter sido certificado a existência de outro processo em que responde pelo crime de tráfico de entorpecentes." O art. 88 da Lei 6.015/73 permite a justificação para o assento de óbito quando as circunstâncias em que aconteceu o acidente dão a certeza de que a pessoa desaparecida veio a falecer. No caso concreto, essa certeza inexiste. Posta a questão em tais termos, não vejo como possa ser provido o presente recurso. Posto isso, pelo meu voto, nego provimento à apelação. (TJ/SP – Apelação Cível nº 318.429-4/6-00 – Rel. Des. Márcio Marcondes Machado – Julgado em 28/10/2004 e publicado em DJ 10/11/2004)

Já o inciso II do art. 7º trata de pessoas que foram feitas prisioneiras ou desapareceram em campanhas, que não forem encontradas até dois anos do término da guerra. Em outras palavras, a "expressão 'morte presumida', utilizada anteriormente para os casos de ausência, passa agora a ser utilizada nos casos previstos anteriormente no parágrafo único do art. 88 da

Lei 6.015/73, os quais recebiam da doutrina a denominação 'morte justificada'"[83]. Conforme o ensinamento de Tarcisa Araceli Marque Porto, percebe-se que o novo estatuto civilista veio regular legislação militar já existente, cujas "regras referentes à prova de morte presumida do soldado militar em operação de guerra, possibilita o registro do óbito, de acordo com o artigo 85[84] da Lei de Registros Públicos[85].

Pode-se dizer que o referido inciso veio por regular também as situações de morte presumida dos inúmeros integrantes de forças oposicionistas ao regime militar e que jamais tiveram seus corpos resgatados já previstas pela a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) e pela Lei nº 9.140/95, alterada pela Lei nº 10.536/2002. De acordo com o art. 2º da Lei 9.140, os preceitos desta lei serão orientados pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional (já previstos na Lei de Anistia). No caso contemplado pelas referidas leis, os parentes de desaparecidos políticos ou acusados de participação em atividades políticas durante o período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, desde que não haja notícias suas, podem requerer a declaração de morte presumida e pedir a abertura da sucessão definitiva dos bens deixados pelo desaparecido político.

Entretanto, há decisões judiciais que buscam a essência do inciso II do art. 7º do Código Civil. Não é qualquer caso que se encaixa no referido inciso. Diante disso, há o voto do Des.Relator Osmar Testa Marchi, da Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou a aplicação da presunção de morte, nos termos do art. 7º, II do Código Civil:

> EMENTA: Ação cautelar com pleito de justificação para o assento de óbito de pessoa desaparecida pretensão de eventuais herdeiros de abertura da sucessão definitiva decisão agravada que entende necessária a prévia declaração de ausência agravantes que pretendem a aplicação do inciso II, do artigo 7º, do CC inadmissibilidade, posto que não há evidências de que se trata o desaparecido de pessoa que mantivesse alguma militância política aplicação do artigo 1.159 do CPC, com a abertura da sucessão provisória decisão mantida. Agravo improvido.
> [...]
> Entendem os agravantes que deve ser aplicado, ao caso, o disposto no inciso II, do artigo 7°, do Código Civil. Entretanto, como bem salientou o Douto Procurador de Justiça oficiante, não há prova no sentido de que se trata a questão "sub judice" de desaparecimento de pessoa que mantivesse alguma militância política, a evidenciar que tenha se tornado vítima da defesa de seus ideais, a comportar a aplicação do dispositivo invocado. Com efeito,

---

[83] BARROS, Ana Lúcia Porto. et al. **O novo Código Civil***:* comentado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v. 1. p. 9.

[84] Art. 85. Os óbitos, verificados em campanha, serão registrados em livro próprio, para esse fim designado, nas formações sanitárias e corpos de tropas, pelos oficiais da corporação militar correspondente, autenticado cada assento com a rubrica do respectivo médico chefe, ficando a cargo da unidade que proceder ao sepultamento o registro, nas condições especificadas, dos óbitos que se derem no próprio local de combate.

[85] PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 65.

> dos documentos juntados a este reclamo não se pode extrair, estreme de dúvida, essa assertiva. Ao contrário, às fls. 21, há cópia de documento do Senado Federal, datado de 04/08/1980, no qual o então Senador Jarbas Passarinho consigna que, após contatos junto ao Itamarati e à Embaixada da Argentina, "não se sabe praticamente nada a respeito do seu irmão, o que é particularmente intrigante, pois as informações colhidas não o relacionam com qualquer atividade política", de modo que andou bem o MM. Juiz em entender que há necessidade prévia da declaração de ausência. Assim, a questão trazida comporta a aplicação do artigo 1.159 do Código de Processo Civil, ainda que se insurjam os agravantes contra a abertura da sucessão provisória, quando pretendem a definitiva. (TJ/SP – Agravo de Instrumento de nº 430.696-4/0-00– Rel. Des. Osmar Testa Marchi – Julgado em 06/06/2006 e publicado em DJ 12/06/2006)

Em suma, cabe dizer que a intenção da lei civil em vigor é a de conferir segurança jurídica a situações em que a probabilidade de sobrevivência é quase desprezível, proporcionando uma maior celeridade na abertura da sucessão definitiva, evitando, assim, as já estudadas longas fases da ausência.

2 A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO DO CÔNJUGE REMANESCENTE: UMA NOVA REALIDADE

Como já fora exposto, no Capítulo anterior, a morte presumida com[86]e sem[87] declaração de ausência está prevista no Código Civil brasileiro. Cabe dizer que a maneira como se deu o desaparecimento da pessoa é o fator que diferencia o procedimento para declaração da morte, sendo que os efeitos jurídicos são sempre os mesmos. Foi estudado todo o processo jurídico necessário para declaração da mesma, bem como seus efeitos patrimoniais. Todavia, o estatuto civil em vigor, ao contrário do antigo, trouxe em seu bojo preocupação com outros efeitos jurídicos, dentre eles: repercussões nos direitos da personalidade do ausente, no direito empresarial, no direito de família e sobretudo na dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Sobre este tema será desenvolvido estudo, neste Capítulo.

2.1 Primeiras linhas

Partindo-se da definição de Caio Mário da Silva Pereira, o casamento "é a união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente"[88]. Já Marco Aurélio S. Viana ensina que:

> A presença de valores éticos, religiosos e filosóficos é sensível, mas a abordagem jurídica do casamento deverá prescindir-se de elementos acidentais, fixando-se nas razões determinantes de sua regulamentação. Não devemos perder de vista que o que examinamos é uma relação jurídica sob a inspiração do direito positivo. Assim, por mais significativas que sejam as considerações de ordem espiritual - que não merecem ser desprezadas para melhor compreensão do seu regime legal -, forçoso convir que em uma definição não devemos ter em conta as intenções e as situações particulares [89].

[86] Arts. 6º, 37 e 38 do Código Civil.
[87] Art. 7º e parágrafo único do Código Civil.
[88] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira**.** Rio de Janeiro**:** Forense, 2004. v. 5, p. 32.
[89] VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de direito civil**: direito de família. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. v.6. p. 41

Sendo assim, pode-se dizer que com o casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e, assim responsáveis pelos encargos da família. Trata-se a sociedade conjugal de uma comunidade de pessoas, podendo estar inclusos filhos, que precisa atender à sua cotidiana necessidade de subsistência e suprir os seus gastos com as suas rendas e com seus bens. Quanto à natureza jurídica do casamento, existem três concepções: a contratualista, a institucionalista e a eclética[90].

Para a corrente contratualista, o casamento é um mero contrato do direito comum no qual estão envolvidos interesses patrimoniais e não patrimoniais. Na realidade, é um negócio jurídico bilateral e se baseiam num princípio da autonomia da vontade (é a possibilidade que a lei confere aos sujeitos de direito de auto regulamentarem os seus interesses). Essa teoria sofreu forte influência do direito canônico. Este era formado por dois elementos fundamentais: a própria solenidade da celebração do casamento, bem como a manifestação de vontade dos noivos. Enfim, um elemento objetivo, primeiro; e um elemento subjetivo quando há esta manifestação de vontade, quanto ao consentimento original. Este consentimento não poderia mais ser objeto de retratação, dando origem ao princípio da indissolubilidade do casamento pelo direito canônico. O Código Civil de 1916 prestigiava essa corrente no art.194[91].

Segundo a teoria institucionalista, o casamento não é um contrato, não é um negócio jurídico, pois não há autonomia da vontade, já que os nubentes não podem regulamentar o conteúdo do matrimonio, cujos efeitos pessoais, sociais e patrimoniais são regidos por regras imperativas ou de ordem pública. O mesmo é, então, uma instituição de direito civil, pois o Estado possui total interesse em suas relações.

Já para a teoria mista, o casamento é um ato complexo, uma vez que se configura como contrato, tendo em si a manifestação de vontade das partes (na formação) e o interesse do Estado através das normas cogentes (no conteúdo). Além disto é fundamental que este ato complexo seja celebrado conforme a lei e diante de uma autoridade estatal: o juiz de paz. Assim, para essa teoria, o casamento seria um contrato na sua formação e uma instituição social no seu conteúdo[92].

A partir das diversas visões da natureza jurídica do casamento, percebe-se como a dissolução do mesmo é concebida na ordem jurídica. Por exemplo, a indissolubilidade do casamento, exceto pela morte real, durante a vigência do revogado Código Civil (pelo menos

[90] Ibid. p. 43-44.
[91] Loc. cit.
[92] Loc. cit.

até a entrada em vigor da Lei de Divórcios), pode ser explicada pela visão contratualista do casamento.

A sociedade brasileira se modificou ao longo do tempo e suas leis civis no que tange ao direito matrimonial também. O cônjuge do ausente também teve tratamento diferente no decorrer dos anos. Cabe, assim, traçar um apanhado dessas transformações.

2.2 A impossibilidade de novo casamento do cônjuge remanescente no Código Civil de Beviláqua

O sistema vigente no Código Civil de 1916 (art. 315, I) indica a morte como motivo do término da sociedade e da dissolução do vínculo conjugal. Todavia, o mesmo só considerava a morte real. Na verdade, a morte presumida era afastada de maneira expressa. Como se pode ver:

> Art. 315. (antes de ser revogado pela Lei de Divórcios):
> A sociedade conjugal termina:
> **I. Pela morte de um dos cônjuges.**
> II. Pela nulidade ou anulação do casamento.
> III. Pelo desquite, amigável ou judicial.
> **Parágrafo único. O casamento valido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte.**

Por mais longa que fosse a ausência, está não poderia dissolver o casamento. Sílvio Rodrigues concorda nesse sentido:

> a despeito de a ausência se estender por trinta ou por quarenta anos, o cônjuge do ausente não se desimpedia para a convolação de novas núpcias. Essa solução, decerto a mais lógica dentro de um sistema antidivorcista como era o nosso, não fosse a mais conveniente, por trazer irreparável dano ao cônjuge do ausente[93].

Isso se deve a dois fatores: primeiro pela indissolubilidade do vínculo matrimonial (que era constitucional) e segundo pelo caráter patrimonialista que o instituto da ausência possuía na vigência do antigo Código.

---

[93] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família**.** 28ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6. p. 431.

Pelo preceito constitucional[94], à época, a família, núcleo mais importante da sociedade, se constitui pelo casamento de vínculo indissolúvel, sendo necessário que este seja protegido pelo Estado. Fazendo uma distinção entre sociedade conjugal e vínculo matrimonial, pode-se dizer que a sociedade conjugal é a vida em comum dos cônjuges, esta cessava pela morte (real), anulação ou nulidade e desquite[95], já o vínculo matrimonial é mais abrangente, e só se dissolvia pela morte ou pela nulidade ou anulação do casamento[96]. No que tange à morte presumida com declaração ausência, o mestre Clóvis Beviláqua acrescenta assim:

> É sabido que a ausência definitiva equivale, por direito, à morte, dando lugar à abertura da sucessão do ausente. Pergunta-se, porém, se ela é suficiente para habilitar o cônjuge do ausente a contrair novas núpcias.
> Pelo prescrito no Capítulo II da Novela 117, não era permitido a um cônjuge contrair novas núpcias, por mais longa que fosse a ausência do outro, sem provar diretamente o óbito. Esta disposição passou para o artigo 139 do Código francês, para o artigo 83 da lei argentina de 2 de novembro de 1888, pelo Código Civil do Uruguai, artigo 78, e ainda para outras legislações. E, evidentemente, consagra ela a doutrina mais razoável. Portanto, pode-se afirmar: a ausência dissolve a sociedade conjugal, como o divórcio canônico, mas não o vínculo do matrimônio[97].

O outro fator que determinava tal situação era a preocupação essencialmente patrimonialista por parte do legislador à época. Como já foi exposto, o instituto da ausência tinha como condão proteger os bens e os interesses do ausente e não tinha qualquer referência ao caráter pessoal ou sentimental do cônjuge que ficava. Conforme ensinamento de Antônio Carlos Mathias Coltro, este era

> obrigado a viver em circunstância a que Edgard de Moura Bittencourt denominou como "semiviuvez", pois, embora não presente o marido ou a mulher, considerado pela lei, inclusive, como presumidamente morto, não tinha o outro direito a legalmente unir-se a terceira pessoa, desconsideradas, assim, as necessidades de apoio e afeto que todos têm, além das de natureza física e o próprio direito de sonha com a felicidade amorosa[98].

---

[94] Constituições Federais:
(de 16 de julho de 1934)
Art 144 - A família, constituída pelo **casamento indissolúvel**, está sob a proteção especial do Estado.
(de 10 de novembro de 1937)
Art 124 - A família, constituída pelo **casamento indissolúvel**, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.
(de 18 de setembro de 1946)
Art 163 - A família é constituída pelo **casamento de vínculo indissolúvel** e terá direito à proteção especial do Estado.

[95] Desquite era o mesmo que separação de corpos.

[96] ESPINOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil Brasileiro**. Rio Janeiro: Conquista, 1957. p. 473-475.

[97] BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 9ed. Atual. pelo Desembargador Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959. p. 307-308.

[98] COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Op. cit. p.10.

Tal atitude da revogada lei civil se mostrava cruel, pois o cônjuge do ausente, além de sofrer as dores de uma perda cujas circunstâncias poderiam nunca vir a serem descobertas, teria que abrir mão da própria felicidade. Levantando a hipótese de um casal recém-casado, jovem, cujo marido desaparece sem nunca vir a dar notícia alguma. Esta jovem esposa estaria fadada a passar o resto da vida "semiviúva"[99] de alguém que poderia estar vivo, só que sem poder se casar novamente, e nulo seria o casamento que a mesma viesse a contrair, já que o divórcio ainda não existia como causa de dissolução do vínculo do casamento[100]. "Não, são, entretanto, adulterinos os filhos que tiver"[101]. É óbvio que tais restrições não impediam as pessoas, separadas de fato, de se unirem. Essas novas uniões eras chamadas de concubinato.

2.3 A Lei do Divórcio e o novo casamento do cônjuge remanescente

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, instituindo o divórcio no Brasil e sua regulamentação com a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977[102] (a Lei do Divórcio), a sociedade brasileira teve uma de suas reivindicações atendida: ter direito a uma nova oportunidade para ser feliz em um outro casamento. Sobretudo, as mulheres que eram estigmatizadas pela fama de "desquitada". Zeno Veloso contribui para esse entendimento:

> É preciso reconhecer que, com a introdução do divórcio no direito brasileiro, após uma luta de décadas a fio, que teve de vencer intransigências, preconceitos e, não raro, gritantes hipocrisias, esta questão da ausência de um dos cônjuges, e a situação de insegurança,

---

[99] Como Edgard de Moura Bittencourt ensinou à época: "A lei a condena a uma estranha viuvez: viúva sem direito à nova união matrimonial". (BITTENCOURT, Edgard de Moura. Família. Atual. por Joaquim Macedo Bittencourt Netto e Antônio Carlos Mathias Coltro. Campinas: Millenium Editora, 2003. p. 38, *apud* VELOSO, Zeno. Novo Casamento do Cônjuge do Ausente. p. 148. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.)

[100] CARVALHO NETO, Inácio de. **A morte presumida como causa de dissolução do casamento**. Paraná, jun. 2004. Atual. Set. 2008. Paraná Online – Seção Direito e Justiça. Disponível em <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/85270/>. Acesso em: 10 ago. 2008.

[101] GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 234.

[102] "Como a indissolubilidade do casamento era consagrada na Constituição, houve a necessidade de emendá-la. Para isso foi necessário, inclusive, mudar o quorum de dois terços dos votos para maioria simples para reformar a Constituição. Só assim foi possível introduziu a dissolubilidade do vínculo matrimonial (EC 9/77)". (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 281.)

> indefinição e extrema intranqüilidade em que ficava o cônjuge presente, num estado anômalo, constrangedor e atentatório da dignidade humana, de uma "semiviuvez", deixou de ter a importância e gravidade de outrora[103].

Em seu art. 2º, foi revogado o art. 315 do Código Civil de 1916. Pela nova lei, a sociedade conjugal termina pela morte; pela nulidade ou anulação do casamento; pela separação judicial[104]; e pelo divórcio. Sendo que o vínculo do matrimônio se dissolve pela morte e pelo divórcio. Estava disposto assim:

> Art. 2º. 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;-
> **Parágrafo único. O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio**.

Embora o referido diploma legal tenha se mantido omisso em relação à morte presumida como possível causa de dissolução de sociedade conjugal e vínculo matrimonial, vários doutrinadores entraram em um debate acerca da possibilidade do cônjuge **sobrevivo** vir a contrair novo matrimônio.

Um desses autores é José da Silva Pacheco, segundo ele mesmo "que se efetuasse a sucessão definitiva, com a presunção de morte, não se considerava dissolvido o casamento, de sorte que o cônjuge presente não podia contrair novo casamento. Agora, porém, não há mais óbice"[105]. O Promotor de Justiça Inácio de Carvalho Neto lembra também uma posição favorável a essa parte da doutrina, sendo que tal opinião vem do renomado jurista de Coimbra Guilherme Braga da Cruz assim:

> Se a lei admitiu, para efeitos patrimoniais, uma presunção de morte do ausente há mais de vinte anos ou que completou 95 anos de idade, não se vê razão para não admitir a mesma presunção em matéria de casamento. Se houve para um caso uma forte razão de fato a justificar a presunção, também haverá no outro caso[106].

Todavia, a doutrina majoritária concordava no sentido que a morte presumida não tinha esse poder de extinguir o vínculo matrimonial. Nesse tom, temos a opinião de Áurea Pimentel Pereira, Yussef Said Cahali e Geralda Pedroso Freitas, respectivamente:

---

[103] VELOSO, Zeno. Op. cit. p. 155.
[104] O termo desquite foi trocado pela separação judicial.
[105] PACHECO, José da Silva. Inventários e partilhas. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 67, *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 1.
[106] CRUZ, Guilherme Braga da. Direitos de família. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1942, v. 1, p. 123, *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 1.

> Quanto à primeira hipótese de dissolução da sociedade conjugal, no art. 2º., inciso I, prevista (morte de um dos cônjuges), que, consoante esclarece o parágrafo único do mesmo artigo, também é caso de dissolução do vínculo matrimonial - oportuno é observar -, a despeito do silêncio da lei,que não ressalva a vigência do parágrafo único do art. 315 do CC, pelo art. 54 da Lei 6.515/77 revogado – que continua excluída a hipótese de morte presumida (art. 10, 2ª. parte, do CC) - quer como fundamento para a dissolução da sociedade conjugal, quer para extinção do vínculo matrimonial[107].
>
> Assim, para o efeito da dissolução da sociedade conjugal, não se aproveita a presunção de morte do ausente, estabelecida no art. 10, segunda parte, do CC. ...Todavia, embora omitida a limitação da eficácia da presunção de morte, não se deduz daí terem os novos legisladores se afastado da sistemática anterior, de modo a permitir que, com a declaração judicial da ausência, induzindo a presunção de morte do cônjuge, decorra *ipso jure* a liberação do outro para novo matrimônio, no pressuposto legal de estar dissolvido o vínculo anterior[108].
>
> O efeito dissolutivo do vínculo se produz apenas com a morte real, provada mediante certidão de assento de óbito do cônjuge. A presunção de morte do ausente não aproveita para o efeito de terminação do vínculo conjugal, de modo que o caminho atual é o de que a ausência é causa de separação judicial ou de divórcio[109].

Assim, Inácio de Carvalho Neto concorda com o pensamento dos autores citados. Observando ele,

> a morte presumida não tinha este condão. Posto que não repetida expressamente a proibição do dispositivo revogado do Código Civil, não se podia requerer a declaração de dissolução do vínculo matrimonial por morte presumida de um dos cônjuges, já que o instituto da morte presumida se referia exclusivamente à sucessão dos bens deixados pelo ausente[110].

Pode-se dizer que o legislador de 1977 entendeu ser desnecessária a referência à ausência, pois o dispositivo deixava claro que o casamento válido **apenas** se dissolve pela morte de um dos cônjuges (morte efetiva) ou pelo divórcio, e por nenhuma outra circunstância.

---

[107] PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 22.

"A morte se presume nos casos dos arts. 481 e 482, somente para os efeitos da abertura de sucessão definitiva, mas justamente porque se trata de uma simples presunção de óbito, que não traduz uma certeza, curial é a conseqüência, de aquela presunção não ter força bastante para dissolver o vínculo matrimonial e, pois, autorizar segundas núpcias do cônjuge presente". (CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 4. p. 24, *apud* PEREIRA, Áurea Pimentel. Op. cit. p. 22)

[108] CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69-70, *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 2.

[109] FREITAS, Geralda Pedroso. A terminação do vínculo conjugal. In: O direito de família e a Constituição de 1988. Coord. Carlos Alberto BITTAR. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 220, *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 2.

[110] Ibid. p.1.

Portanto, com a Lei de Divórcio o Estado se mostrava mais uma vez negligente em relação ao efeito pessoal quanto ao cônjuge do morto presuntivo. Se ele quisesse se casar novamente, deveria

> promover ação de divórcio com base na separação de fato ou, então, se sua intenção não fosse a de novo casamento, mas apenas separar-se, fundar ação em alegação de abandono do lar pelo outro, sem sequer saber se de fato houvera abandono ou algum outro fato a causar sua ausência![111]

De acordo com o art. 5º § 1º da Lei de Divórcio, o desaparecimento do marido ou esposa poderia ser um motivo justo para separação judicial, mas não dissolvia o vínculo do matrimônio, já que este cabe em conduta desonrosa ou em grave violação dos deveres do casamento, tornando impossível a vida em comum:

> Art. 5º. A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.
> § 1º. A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano[112] consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição.

Segundo o art. 25 da referida lei, após a separação judicial, o cônjuge tinha que esperar um (01) ano[113] para a obter a conversão da separação em divórcio:

> Art. 25. A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges, existente há mais de um ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

Maria Helena Diniz ensina que "se o desaparecimento se dera antes de 28 de junho de 1977, independentemente de sentença declaratória de ausência, podia o outro consorte promover ação de divórcio, provando o decurso de 5 anos de separação de fato e a sua causa"[114]. Todavia, tal disposição era uma hipótese transitória, já que a longo prazo não haverá pessoas desaparecidas anteriormente a 28 de junho de 1977, conforme os arts. 40 § 1º, que foi revogado pela Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, e 5º § 1º:

> Art 40 - No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação

[111] COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Op. cit. p. 13.
[112] O § 1º do art. 5° foi mudado pela Lei nº 8.408, de 13.2.1992. O prazo era de cinco anos anteriormente.
[113] O art. 25 também foi mudado pela Lei nº 8.408, de 13.2.1992. Antes o prazo era de três anos.
[114] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5. p. 250.

> de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa.
>
> § 1º - O divórcio, com base neste artigo, só poderá ser fundado nas mesmas causas previstas nos artigos 4º e 5º e seus parágrafos.
>
> Art 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.
>
> § 1º - A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 5 (cinco) anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

Com a Constituição de 1988, para alguns doutrinadores, o cônjuge remanescente precisaria esperar dois (02) anos da separação de fato para pleitear o divórcio, citando o réu por edital, tal divórcio é chamado divórcio direto, conforme o art. 226, § 6º da Magna Carta:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

A desembargadora Maria Berenice concorda com o exposto assim:

> O divórcio direto era possível exclusivamente em caráter emergencial, tanto que previsto nas disposições finais e transitórias (LD 40). Nitidamente, a intenção era admiti-lo somente para dar solução à especial circunstância de quem já se encontrava separado de fato, sendo necessário o atendimento cumulativo de três pressupostos: (a) estarem as partes separadas de fato há cinco anos; (b) ter esse prazo sido implementado antes da alteração constitucional (28/6/1977); e (c) comprovar a causa da separação. A jurisprudência passou a emprestar interpretação mais extensiva a esse dispositivo legal. Os avanços acabaram levando a Constituição a institucionalizar o divórcio direto, perdendo o caráter de excepcionalidade. Houve a redução do prazo de separação para dois anos, e foi afastada a necessidade de identificação da causa para a sua concessão (CF 226 § 6°)[115].

Nesse tom, há o acórdão cujo voto do Relator Des. Ellis Figueira, da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro, não deu provimento ao recurso do Ministério Público, mantendo a decisão do juiz monocrático, alegando que a esposa do ausente, em questão, tem o direito ao divórcio e de seguir sua vida com seu novo companheiro:

> Direito de Família. Divórcio direto decorrente da ruptura da vida conjugal por mais de dois lustros. Posição rígida da Curadoria Especial ao primeiro impacto defensivo, mais flexível ao derradeiro, rendendo-se à evidência dos

[115] DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 281.

> fatos provados, o que não compromete a sobranceria do seu múnus e nem contamina de nulo o processo. Sentença monocrática mantida.
>
> A precípua função da jurisdição é solver a complicada vida dos jurisdicionados e não ampliar a angústia dos seus problemas.
> Senhora modesta do lar, em juízo sob o pálio da gratuidade judiciária, abandonada pelo marido após o perpassar de uma única primavera, cujo cônjuge bateu asas pelo mundo afora, dele notícia alguma captada, isso em prova provada, há de merecer o anteparo da lei, por uma compreensão evoluída do direito, mais amplo do que aquela, quebrando-se-lhe as algemas de um casamento que só subsiste no assento registral.
> [...]
> É preciso não confundir a posição do Curador ao Vínculo, sendo que respeitável corrente já admite uma posição discreta deste diante, por exemplo, da nulidade de casamento ante inequívoca prova documental da bigamia, o que o coloca em paradoxo, dir-se-á, entre a cruz e a espada
> Procedimento que não enseja nulidade processual por mero preciosismo do legalismo.
> [...]
> Cuida-se, de resto, de divórcio pela efetiva e comprovada ruptura da vida em comum por mais de dois lustros, o varão tomando rumo ignoto, a Apelada aconchegou-se no seu ninho à sua espera em vão.
> Foram-se as ilusões, sem prole e sem bens.
> A prova testemunhal colhida é satisfatória, assinalando sua recomposição com terceira pessoa, em união estável, na distante Santo Antônio de Pádua, após as frustrações vividas na grande metrópole do Rio de Janeiro, no passado de decepções, como se confere do contexto da sua súplica inaugural e confronto dos testemunhos tomados (fs. 2 e 21-23).
> Em hipótese tal o divórcio é remédio que a lei põe ao alcance das pessoas mal sucedidas no casamento, o qual, sem vida comum efetiva, só subsiste no papel.
> Adotou o ilustre Magistrado critério de equilíbrio ao inacolher o extremo legalismo do eminente representante ministerial, quando pretendeu nulidade do processo pela conduta discretíssima da esforçada Curadoria Especial (f. 19), a qual, em absoluto, não descurou do seu dever funcional: ao primeiro contacto com a causa deu embate à pretensão deduzida em favor do seu ausente assistido (f.13), mas diante da prova evidente a ela se rendeu comedidamente (f.19), e valente se posicionou coerente na resposta ao recurso (fs. 39-40). (TJ/RJ – Apelação Cível nº 6.354/95 – Rel. Des. Ellis Figueira – Julgado em 05/12/1995 e Publicado em 22/12/1995)

Todavia, para doutrinadores como Maria Helena Diniz, tal entendimento, ante as alterações da Lei nº 7.841 de 1989, "não se dava, visto que não havia mais possibilidade de divórcio litigioso direito; logo, havendo ausência do consorte, ao outro cônjuge só seria possível pleitear a separação judicial litigiosa aguardando 1 ano para obter o divórcio"[116].

Uma teoria para o possível descaso do legislador quanto à morte presumida ser causa de dissolução de vínculo matrimonial, talvez tenha sido o fato de que seria mais fácil e mais

[116] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. Op. cit. p. 251.

rápido para o cônjuge promover a separação judicial ou divórcio[117], ao contrário de se esperar 10 anos para a configuração da ausência em morte presumida. No art. 315 do revogado Código Civil, "como não se aceitava o divórcio a vínculo, era necessário deixar expresso que também não se aplicaria a presunção de morte. A partir da Lei nº. 6.515/77, instituído o divórcio, dificilmente alguém se utilizaria desta presunção para dissolver o vínculo conjugal"[118]. Todavia, com o divórcio o cônjuge perdia o direito sucessório, já que o mesmo não será mais herdeiro na fase da sucessão definitiva.

Todavia, havia, à época da Lei de Divórcio, existia hipótese de morte presumida dissolver o vínculo matrimonial. As Leis nº 6.683/70 (Lei de Anistia) e Lei nº 9.140/95, com alteração da Lei nº 10.536/2002, permitiam a abertura da sucessão definitiva, e sua conseqüente declaração de morte presumida de presos políticos que desapareceram durante o Regime Militar. O art. 6º, § 4º da Lei de Anistia, além da abertura da sucessão definitiva, traz também como efeito a dissolução do vínculo conjugal:

> Art. 6º O cônjuge, qualquer parente, ou afim, na linha reta, ou na colateral, ou o Ministro Público, poderá requerer a declaração de ausência de pessoa que, envolvida em atividades políticas, esteja, até a data de vigência desta Lei, desaparecida do seu domicílio, sem que dela haja notícias por mais de 1 (um) ano
>
> [...]
>
> § 4º - Depois de averbada no registro civil, a sentença que declarar a ausência gera a presunção de morte do desaparecido, para os fins de dissolução do casamento e de abertura de sucessão definitiva.

Caio Mário da Silva Pereira já se manifestou sobre o assunto em um trabalho publicado no ano de 2001. Nele, o jurista opinou sobre o reconhecimento da extinção do vínculo matrimonial, autorizando ao cônjuge do desaparecido político a contrair novo casamento, sem exigir a propositura de ação de divórcio[119].

2.4 O Código Civil de Miguel Reale e o novo casamento do cônjuge remanescente

---

[117] Maria Berenice ensina assim: "Separação e divórcio servem a um só propósito: romper o casamento. Não se justifica, assim, a opção do legislador por manter regras próprias para a separação judicial (instituindo um sistema fechado, rígido e com causas específicas, discutindo culpa, saúde mental e falência do amor) e admitir o divórcio submetido a um único requisito objetivo: o tempo. É absoluta-mente indevida a intromissão do Estado na vontade das partes, impondo prazos ou identificação de "culpas" para desfazer o casamento". (DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 283.)

[118] CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 2.

[119] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Pessoas desaparecidas em atividades políticas no período da repressão: os efeitos jurídicos e sociais da Lei nº 9.140/95. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 25.

Além de proteger os bens do ausente, o Novo Código Civil visou resguardar a proteção da pessoa humana, definindo seu estado civil e possibilitando a dissolução do matrimônio. Em seu art. 1.571, § 1º, há mudanças profundas quanto à situação do cônjuge sobrevivo, dispondo assim:

> 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.**

Dessa forma, a própria ausência, em sentido estrito, passou a ter uma nova configuração com o advento do Código de 2002. Agora, não há interesses meramente patrimoniais, mas também uma busca pela regulamentação da situação conjugal, trazendo assim, segurança jurídica à relação conjugal. Portanto, o cônjuge poderá se casar novamente, quando o vínculo matrimonial se romper. Isto irá acontecer quando no procedimento de declaração de ausência, chega-se a fase de abertura da sucessão definitiva do ausente (art. 6º c/c art. 37) com decisão transitado em julgado. J.M Leoni Lopes de Oliveira concorda nesse sentido:

> A declaração de ausência não autoriza o cônjuge do ausente a contrair matrimônio. A hipótese de morte presumida prevista no art. 6° do Código Civil só se refere, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva. Antes da abertura da sucessão definitiva o cônjuge do ausente se pretender casar-se com outra pessoa deverá primeiro se divorciar, citando o ausente por edital, afim de obter o rompimento do vínculo de casamento[120].

Tal inovação representa um alívio para aqueles que pretendem um dia reconstruírem suas vidas com um novo casamento, após a abertura da sucessão definitiva e a decretação da morte presumida de seu cônjuge.

Todavia, ao prestar atenção à letra fria da lei, § 1º do art. 1.571, pode-se observar uma espécie de descuido do legislador. De acordo com o referido parágrafo, o casamento só pode se dissolver pela morte presumida quanto à presunção estabelecida ao ausente. Em outras palavras, vínculo matrimonial somente irá se dissolver quando houver todo o procedimento judicial de declaração de ausência (curatela do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva). Tal rigidez na interpretação do parágrafo § 1º deixaria de fora os casos de morte

[120] OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Novo Código Civil Anotado**: Parte Geral. 3ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, v I. p. 80.

presumida sem declaração de ausência, previstos no art 7º, I e II. Yussef Said Cahali explica essa situação assim:

> A falta de coordenação entre a Parte Geral e a Parte Especial do novo Código induziu ao legislador a referir-se à dissolução do casamento apenas na hipótese de morte presumida em razão de declaração judicial de ausência. É a hipótese prevista no seu art. 6º, que repete literalmente o art. 10 do Código revogado(...)[121]

A doutrina colocou fim a essa omissão do legislador quanto à morte presumida sem declaração de ausência possuir ou não o caráter de dissolução do vínculo matrimonial, conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves e Yussef Said Cahali, respectivamente:

> [...] como a morte presumida extingue a sociedade e o vínculo conjugal, será permitido ao ex-cônjuge contrair novas núpcias, uma vez que a declarada por sentença, mesmo sem decretação de ausência, nas condições do aludido art. 7º, desfruta da mesma eficácia correspondente à morte real, como causa da dissolução da sociedade conjugal[122].
>
> Sem embargo da redação do § 1º do art. 1.571, não temos dúvida em reconhecer que a morte presumida declarada por sentença, mesmo sem declaração de ausência, nas condições do art. 7º, desfruta da mesma eficácia que a morte real, para o fim de determinar a dissolução da sociedade conjugal[123].

Já que o Novo Código Civil não estabeleceu qualquer distinção entre os casos de morte presumida, conclui-se que o mesmo teve como objetivo ter consideração a

> pessoa do outro cônjuge e a necessidade de ser-lhe possibilitada, até em função do fundamento constitucional da dignidade humana, o direito a ser feliz com outra pessoa, aspecto em que, induvidosamente, acompanhou o legislador a orientação adotada por nações com sistema legal avançado, não sendo justo pretender-se, na situação referida, solução diversa para casos nos quais a conseqüência reconhecida pela lei é a mesma e consistente em ter como caracterizado, ainda que por presunção, ó óbito[124].

Assim, pode-se dizer que o novo estatuto civil extingue o vínculo matrimonial também por declaração judicial de morte presumida, não proveniente de decretação de ausência. Sendo este prazo muito menor que o da morte presumida com declaração judicial de ausência. Nesse tom, Mário Alberto Konrad afirma que "melhor seria que o novo Código Civil tivesse se referido à 'declaração judicial de morte presumida' como suficiente para extinguir o casamento"[125].

---

[121] CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação. 11.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 60, *apud* COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Op. cit. p. 13-14.
[122] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 189, *apud* Ibid. p. 14.
[123] CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p. 60, *apud* Ibid. p. 14.
[124] COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Op. cit. p. 15-16.
[125] KONRAD, Mário Alberto. Causas de extinção do vínculo matrimonial, Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002. p. 86, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op. cit. p. 84.

Logo, pode-se resumir os casos em que a morte presumida extingue a sociedade conjugal e o vínculo do matrimônio nas seguintes situações:

a) Após a terceira fase da declaração de ausência (a abertura da sucessão definitiva), de acordo com os prazos dos arts. 22 a 39 do Código Civil. Em outras palavras, apenas depois de onze (11) anos do desaparecimento do ausente, este poderá ser declarado morto;

b) Nos casos aludidos no art. 7º do Código Civil: morte provável de quem estava em perigo e desaparecido ou prisioneiro em campanha, se não for encontrado até dois (02) anos após a guerra. Portanto, a declaração judicial de morte presumida extingue o vínculo matrimonial;

c) Nos casos já estudados quanto à presunção de morte amparada pela Lei da Anistia, dissolvendo também o vínculo conjugal.

Diante do atual Código Civil, o cônjuge remanescente possui duas opções em relação à sua situação conjugal: pedir o divórcio ou esperar pela declaração judicial de morte presumida.

Se o cônjuge sobrevivo quiser se casar novamente, preferível será ele pleitear o divórcio direto (divórcio direto unilateral), comprovada a separação de fato por mais de dois (02) anos, conforme o já citado § 6º do art. 226 da Constituição Federal, bem como o art. 1580, § 2º do atual Código Civil:

> Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.
>
> § 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Vale lembrar que o divórcio é a forma mais rápida de se extinguir o casamento, entretanto, o mesmo faz com o que o cônjuge remanescente perca o direito à sucessão, conforme o art. 1829 do novo Código Civil:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
>
> I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
>
> II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
>
> **III - ao cônjuge sobrevivente**;
>
> IV - aos colaterais.

Segundo Inácio de Carvalho Neto,

> sendo o cônjuge herdeiro ainda que haja descendentes ou ascendentes do *de cujus* (ou, no caso, do ausente), nos termos do art. 1.829 do novo Código, precisará, não obstante, conservar a posição de cônjuge até a conversão da sucessão provisória em definitiva, quando, só então, haverá realmente a vocação hereditária. Se se divorciar antes, embora tendo a vantagem de poder se casar novamente desde logo, terá a desvantagem de perder a capacidade sucessória do ausente[126].

Há parte da doutrina que entende que o cônjuge remanescente deve, de maneira obrigatória, promover o divórcio, se por acaso quiser se casar. Contudo, tal entendimento não tem razão de ser aceito, já que se a lei tivesse interesse que o cônjuge do ausente pedisse o divórcio, ela teria que ter se omitido, pois já funcionava assim na Lei de Divórcio[127].

Mas, indaga-se se o cônjuge sobrevivo tiver envolvimento pelo ausente e esperança de um possível retorno do mesmo ao seio da família, poderá ele aguardar pelo reconhecimento da presunção de morte (conversão da sucessão provisória em definitiva). Assim, depois de passado tanto tempo, se ele quiser refazer sua vida ao lado de outra pessoa, "permitida está a morte presumida como instrução para o processo de habilitação do novo casamento do viúvo"[128].

Consignam-se algumas omissões da nova lei civil no que tange à dissolução do casamento do morto presumido, na visão do Promotor de Justiça Inácio de Carvalho Neto[129].

A primeira delas se trata do momento em que se considera a morte presumida do ausente, para efeito da dissolução do seu casamento. Lendo, de maneira simplista, o art. 22 do Código Civil, poderia se chegar à conclusão de esse momento seria o momento do desaparecimento do ausente. Todavia, o referido Promotor de Justiça ensina que essa interpretação iria contrariar a sistemática do instituto, bem como o que dispõe o art. 6º do Código, na parte "[...] presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva". Portanto, é a conversão da sucessão provisória em definitiva que dissolve o casamento do ausente.

A segunda se deve ao fato de a lei não ter esclarecido de que bastaria a sentença declaratória de morte presumida para resultar ao cônjuge remanescente a condição de viúvo.

---

[126] CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 2.
[127] Ibid. p.3.
[128] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. Op. cit. p. 251.
[129] CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 2-3.

As sentenças declaratórias de ausência e morte presumida, conforme o art. 9º, IV, do Código Civil e o art. 94 da Lei de Registros Públicos, serão registradas no Registro Civil:

> Art. 9º Serão registrados em registro público:
>
> I - os nascimentos, casamentos e óbitos;
>
> II - a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz;
>
> III - a interdição por incapacidade absoluta ou relativa;
>
> **IV - a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.**

> 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;
>
> 4°) 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.

Seria, assim, ele viúvo de cônjuge vivo? "Sim porque não se pode negar que o presumido morto é um possível vivo"[130]. Seria esta viuvez revogável? Sim, seria porque como a lei admite o retorno do "morto" até dez (10) anos após a abertura da sucessão definitiva, para ele reassumir seus bens, ou ainda, mesmo após esses dez (10), sem reassumir seus bens, deixará ele de ser considerado morto, assim revogando o estado de viuvez do cônjuge.

A terceira lacuna legal é em relação aos documentos que o viúvo do ausente irá apresentar para habilitação do seu novo casamento. O art. 1.525 do Código Civil diz:

> Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:
>
> I - certidão de nascimento ou documento equivalente;
>
> II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;

[130] Loc. cit.

> III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;
>
> **IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;**
>
> **V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.**

Assim, a pessoa, querendo se casar, terá que provar seu estado civil para se casar novamente. O cônjuge remanescente poderá declarar o estado de viúvo com as implicações já referidas? Ou ele terá que declarar o estado de casado? Porém, para isso, há o impedimento do inciso VI do art. 1.521 do Código Civil:

> Art. 1.521. Não podem casar:
>
> I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
>
> II - os afins em linha reta;
>
> III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
>
> IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
>
> V - o adotado com o filho do adotante;
>
> **VI - as pessoas casadas;**
>
> VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Outro problema se refere ao inciso V do art. 1.525. No referido inciso só constam como documentos comprobatórios de seu estado civil: a certidão de óbito, de anulação ou divórcio. O legislador do Código Civil vigente, data vênia, não se ateve ao fato de qual documento o cônjuge remanescente deveria apresentar na habilitação do seu novo casamento. Acredita-se, portanto, nos termos do art. 1.571, § 1º que bastaria o "viúvo" apresentar a certidão de registro da sentença de conversão da sucessão provisória em definitiva, conforme entendimento de Zeno Veloso:

> Perante o oficial do Registro Civil, ao habilitar-se para o novo matrimônio (arts. 1.525 e 1.526), o que foi casado com o que está sumido deve apresentar a sentença que declarou a morte presumida do ausente, documento que substitui a prova da morte natural e funciona como se fosse uma certidão de óbito[131].

[131] VELOSO, Zeno. Op. cit. p. 153.

Por fim, a última omissão do novo estatuto civil em relação ao tema é o eventual retorno do morto presumido, após seu cônjuge ter contraído novas núpcias. A lei nada fala a respeito. Qual casamento valeria? O primeiro? O segundo? Tal discussão se dará, de maneira extensiva, no próximo capítulo.

3 O EVENTUAL RETORNO DO MORTO PRESUMIDO E O CASAMENTO DO CÔNJUGE REMANESCENTE

No Capítulo anterior, tratou-se da legislação em relação à dissolução do casamento do ausente ao longo do tempo. Percebeu-se que o cônjuge remanescente foi adquirindo cada vez mais direitos no que tange a uma nova chance de ser feliz em um novo casamento. Com o advento do Novo Código Civil, o cônjuge sobrevivo, após a abertura da sucessão definitiva, passou a ter todos os direitos de viúvo e dentre eles, a possibilidade de contrair novas núpcias. Entretanto, o referido diploma legal foi omisso em relação a uma possível volta do morto presumido. Não estabeleceu, de maneira expressa, qual casamento que teria validade. Se seria o primeiro ou o segundo. Assim, nesta fase, expõe-se alguns posicionamentos doutrinários sobre as conseqüências desse retorno e possíveis soluções para essa lacuna da lei.

3.1 As mudanças do art. 1.571 no Projeto de Lei do atual Código Civil

Antes de entrarmos na problemática em questão, faz-se mister tecer um pequeno histórico de mudanças que o art. 1.571 sofreu no decorrer da elaboração do Novo Código Civil.

Em 1963, foi apresentado o Anteprojeto de Código Civil do professor Orlando Gomes. Nele, estava previsto o caso do novo casamento do cônjuge do ausente, conforme o art. 63:

> Art. 63. Transcorrido um ano após ter transitado em julgado a sentença que declare a morte presumida do ausente, pode o seu cônjuge contrair novo casamento.
> § 1º Regressando o ausente, o segundo casamento será declarado nulo, mas produzirá os efeitos do matrimônio putativo.
> § 2º Não se pronunciará a nulidade do segundo casamento se provada a morte real do ausente em data posterior à sua celebração[132].

Em 1974, o Projeto do Código Civil (Projeto de Lei n° 634) foi enviado à Câmara dos Deputados com a solução proposta no Anteprojeto de 1972. Nele, o parágrafo único do art. 1.608 dispunha assim: "O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código quanto aos ausentes". Todavia, já

[132] VELOSO, Zeno. Op. cit. p. 160-161.

na primeira etapa da tramitação, o deputado José Bonifácio ofereceu uma emenda (Emenda n° 838) no sentido de suprimir o referido parágrafo único, afirmando que "não é justo, nem jurídico, que se mantenha "viúvo" ou "viúva" de cônjuge presumidamente morto"[133]. Tal emenda não logrou êxito.

Em 1984, o Projeto foi encaminhado ao Senado. Nele, o parágrafo único do art. 1608 foi transposto para o parágrafo único do art. 1.574, o qual reproduzia o parágrafo único do art. 315 do antigo Código Civil. Contudo, o senador José Fragelli ofereceu a Emenda n° 192, adicionando ao art. 1.574 um novo inciso, para afirmar que a sociedade conjugal termina: "V – Por novo casamento do cônjuge de quem foi declarado ausente por decisão judicial passada em julgado". Segundo o senador, essa emenda proporcionaria uma solução adequada à declaração judicial de ausência. Ela, por si mesma, não seria uma causa de dissolução de casamento, mas iria possibilitar o novo casamento do cônjuge do morto presumido, sendo a dissolução um efeito inevitável.

Ao Senado foram enviadas algumas sugestões de Professores de Direito. Dentre eles, os professores Álvaro Villaça Azevedo e Regina Beatriz Tavares da Silva. Estes propuseram uma mudança no art. 1.574, mas aproveitando a emenda do senador José Fragelli. A redação do parágrafo único do artigo em questão seria assim: **"**O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto aos ausentes"**.** Os citados professores justificaram sua sugestão:

> adotamos o pensamento da Emenda n° 192, quanto à dissolução do vínculo conjugal pela morte presumida do ausente, eis que não tem cabimento vedar a seu cônjuge um novo casamento e tampouco obrigá-lo a outro procedimento judicial, o do divórcio, além daquele já realizado sobre a ausência, para obter a dissolução do vínculo conjugal e poder casar-se outra vez[134].

Sendo assim, o senador Josaphat Marinho, Relator-Geral do Projeto, fez parecer favorável à referida emenda. Ele apresentou, ainda, duas Subemendas. A Subemenda n° 1 era para modificar o inciso V do art. 1.574: "V – Por novo casamento do cônjuge, declarada a ausência do outro em decisão judicial transitada em julgado". Já a Subemenda n° 2 dava a seguinte redação ao § 1° do citado artigo: "§ 1° 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".

---

[133] Ibid. p. 148-149.
[134] Ibid. p. 161.

O Relator-Geral, atendo às conseqüências do referido dispositivo legal, procurou regular o caso de o ausente voltar, oferecendo a Emenda n° 194 ao Projeto. Segundo essa emenda, seria necessário acrescentar um outro artigo, após o art. 1.574 explicando que na hipótese do inciso V do artigo anterior**,** "o casamento precedente permaneceria dissolvido, ainda quando a declaração de ausência seja levantada". O novo art. 1.575 dispunha de quatro parágrafos explicando todos os procedimentos em caso de um retorno do ausente.

O atuante senador Fragelli explicou que a Emenda n° 194 tinha por objetivo disciplinar as conseqüências do casamento em caso de declaração de ausência. Divergindo, assim, do direito italiano, no qual há também a possibilidade de um novo casamento, porém, ele será nulo, caso o ausente reaparecer ou provada a sua existência.

O Relator-Geral acolheu a citada emenda, propondo somente a troca da palavra "levantada" pelo termo "revogada". Tal sugestão foi feita pelo mestre Miguel Reale. Desta forma, os arts. 1.574 e 1.575 consolidados nesta fase da tramitação do Projeto do Novo Código Civil seriam:

> Art. 1.574. A sociedade conjugal termina:
> I – pela morte de um dos cônjuges;
> II – pela anulação do casamento;
> III – pela separação judicial;
> IV – pelo divórcio;
> V – por novo casamento do cônjuge, declarada a ausência do outro em decisão judicial transitada em julgado.
> § 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 por morte do marido, a viúva terá direito à manutenção do nome de casada, e no caso de divórcio observar-se-á o disposto na lei específica."
>
> Art. 1.575. Na hipótese do inciso V do artigo antecedente, o casamento precedente permanece dissolvido, ainda quando a declaração de ausência seja revogada.
> § 1o Revogada a declaração de ausência, o cônjuge que contraiu novo casamento poderá demandar-lhe a anulação, salvo se ao tempo da respectiva celebração sabia que o cônjuge anterior estava vivo.
> § 2o É de noventa dias, contados da data em que a declaração de ausência for revogada, o prazo para exercício da faculdade prevista no artigo antecedente.
> § 3o Anulado o novo casamento, fica o cônjuge requerente impossibilitado de contrair matrimônio com pessoa diversa da do seu ex-cônjuge, enquanto este se mantiver solteiro e capaz.
> § 4o À anulação do casamento prevista neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no Capítulo VIII.

Em 1997, o Projeto retornou, enfim, à Câmara, no sentido que a mesma se manifestasse sobre as emendas aprovadas no Senado. O deputado Antonio Carlos Biscaia, Sub-Relator do Projeto, rejeitou as propostas contidas no inciso V e na parte final do § 1°. O deputado afirmou que com o divórcio direto, conforme o § 6° do art. 226 da Constituição Federal, o cônjuge sobrevivo, provavelmente, não iria aguardar o fim da longa ação de ausência, já que lhe é permitido requerer o divórcio direto, fundado na separação de fato de dois (02) anos. Assim, o art. 1.575 ficaria também comprometido pelo fato do não-acolhimento da declaração de ausência como causa de dissolução de sociedade conjugal.

O deputado Ricardo Fiúza, o novo Relator-Geral do Projeto, opinou pela exclusão do inciso V do art. 1.574, bem como da parte final do § 1°. Contudo, no texto que foi para votação final da Câmara dos Deputados, estava o § 1° do art. 1.574, só que agora no § 1° do art. 1.571: "1° 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". Sendo esta redação aprovada, sancionada e promulgada. Zeno Veloso opina que tal redação deve ter sido aprovada talvez por um descuido[135].

Diante do exposto, infere-se que a morte presumida dos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva, como causa de dissolução de casamento, foi rejeitada na fase final de tramitação, mas foi aprovada por um equívoco. É necessário, portanto, diante desse suposto "engano" legislativo, analisar algumas possíveis conseqüências e soluções para lacuna legal em questão.

3.2 **As possíveis conseqüências jurídicas do retorno do morto presumido**

A respeito do retorno do ausente (já com a morte presumida declarada) após o segundo casamento do cônjuge supérstite, a doutrina seguiu duas direções: a primeira corrente acredita na nulidade do segundo casamento e a outra, na sua validade.

[135] Ibid. p. 152.

3.2.1 Nulidade do segundo casamento

Os autores que pertencem a essa corrente doutrinária sugerem que o retorno do morto presumido dissolve não só a declaração de sua morte presumida como também os efeitos jurídicos provenientes da mesma. Segundo Maria Helena Diniz, "Com seu aparecimento, ante a lacuna normativa, não mais haverá morte presumida, logos seus efeitos apagar-se-ão; então, nulo deverá ser, por analogia, o segundo matrimônio, com efeito de casamento putativo"[136].

O ato nulo é aquele que, na linguagem popular, "já nasce morto", isto é, seu vício é tão grave que provoca sua invalidade desde do momento em que surge. Como Sílvio de Salvo Venosa bem ensina:

> A função da nulidade é tornar sem efeito o ato ou negócio jurídico. A idéia é fazê-lo desaparecer, como se nunca houvesse existido. Os efeitos que lhe seriam próprios não podem ocorrer. Trata-se, portanto, de vício que impede o ato de ter existência legal e produzir efeito, em razão de não ter sido obedecido qualquer requisito essencial[137].

Todavia, diferente de um ato nulo qualquer, o casamento putativo, produz efeitos até a data da sentença anulatória já que este "embora nulo ou anulável, foi, todavia, em boa-fé contraído por um só ou ambos os cônjuges"[138]. Conforme previsto no capítulo da invalidade do casamento, art. 1.561 do Código Civil:

> Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.
> § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.
> § 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

Por força dos incisos II e VI dos arts. 1.548 e 1.521, respectivamente, do Código Civil, o novo casamento do cônjuge remanescente seria, então, de acordo com essa corrente, putativo nulo e não anulável, por ter tido um impedimento absolutamente dirimente violado[139]:

> Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:
> (...)

---

[136] DINIS, Maria Helena de. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família. Op. cit. p.251.
[137] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 7ed. São Paulo: Atlas, 2007. v 1. p. 462.
[138] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: direito de família. 37.ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavarez da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137.
[139] Esse tipo de impedimento é aquele em que prevalece o interesse da sociedade como um todo, obrigando ao Estado agir com mais rigor, considerando o ato nulo.

II - por infringência de impedimento

Art. 1.521. Não podem casar:
(...)
VI - as pessoas casadas

Tal entendimento doutrinário na opinião de Maria Helena Diniz tem por base o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro que diz: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

A referida autora também baseia seu entendimento no fato de que a presunção de morte acolhida pela lei civil não é uma presunção absoluta (*juris et de jure),* mas sim uma presunção relativa (*juris tantum)*. Assim, a autora discorre sobre o assunto:

> Deveras, viável seria tal solução, pois a sentença declaratória de morte presumida, principalmente no caso do art. 7º, apesar de ter eficácia contra todos, não produz, como diz Mário Luiz Delgado, coisa julgada material, sendo suscetível, a qualquer tempo, de revisão, desde que se encontre provas relativas à sobrevivência do desaparecido, que, retornando ao seu meio, voltará, na medida do possível, ao estado anterior, deixando aquela decisão de irradiar efeitos, retroagindo *ex tunc* à data estabelecida, judicialmente, como sendo a do seu possível óbito[140].

Sendo assim, a morte presumida "desfaz-se com a prova de que não houve morte real, ou seja, com o reaparecimento do ausente. Então, desfeita a presunção, seria lógico se entender desfeita também a dissolução do casamento"[141].

Silvio Rodrigues concorda com Maria Helena Diniz no que tange a nulidade do novo casamento do cônjuge sobrevivo, usando o mesmo argumento:

> Na falta de lei, parece mais razoável a solução adotada pelo Código italiano. Retornando o ausente, sua morte presumida desaparece, e também os efeitos daí decorrentes. Deixa o cônjuge abandonado de ser viúvo, e deve ser considerado nulo o segundo casamento, pela verificação de impedimento matrimonial (art. 1.548, II c/c o art. 1.521, VI) embora podendo emprestar-lhe os efeitos da putatividade[142].

Esse posicionamento doutrinário é semelhante ao adotado na Itália, o qual visa preservar o direito do ausente involuntário. O Código Civil italiano, no seu art. 65, dispõe que o cônjuge remanescente pode contrair novo casamento a partir da declaração de morte presumida do ausente. Já o art. 68 prevê que se caso o morto presumido retornar ou se for constatado estar ainda vivo, o novo matrimônio de seu cônjuge será nulo, reconhecendo a

---

[140] DINIS, Maria Helena de. Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família. Op. cit. p. 251-252.
[141] CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit. p. 3.
[142] RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. 2004. Op cit. p. 433.

putatividade do mesmo. Contudo, se for verificado a morte real do presumido morto, mesmo que em data posterior a do novo casamento, terá ele validade[143].

Todavia, Silvio Rodrigues e Maria Helena Diniz só compartilham desse posicionamento pelo fato de a lei ser omissa em relação ao retorno do morto. Para os juristas a melhor solução seria adotar a prática do direito alemão[144], ou melhor, a criação de um "dispositivo expresso a esse respeito, tornando, p. ex., irreversível a dissolução do vínculo conjugal em caso de núpcias em razão da ausência de um dos cônjuges, que produziria os efeitos de morte real[145]".

3.2.2 Validade do segundo casamento

Maria Helena Diniz reconhece, ainda, que há uma segunda corrente que entende ser válido o segundo casamento, no caso do retorno do morto presumido. A autora entende que tal opinião se baseia no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, no qual está exposto: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Tal concepção se firma no fato que uma nova família foi formada e o vínculo matrimonial já fora desfeito com a declaração de morte presumida. O autor Zeno Veloso se prende à própria lógica legal para explicar tal posicionamento doutrinário:

> Ora, é o próprio Código Civil, no art. 6º, segunda parte, que afirma que se presume a morte, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva (prevista no art. 37), e, no § 1º, segunda parte, do art. 1.571 afirma que o casamento válido se dissolve pela morte presumida do ausente. Se a norma considera dissolvido, no caso, o vínculo matrimonial, como dar por nulo o novo casamento da pessoa que foi casada com o ausente, e cujo casamento a lei mesma tem por extinto?[146]

Yussef Said Cahali sugere que se interprete o novo Código Civil, no que tange o regresso do ausente e uma nova união de seu ex-cônjuge assim:

> Entende-se, assim que, no sistema ora implantado em nosso Direito, a declaração judicial de ausência de um dos cônjuges produz os efeitos de morte real do mesmo, no sentido de tornar irreversível a dissolução da sociedade conjugal; ao seu retorno a qualquer tempo em nada interfere no

---

[143] Ibid. p. 432.

[144] Silvio Rodrigues conclui assim: "Repetimos, porém, que de *lege ferenda*, melhor seria a opção do direito alemão, perdendo o novo Código boa oportunidade para dar um adequado tratamento à questão, até porque cria o problema ao permitir o novo casamento quando declarada a morte presumida do cônjuge". (Ibid. p. 433)

[145] DINIS, Maria Helena de. **Curso de Direito Civil**: direito de família. Op. cit. p. 252.

[146] VELOSO, Zeno. Op. cit. p. 154.

> novo casamento do cônjuge, que tem preservada, assim, a sua plena validade[147].

Nesse tom, Carlos Roberto Gonçalves opina que se o ausente "estiver vivo e aparecer, depois de presumida a sua morte e aberta a sucessão definitiva, com a dissolução da sociedade conjugal, e seu cônjuge houver contraído novo matrimônio, prevalecerá o último[148]". Antônio Carlos Mathias Coltro afirma também que:

> (...) não se podendo imaginar que, procurando resolver a situação do presumidamente viúvo, de sorte a poder ele aliar-se a outra pessoa, deva se considerar, se acaso retornar, como desfeito o novo par, em prejuízo dos que o integram e dos filhos que dele eventualmente resultantes[149].

Maria Berenice Dias finaliza muito bem essa discussão, alegando que o segundo casamento não pode ser considerado nulo ou inexistente, já que não se pode falar em nulidade sem expressa previsão legal. Para a Desembargadora,

> essa solução, aliás, melhor atende aos fatos da vida, pois de todo inviável convalidar relação já desvanecida pelo decurso do tempo. Ao depois, preferindo o cônjuge retornar aos braços do primeiro amor, que se divorcie e case novamente com ele[150].

Essa corrente encontra raízes no direito alemão. O referido direito estrangeiro cuida do tema na Lei de Casamento (*Ehegesetz*), que data da longínqua década de 40, nos seus arts. 38 e 39. Segundo o citado dispositivo legal, o novo casamento do cônjuge sobrevivo não será nulo, ainda que fique provada a existência do morto presumido, a não ser que um dos cônjuges ou ambos soubessem que o "morto" estava vivo. Portanto, com a celebração do segundo casamento, o primeiro fica dissolvido, mesmo se a declaração de morte for invalidada. Silvio Rodrigues concorda com o previsão legal alemã assim:

> Essa solução, embora audaz, é a que mais se acomoda à realidade e ao interesse social, pois, se em virtude da ausência se estabeleceu uma nova família, assentada em novo matrimônio, que resultou satisfatório para os cônjuges, é irrazoável que por mero amor à lógica se dissolva esse conúbio e se destrua aquela família, para tentar restabelecer uma ligação de que o tempo tirou toda a realidade[151].

Vale ressaltar que o cônjuge remanescente poderá pedir a invalidação de seu novo casamento e se casar novamente com seu cônjuge anterior no momento que descobrir que o mesmo ainda vive.

---

[147] CAHALI, Yussef Said. Op cit. p. 70, *apud* PORTO, Tarcisa Araceli Marques. Op cit. p. 114.
[148] GONÇALVES, Carlos Roberto. Op cit. p. 118, *apud* CARVALHO NETO. Inácio de. Op. cit. p. 4.
[149] COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Op cit. p.20.
[150] DIAS, Maria Berenice. Op. cit. p. 286.
[151] RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito de família. Op. cit. p. 433.

Nesse sentido, o direito argentino, por meio da Lei nº 14.394/54, no art. 31, estabelece que a presunção de morte não dissolve o vínculo matrimonial, porém está autorizado o cônjuge do ausente contrair novas núpcias. A nova celebração dissolve, assim, a anterior. Silvio de Salvo Venosa entende que esse é o melhor a ser adotado pelo direito pátrio. Válido seria o segundo casamento, tendo sido desfeito o primeiro. Para tanto, o referido autor cita o jurista argentino Guillermo Borda:

> os novos vínculos e afetos devem ser preferidos aos pretéritos; tanto que mais quanto é possível que o novo matrimônio haja gerado filhos, que, de plano, ver-se-ão em dolorosa situação de ver destruído seu lar[152].

De todo o exposto, percebe-se que embora tenha uma cisma na doutrina brasileira a respeito do retorno do morto e suas conseqüências no novo casamento do cônjuge supérstite, não há como negar a existência de pontos fortes em ambas as correntes doutrinárias, bem como sua preocupação com à família. Contudo, melhor seria se houvesse uma solução em nosso ordenamento jurídico para resolver claramente essa questão. No curso da pesquisa duas soluções foram encontradas: a revogação do § 1º do art. 1.571 e a criação de um artigo que fundamentasse a não anulação da segunda união do cônjuge sobrevivo.

3.3 **As possíveis soluções para a lacuna legal**

3.3.1 Revogação do § 1° do art. 1.571

Diante da problemática do retorno do morto presumido e o novo casamento de seu cônjuge, o Promotor de Justiça Inácio de Carvalho Neto pensa que a melhor solução seria que o legislador do Novo Código tivesse evitado a previsão da morte presumida como causa de dissolução de casamento. A partir desse pensamento, a Deputada Laura Carneiro propôs o Projeto de Lei n° 5.759 à Câmara dos Deputados**,** em 17 de agosto de 2005, que visa alterar o Código Civil, revogando o § 1° do seu art. 1.571, usando como justificação de sua proposta o artigo do referido Promotor[153].

A deputada acredita que a extinção do vínculo matrimonial "pela morte presumida deixa pendente uma série de problemas. Ela considera possível concluir, a partir do novo

---

[152] BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil**: parte general. 10 ed. Buenos Aires: Perrot, 1991. v.1. p. 307, *apud* VENOSA, Sílvio de Salvo. Op cit. p. 155.

[153] CARVALHO NETO, Inácio de. Op. cit.

Código Civil, que a tal dissolução do casamento se daria tão logo se desse o desaparecimento do ausente"[154]. Tal entendimento é equivocado, já que o estatuto civil só estabelece a dissolução do vínculo matrimonial pela conversão da sucessão provisória em definitiva, no caso do art. 6º ou na declaração judicial de morte presumida nos termos do art. 7, incisos I e II.

A proposta visa proibir a morte presumida como causa de término da sociedade conjugal, conforme a seguir:

> PROJETO DE LEI Nº , DE 2005
> (Da Sra. Laura Carneiro)
>
> Proíbe a morte presumida como causa de término da sociedade conjugal.
>
> O Congresso Nacional decreta:
>
> Art. 1º Esta Lei proíbe a morte presumida como causa de término da sociedade conjugal.
>
> Art. 2º A Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> "Art. 1.571.....
> § 1o O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.
> .....(NR)
>
> Art. 3º . Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Traçando uma retrospectiva pela curta tramitação do referido Projeto, pode-se dizer que o mesmo foi encaminhado, em 23 de agosto de 2005, às Comissões de Seguridade Social e Família (CSSF) e Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), nos termos do inciso III do art. 53 e II do art. 24, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RESOLUÇÃO Nº 17, de 1989):

> Art. 53. Antes da deliberação do Plenário, ou quando esta for dispensada, as proposições, exceto os requerimentos, serão apreciadas:
> [...]
> III - pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade,

[154] PROJETO mantém casamento com cônjuge desaparecido. Seção de notícias do site da Deputada Laura Carneiro, Fonte Agência Câmara. 27 set.2005. Disponível em < http://www.lauracarneiro.com.br/noticias_ Setembro.htm> . Acesso em 12 ago. 2008.

> regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso;
> [...]
>
> Art. 24. Às Comissões Permanentes, em razão da matéria de sua competência, e às demais Comissões, no que lhes for aplicável, cabe:
> [...]
> II - discutir e votar projetos de lei, dispensada a competência do Plenário, salvo o disposto no § 2º do art. 132 e excetuados os projetos:
> a) de lei complementar;
> b) de código;
> c) de iniciativa popular;
> d) de Comissão;
> e) relativos a matéria que não possa ser objeto de delegação, consoante o § 1º do art. 68 da Constituição Federal;
> f) oriundos do Senado, ou por ele emendados, que tenham sido aprovados pelo Plenário de qualquer das Casas;
> g) que tenham recebido pareceres divergentes;
> h) em regime de urgência;
> [...]

Na CSSF, a deputada Celcita Pinheiro foi designada Relatora da Comissão. Em 10 de novembro de 2005, a referida comissão se mostrou contra a proposta de Laura Carneiro. Em seu parecer[155], a Relatora alega que:

> Não se pode negar ao cidadão a porta de saída para problemas que lhe causem profundo sofrimento e cuja solução esteja além de suas forças.
> (...)
> A morte presumida é declarada em casos bem restritos, não se confundindo com a mera ausência de uma pessoa, cujo paradeiro não se consegue identificar.
> Impedir o outro cônjuge de regularizar sua situação matrimonial e de levar uma vida normal constituiria uma grave injustiça legal e social, o que não é a finalidade da lei.
> A lei existe para promover a pacificação social, não podendo o Estado impor ao cidadão uma vida de sobressaltos, de angústia, de perene incerteza, com uma espada de Dâmocles sempre pendente sobre a sua cabeça.

Todavia, em 16 de março do ano seguinte, a referida comissão retificou sua posição e aprovou o Projeto de lei em questão. De acordo com a Relatora, tal proposta "atende ao interesse público, no que tange à questão da manutenção do vínculo conjugal[156]". Celcita continua:

> Imagine-se, por exemplo, a hipótese de pessoas que tenham sido vítimas de algum acidente ou de perda de memória, ficando incomunicáveis com a família e os parentes durante um grande lapso de tempo, sem serem identificadas ou encontradas.

[155] Parecer retirado do site de Consulta à tramitação das proposições da Câmara dos Deputados. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=297209>. Acesso em 12 ago. 2008.
[156] Loc. cit.

> Cessada tal causa, o retorno ao lar acabaria criando verdadeiro constrangimento e embaraços até mesmo de ordem jurídica[157].

O Parecer da Relatora foi aprovado por unanimidade. O projeto seguiu no mesmo mês seguinte para a CCJC. Atualmente, o projeto se encontra arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, conforme o art. 105 do Regimento Interno da referida Casa:

> Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:
> I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;
> II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;
> III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;
> IV - de iniciativa popular;
> V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.
> Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subseqüente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

Assim sendo, se o projeto prosperar nos próximos meses, na CCJC, há a possibilidade de o mesmo se tornar lei o que é um retrocesso no direito pátrio, já que novamente o cônjuge remanescente terá que necessariamente promover ação de divórcio se quiser ter seu casamento dissolvido. Tal projeto violenta, de certa forma, um dispositivo que valoriza a despatrimonialização do instituto da ausência, a constitucionalização do direito de família e principalmente a defesa principiológica e valorativa das relações de afeto[158].

3.3.2 Inclusão de novo artigo após o art. 1.571

O Professor Zeno Veloso é um dos juristas que pertencem à corrente que entende a validade da nova união do cônjuge remanescente, embora exista a lacuna legal quanto a isso. Segundo o referido professor, já que a proposta do art. 1.575 do Projeto do Código Civil, aprovada no Senado Federal, que previa a possibilidade do eventual retorno do morto, não foi aprovada na versão final do Código, faz-se necessário que o legislador preencha tal lacuna o mais rápido possível. Para que a tão aclamada segurança jurídica exista, tal omissão não pode ser gerida por uma infinidade de entendimentos doutrinários ou de futuras decisões judiciais.

---

[157] Loc. cit.

[158] FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 7.

Para tanto, o direito pátrio precisa resolver o problema, como muitas legislações alienígenas já o fizeram. Assim, a sugestão de Zeno Veloso é a introdução do art. 1.571-A no Código Civil, conforme a seguir:

> Art. 1.571-A. Se o cônjuge do ausente contrair novo casamento, e o que se presumia morto retornar ou confirmar-se que estava vivo quando celebradas as novas núpcias, o casamento precedente permanece dissolvido.

Tal sugestão parece singela, mas colocaria fim a essa divergência e não feriria a dignidade da pessoa humana do cônjuge abandonado que não precisaria ficar a mercê do acaso, conforme o pensamento de Amanda Cristina Freitas Pereira[159].

[159] Amanda Cristina Feitas Pereira pensa assim: "Não se pode olvidar que a falta de regulamentação dos efeitos matrimoniais do retorno do cônjuge que partiu, fere a dignidade da pessoa humana, insculpida no artigo 1°, inciso III da Constituição Cidadã de 1988, do cônjuge abandonado, que fica a mercê do acaso". (PEREIRA, Amanda Cristina Freitas. Op. cit. p. 10.

CONCLUSÃO

Percebe-se ao longo do trabalho que o tratamento dado aos institutos da ausência e morte presumida sofreu mudança profunda com o advento do Novo Código Civil. Durante a vigência do Código Civil de 1916, os direitos sobre os bens deixados pelo ausente eram o mais importante para aquele legislador. Por meio das fases de declaração de ausência, o revogado estatuto civil visava apenas a preservação dos bens do ausente. Apenas após o prazo legal, os direitos patrimoniais dos herdeiros eram contemplados. Entretanto, com 25 anos de discussão do atual Código, a família do ausente passou a ser vislumbrada com respeito, sobretudo o seu cônjuge.

A partir de um "equívoco" ou não do legislador, o cônjuge remanescente passou a gozar de direitos de viúvo, a poder se casar novamente e assim, constituir nova família. A lacuna legal quanto às conseqüências de uma possível existência do morto presumido não manchou o progresso da visão do direito pátrio quanto à busca pela felicidade do cônjuge sobrevivo. Pelo contrário, este adquiriu direitos só antes vislumbrados no direito estrangeiro. Como fora visto, o direito alemão tratou do assunto de maneira pioneira, ainda na década de 40.

Por outro lado, é inegável que o cônjuge sobrevivo merece poder escolher entre promover a ação de divórcio ou esperar pela abertura da sucessão definitiva e a conseqüente declaração de morte presumida de seu cônjuge, para se casar novamente. Desta forma, faz-se urgente a necessidade de haver uma lei que regularize tal lacuna. Por mais que estudiosos do direito e a jurisprudência se esforcem para realizar tal tarefa, o cônjuge supérstite merece total estabilidade jurídica quanto ao seu novo casamento.

Conclui-se, assim, que a inclusão de um novo artigo na lei civil abarcando tal hipótese será a justa garantia ao papel deste cônjuge, que superou todas as etapas legais e processuais vislumbradas. Teria o ausente morrido realmente? Teria sido sua ausência voluntária? O viúvo presumido pode nunca vir a saber as respostas, porém precisa dar continuidade à sua vida, talvez encontrar um novo relacionamento e para tanto precisa estar juridicamente protegido.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Introdução ao direito romano**. 4.ed. UFRJ – Sub-Reitoria de Ensino de Graduação e Corpo Discente, 1996.

BARROS, Ana Lúcia Porto. et al. **O novo Código Civil***:* comentado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. v. 1.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3.ed. Ministério da Justiça e Negócios interiores. Serviço de Documentação, 1966.

_____. **Direito da Família**. 9.ed. Atual. pelo Desembargador Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

BORGES, Adriana da Cunha. **Lições Preliminares de Direito Civil -** parte geral – obrigações – contratos – atos unilaterais. Goiânia: AB, 2008.

BORGHI, Hélio. **Controvérsias sobre o instituto da ausência**. São Paulo. Disponível em: < http://www.irib.org.br/biblio/borghi1.asp>. Acesso em: 10 ago. 2008.

CARVALHO NETO, Inácio de. **A morte presumida como causa de dissolução do casamento**. Paraná, jun. 2004. Atual. Set. 2008. Paraná Online – Seção Direito e Justiça. Disponível em <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/85270/>. Acesso em: 10 ago. 2008.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. Ausência, Presunção de morte e novo casamento do cônjuge remanescente: questionamentos sobre uma nova realidade. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**: teoria geral / taquigrafado por Victor Bourhis Jürgens. 3.ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino...[et al.] Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. (Segunda Turma Cível). Civil e Processo Civil. Declaração de ausência. Comprovação da morte. Inicial indeferida – artigos 295, v c/c 267, i, do CPC. Apelação Cível nº 145735. Apelantes: R. T. dos S. e OUTROS. Apelado: Ministério Público do DF e territórios. Relator: Des. Getúlio Moraes Oliveira, 4 de outubro de 2001. Disponível em < http://juris.tjdft.jus.br/docjur/144145/145735.doc>. Acesso em 10 ago. 2008.

ESPINOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil Brasileiro**. Rio Janeiro: Conquista, 1957.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família:** elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003**.**

GAMA, José de Souza. **Curso dinâmico de Direito Civil** – Parte Geral. Rio de Janeiro: J. de Souza Gama, 2004.

GIORDANI, José Acir Lessa. **Curso Básico de Direito Civil** – Parte Geral. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v.1.

_____. _____. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

_____. _____. 40.ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1.

_____. **Curso de Direito Civil**: direito de família. 37.ed. rev. e atual. por Regina Beatriz Tavarez da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NERY JR, Nelson Nery; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. **Novo Código Civil Anotado**: Parte Geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, v I.

PEREIRA, Amanda Cristina Freitas. **Morte presumida sem decretação de ausência e o retorno do cônjuge**: efeitos jurídicos matrimoniais. Brasília, dez. 2007. Revista Jurídica, nº 88 - Centro de Estudos da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_88/>. Acesso em: 10 ago. 2008.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Pessoas desaparecidas em atividades políticas no período da repressão: os efeitos jurídicos e sociais da Lei nº 9.140/95. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Instituições de direito civil***:* introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

_____. **Instituições de direito civil**: direito de família**.** rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira**.** Rio de Janeiro**:** Forense, 2004. v. 5.

_____. **Instituições de direito civil:** direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.6. p. 12.

PORTO, Tarcisa Araceli Marques. **A Ausência no Novo Código Civil**. 1.ed. São Paulo: RCS, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Janeiro. (Primeira Câmara Cível). Direito de Família. Divórcio direto decorrente da ruptura da vida conjugal por mais de dois lustros. Posição rígida da Curadoria Especial ao primeiro impacto defensivo, mais flexível ao derradeiro, rendendo-se à evidência dos fatos provados, o que não compromete a sobranceria do seu múnus e nem contamina de nulo o processo. Apelação Cível nº 6.354/95. Apelante: Ministério Público. Apelado: Maria Célia Viter de Oliveira. Relator: Des. Ellis Figueira, 5 de dezembro de 1995. Disponível em < http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000333E49C49B00C2C5ADCF813BEC4A503CA7472C3025323>. Acesso em 10 ago. 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v.1.

_____. _____. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1

_____. **Direito civil:** direito de família. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 6.

_____. _____. 28.ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (Segunda Câmara Cível). Ação declaratória de ausência. Ausente desaparecido há 8 anos. Extinção do processo por carência da ação. Interesse processual evidenciado. Sentença anulada para possibilitar o processamento do feito. Apelação Cível nº 96.003026-3. Apelante: Dileta Vargas Freitas. Apelado: Adao de Freitas. Relator: Des. Anselmo Cerello, 17 de novembro de 2000. Disponívelem<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=17%2F11%2F2000&qDataFim=18%2F11%2F2000&qProcesso=&qEmenta=&qClasse=&qRelator=Anselmo+Cerello&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10&qID=AAAIQGAATAAANfpAAy. Acesso em 10 ago. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Sexta Câmara de Direito Privado). Acidente aéreo. Inexistência de provas no sentido de que tenha ocorrido. Hipótese em que se recomenda maior prudência e adoção do procedimento complexo da declaração de ausência. Apelação Cível nº 318.429-4/6-00.Apelante: Fernanda Gonçalves Motta. Apelado: o juízo. Relator: Des. Des. Márcio Marcondes Machado, 28 de outubro de 2004. Disponível em <http://cjo.tj.sp.gov.br/juris/getArquivo.do?cdAcordao=1967771>. Acesso em 10 ago. 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (Décima Câmara de Direito Privado). Ação cautelar com pleito de justificação para o assento de óbito de pessoa desaparecida pretensão de eventuais herdeiros de abertura da sucessão definitiva decisão agravada que entende necessária a prévia declaração de ausência agravantes que pretendem a aplicação do inciso II, do artigo 7º, do CC inadmissibilidade, posto que não há evidências de que se trata o desaparecido de pessoa que mantivesse alguma militância política aplicação do artigo 1.159 do CPC, com a abertura da sucessão provisória decisão mantida. Agravo de Instrumento de nº 430.696-4/0-00. Agravantes: José Carlos Faria Lago e outra. Relator: Des. Osmar Testa Marchi, 06 de junho de 2006. Disponível em <http://cjo.tj.sp.gov.br/juris/getArquivo.do?cdAcordao=2184475>. Acesso em 10 ago. 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, H.H e MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELOSO, Zeno. Novo Casamento do Cônjuge do Ausente. In: DEL' OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 7ed. São Paulo: Atlas, 2007. v 1.

VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de direito civil**: direito de família. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. v.6.