

BREVES NOTAS SOBRE AUSÊNCIA NA ATUALIDADE

Leandro Reinaldo da Cunha¹

leandro.reinaldo@ufba.br

Resumo: Em tempos atuais o acompanhamento contínuo dos passos de todas as pessoas que vivem na sociedade da informação estabelecida traz novos contornos para a compreensão e desenvolvimento do processo de ausência, sendo cada vez mais difícil se considerar a possibilidade de que alguém venha a desaparecer sem deixar rastros. No entanto ainda existem situações em que tal ocorre, sendo preponderante a utilização dos parâmetros legais fixados para tais casos, sendo pertinente se trazer algumas considerações com o fulcro de tornar mais efetivo o manejo dos instrumentos legislativos que buscam cuidar de tal situação fática. A partir da pesquisa bibliográfica, valendo-se do método analítico-dedutivo, o presente artigo objetiva traçar algumas considerações pertinentes quanto ao processo de ausência.

Palavras-chave: Ausência; Morte; Sucessão

Abstract: In current times, the continuous monitoring of the steps of all people who live in the established information society brings new contours to the understanding and development of the absence process, and it is increasingly difficult to consider the possibility that someone will disappear without leaving a trace. However, there are still situations in which this occurs, being preponderant the use of legal parameters fixed for such cases, it is pertinent to bring some considerations with the aim of making more effective the handling of legislative instruments that seek to take care of such a real situation. Based on the bibliographical research, using the analytical-deductive method, this article aims to outline some pertinent considerations regarding the process of absence.

Keywords: Absence; Death; Succession

¹ Professor Titular-Livre de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Pós doutor e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES. Pesquisador Científico. Investigador e coordenador científico da seção Brasil da Rede Visões Cruzadas sobre a Contemporaneidade (Rede VCC). Associado Titular do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Líder dos grupos de pesquisa “Conversas Civilísticas” e “Direito e Sexualidade”. <https://orcid.org/0000-0003-2062-2184>. leandro.reinaldo@ufba.br

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

2. DESAPARECIMENTO NA SOCIEDADE ATUAL

3. CONFIGURAÇÃO E OBJETIVOS DA AUSÊNCIA

4. INÍCIO DA SUCESSÃO PROVISÓRIA

5. CONCLUSÃO

BREVES NOTAS SOBRE AUSÊNCIA NA ATUALIDADE

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, em que estamos cada instante mais imersos em uma sociedade que tem o poder de vigiar e acompanhar os passos de uma grande parte dos cidadãos, e que nos aproximamos, preocupantemente, de uma realidade similar à prevista por George Orwell, alguns institutos jurídicos podem aparentar estarem fadados ao desuso, presentes apenas nos textos legais e estudos científicos, mas sem qualquer efetividade prática.

Na sociedade da informação, com a massiva coleta de dados pessoais obtida por dadas empresas, a possibilidade de que alguém possa desaparecer sem que se tenha notícias suas pode suscitar espécie, considerando que uma considerável parcela da sociedade não dá um passo sequer sem estar acompanhado de seu telefone celular.

O fato de estarmos cada vez mais conectados (o que ocorre com uma certa parcela da população), torna mais fácil o acompanhamento da localização de muitos cidadãos, contudo não estamos (ainda?) sob a égide de uma sociedade de vigilância plena, razão pela qual os desaparecimentos ainda acontecem.

Sabe-se que tais desaparecimentos podem ter os mais variados motivos, sejam eles queridos ou não pelo sujeito que sumiu, contudo não há como se afastar que tal circunstância ainda é um fato social presente em nosso cotidiano. Talvez se (ou quando?) chegarmos a uma realidade em que todos os indivíduos terão um chip implantado em seu corpo, a sua localização possa ser realizada a qualquer tempo e o problema do desaparecimento deixe de ocorrer, contudo, até lá, termos que lidar com ocorrências desse jaez.

Tais circunstâncias são tratadas pelo Código Civil sob a denominação de ausência, situação fática que merece a atenção dos civilistas desde o período romano, sempre sob a perspectiva das consequências decorrente de tal situação de fato. Evidentemente que, ante a uma análise precoce, pouco há que se trazer de relevante sobre o tema considerando que o texto do Código Civil que trata dessa hipótese continua o mesmo desde sua entrada em vigor em 2003.

Contudo em que pese a manutenção das previsões consignadas no Código Civil,

o Código de Processo Civil de 2015 reduziu bastante os artigos referentes ao tema (sem que, em verdade, tenha trazido grandes alterações sobre o processo em si), o que colacionado com o surgimento da lei 13.812/19 que institui a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas, criando o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas, torna pertinente que se sejam algumas considerações sobre o processo de ausência.

Tendo por ponto de partida o fato de que não é tão incomum como se pode pensar a hipótese de um indivíduo estar em condição que se desconheça totalmente seu paradeiro, se faz imprescindível que se confira clareza à atual situação que envolve o desaparecimento como fato e as consequências jurídicas daí decorrentes.

2. DESAPARECIMENTO NA SOCIEDADE ATUAL

Muito da falsa percepção de que a temática da ausência como instituto jurídico se mostra irrelevante decorre da constatação de que muitas pessoas estão constantemente conectadas à rede mundial de computadores. Tal premissa é verdadeira e não pode ser refutada, contudo desconsidera um grande número de pessoas que estão apartadas de tal realidade, à margem da inclusão digital. Segundo dados do IBGE de 2018, cerca de 46 milhões de brasileiros não possuem acesso à internet², revelando o enorme contingente de pessoas que não estão continuamente monitoradas.

A falsa percepção de que as modalidades de morte ficta previstas no Código Civil (art. 7º e 22) pode não mais ter utilidade prática em razão do atual estado da tecnologia apenas revela uma compreensão parcial do mundo, mas, muito mais que isso, uma visão elitista, que ignora a condição social de uma parcela considerável dos brasileiros, que mesmo sem os mesmos acessos, continuam sendo cidadãos.

Conforme dados coletados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) - Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019³, dentre os que não utilizam a internet os motivos mais indicados foram: “serviço de acesso à Internet era caro”, “não sabiam usar a Internet”, “falta de interesse em acessar a Internet”, “equipamento eletrônico necessário era caro” e “serviço de acesso à Internet não estava disponível nos locais que costumavam

²<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet>. Acesso em 27.jun.21.

³ https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em 27.jun.21.

frequentar”, o que evidencia o elemento de classe, e nos permite denotar a existência também de um recorte racial.

Discutir a possibilidade do desaparecimento de uma pessoa branca, de classe média ou alta, totalmente inserida no mundo digital certamente pode se mostrar questionável, contudo, quando se afasta desse recorte e se direciona para o maior contingente da população, que é pobre, negra e, em grande medida, desprovida de meios tecnológicos equivalentes aos ostentados pelos mais abastados, fica patente que a presunção de morte ficta ainda se reveste de grande relevância jurídica.

Apenas à guisa de curiosidade e por amor à dialética, para aqueles que não consideram mais pertinente a discussão do tema, é de se suscitar o caso recente das 3 crianças negras e pobres (Lucas Mateus, Alexandre e Fernando Henrique) desaparecidas desde 27 de dezembro de 2020 na cidade de Belford Roxo – RJ⁴.

Variados são os casos não solucionados de desaparecimento, sendo que em alguns existem indícios que podem sugerir o que tenha ocorrido enquanto outros não. Como exemplo, até hoje não se esclareceu o desaparecimento de Priscila Belfort, então com 30 (trinta) anos, ocorrido em janeiro de 2004 no Rio de Janeiro, caso que ganhou maior notoriedade à época pois Priscila é irmã do lutador de MMA Vitor Belfort (ainda que tenha havido uma confissão de seu homicídio).

Há também o ocorrido com Patrícia Amieiro Franco, engenheira desaparecida desde 14 de junho de 2008, que encerra dúvidas ainda mais intrigantes vez que seu carro foi encontrado às margens do canal de Marapendi, na Barra da Tijuca, tendo caído de duas ribanceiras, com “porta-malas aberto, vidro lateral estilhaçado, uma pedra de cerca de 10 kg nos pedais, nenhum vestígio de sangue, cinto afivelado sobre um assento rebaixado e sem ocupante”⁵.

Fora do Brasil existem muitos outros casos similares, alguns de grande repercussão, como o da garota britânica Madeleine McCann, desaparecida na Praia da Luz, no Algarve, em Portugal em 03 de maio de 2007, com apenas 3 anos.

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública relata, na edição 2020 do Anuário

⁴ No momento em que esse texto é redigido já se passou 6 (seis) meses sem que as crianças tenham sido localizadas.

⁵ <https://www.terra.com.br/noticias/infograficos/desaparecidos/>. Acesso em 27.jun.2021.

Brasileiro de Segurança Pública, 78.290 registros de desaparecimento contabilizados em 2018 e 79.839 em 2019, período em que foram localizadas, respectivamente, 37.622 e 39.120⁶, sendo de se ressaltar que tais números finais não são necessariamente dos desaparecimentos ocorridos no mesmo período, mas também de casos dos anos anteriores.

A questão tanto não se mostra irrelevante que em algumas grandes cidades, como São Paulo, existem delegacias especializadas em “investigação de pessoas desaparecidas”, além de um site vinculado à Secretaria de Segurança Pública especialmente destinado a pessoas desaparecidas. Além disso é de suma importância consignar que no ano de 2019 surge a Lei 13.812/2019, que institui a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas, a qual cria o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas, trazendo ainda a definição do que caracterizaria a pessoa desaparecida⁷.

A referida legislação traz uma série de elementos de pontos de alta relevância, como a determinação de que “a busca e a localização de pessoas desaparecidas são consideradas prioridade com caráter de urgência pelo poder público e devem ser realizadas preferencialmente por órgãos investigativos especializados, sendo obrigatória a cooperação operacional por meio de cadastro nacional, incluídos órgãos de segurança pública e outras entidades que venham a intervir nesses casos”, conforme consignado no art. 3º.

Determina ainda que “ao ser comunicada sobre o desaparecimento de uma pessoa, a autoridade do órgão de segurança pública, em observância às diretrizes elaboradas pela autoridade central, adotará todas as providências visando à sua localização, comunicará o fato às demais autoridades competentes e incluirá as informações” no Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas (art. 8º), e que “as investigações sobre o desaparecimento serão realizadas até a efetiva localização da pessoa” (art. 9º).

Construído esse panorama que permeia o desaparecimento de pessoas é de se pontuar que para o presente trabalho apenas são pertinentes as situações em que a pessoa

⁶<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf>. Acesso em 27.jun.2021.

⁷ Art. 2º Para efeitos desta Lei, considera-se:

I - pessoa desaparecida: todo ser humano cujo paradeiro é desconhecido, não importando a causa de seu desaparecimento, até que sua recuperação e identificação tenham sido confirmadas por vias físicas ou científicas;

desaparecida **não** deixou qualquer rastro do que possa ter com ela acontecido e ou indícios que venham a levar à dedução de que tenha vindo a falecer, pois apenas em tais casos se aplica o disposto na lei acerca da ausência.

Assim, o presente texto tem por objetivo trazer algumas breves notas acerca do processo de ausência, uma das modalidades previstas na legislação para a caracterização da morte ficta para os casos em que o indivíduo desaparece, inexistindo qualquer notícia quanto ao seu paradeiro.

3. CONFIGURAÇÃO E OBJETIVOS DA AUSÊNCIA

Tendo sua raiz no Direito Romano, quando Constantino autorizou a mulher do prisioneiro de guerra a contrair núpcias após quatro anos sem notícias do marido, prazo esse majorado para seis anos por Justiniano ante as pressões da Igreja⁸, a ausência é instituto de relevância no ordenamento jurídico.

Nos termos consignados pelo art. 22 do Código Civil a ausência se faz pertinente quando a pessoa desaparecer de “seu domicílio sem dela haver notícia”. Em linhas gerais pode-se afirmar que a ausência tem lugar quando alguém desaparece, estando ausente de seu domicílio (de todos eles, caso tenha mais do que um), sem que se tenha qualquer informação de seu paradeiro, ensejando que se possa estabelecer dúvidas quanto a sua vida, sendo esse ponto último o mais relevante.

Caso existam elementos que permitam deduzir que a morte do sujeito seja altamente provável face as circunstâncias de seu desaparecimento ou em decorrência da situação em que se encontrava no último momento em que foi visto, a caracterização da morte ficta (art. 7º do Código Civil) independe do processo de ausência.

Assim, a conjunção da não presença, da falta de notícias e da dúvida quanto a vida estabelece a base sobre a qual se assenta o início do processo de ausência, que tem por fins precípuos a determinação de alguém que cuide do patrimônio do ausente enquanto ele não se fizer presente, bem como a caracterização de sua morte após atendidos alguns requisitos fixados em lei.

De plano há de se considerar que diversamente do que é equivocadamente

⁸ ARAI, Rubens Hideo. Da ausência. In Teoria Geral do Direito Civil, Coord. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. São Paulo: Atlas, 2008, p. 282.

propalado pelos menos habilitados tecnicamente, não há na legislação a imposição de qualquer prazo para que se dê início ao presente processo a se contar a partir do desaparecimento. Evidente que em cada situação específica será necessário se aferir qual o lapso temporal suficiente para que se possa ter dúvidas acerca da efetivação de uma condição de desaparecimento, contudo nenhuma imposição há de que se aguarde um tempo determinado para que se ative o Poder Judiciário buscando os efeitos do decorrentes do processo de ausência.

Esse quesito temporal, que tem o condão de suscitar a dúvida quanto a vida, será, obviamente, um dos elementos a serem apreciados pelo magistrado, com a devida prudência, quando do seu primeiro contato com os autos, sendo certo que ante a toda a tecnologia atual a tendência é que o período que enseja a dúvida quanto a vida seja cada vez mais curto.

Enquanto a falta de presença do indivíduo se manifesta como um elemento de natureza material, a dúvida quanto a vida reveste-se de contornos subjetivos, que, de regra, tem a falta de notícia como sua fonte mais primária. Tal constatação se depreende do texto do art. 22 combinado com o art. 23 do Código Civil, ao pontuar a ausência poderá ser declarada tendo ou não o indivíduo deixado representante ou procurador antes de desaparecer, sendo inquestionável que caso o tenha feito menos plausível a presença da dúvida quanto à vida.

Evidentemente que antes de conferir qualquer consequência efetiva ao processo de ausência o juiz terá acesso às informações coletadas pela autoridade de segurança pública que conduz as buscas para a localização do desaparecido, que, conforme preconiza a nova legislação sobre o tema (Lei 13.812/19). Na busca pelo desaparecido, mediante autorização judicial, a autoridade poderá “obter dados sobre a localização de aparelho de telefonia móvel sempre que houver indícios de risco à vida ou à integridade física da pessoa desaparecida” (art. 10), exigir que hospitais, clínicas e albergues, públicos ou privados, informem “sobre o ingresso ou o cadastro de pessoas sem a devida identificação em suas dependências” (art. 11), bem como laborar com o objetivo de “celebrar convênios com emissoras de rádio e televisão para a transmissão de alertas urgentes sobre o desaparecimento de crianças e adolescentes”, como também com “empresas de transporte e organizações não governamentais”, a fim de localizar o

desaparecido (art. 12).

Além de tais dados pode o magistrado, quando tais informações não constarem da investigação realizada, requerer informações de órgãos registraes, sistema bancário, entre outros, procurando notícias que possam revelar que o sujeito está vivo, bem como onde se encontra. Com esse fulcro determina o Código de Processo Civil até mesmo que se realize a publicação de editais solicitando que o desaparecido se manifeste e dê notícias do seu paradeiro.

Conforme preconiza o Código de Processo Civil (arts. 744 e 745) “declarada a ausência nos casos previstos em lei, o juiz mandará arrecadar os bens do ausente e nomear-lhes-á curador”. Mais adequado seria afirmar que após o requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público (art. 22 do Código Civil), caberá ao juiz declarar a ausência do sujeito, constatando a falta de presença, inexistência de notícias que ensejam a dúvida quanto à vida.

Caracterizada tal situação o juiz determinará quem será curador, estabelecer o limite de seus poderes e determinar que efetive um levantamento de todo o patrimônio do ausente, o local onde estão seus bens (caso móveis), seu estado de conservação e “todas as circunstâncias e situações a ele relativas”⁹, o que se denomina de arrecadação.

Antes que se discorra sobre a figura do curador é curial que se consigne que após a realização da arrecadação ocorrerá a expedição de editais anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens (art. 745, *caput*)¹⁰. De se considerar que o atual Código de Processo Civil, atento às evoluções tecnológicas, inova ao asseverar que tais editais serão publicados “na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça” e, caso não exista o sítio, “no órgão oficial e na imprensa da comarca”, com o objetivo de que o ausente tomando conhecimento da situação retorne.

Ainda que se possa louvar a iniciativa de levar a publicação dos editais na internet, o que pode facilitar o acesso a tal informação, reitera-se mais uma vez a questão relativa

⁹ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Teoria Geral do Direito Civil: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012, p. 55.

¹⁰ Art. 745. Feita a arrecadação, o juiz mandará publicar editais na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 1 (um) ano, ou, não havendo sítio, no órgão oficial e na imprensa da comarca, durante 1 (um) ano, reproduzida de 2 (dois) em 2 (dois) meses, anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens.

à inclusão digital anteriormente suscitada, além do fato de que se mostra pouco plausível que alguém que tenha desaparecido venha a procurar no mundo virtual se está sendo procurado por estar sendo considerado desaparecido.

Ainda quanto a publicação no mundo virtual nos causa espécie a existência de uma limitação temporal para que tal publicação fique disponível no “sítio do tribunal a que estiver vinculado e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça” (1 ano), vez que sua manutenção não traria qualquer ônus excepcional, além de permitir que o ausente tenha mais chances de tomar conhecimento de que o referido edital existe, que é exatamente o seu objetivo.

Caso inexista a possibilidade de publicação do edital na rede mundial de computadores conforme preconizado no texto legal, essa se realizará no “órgão oficial e na imprensa da comarca, durante 1 (um) ano, reproduzida de 2 (dois) em 2 (dois) meses”. Obviamente é imprescindível que se busque todos os meios cabíveis para localizar o ausente e fazer com que venha a retomar a administração e posse de seus bens, contudo é evidente que a efetividade da presente previsão se mostra altamente reduzida na prática.

Retornando à apreciação da figura do curador, como pontuado anteriormente, o juiz ao nomeá-lo haverá de fixar os limites de seu poder de administração do patrimônio do ausente.

De se notar que caso o ausente tenha deixado procurador com a incumbência de gerir a totalidade de seus bens, com poderes plenos, a designação de um curador se mostra, nesse momento, despicienda. De outra sorte, inexistindo procurador estabelecido pelo ausente antes de seu desaparecimento ou havendo, mas sem poderes plenos ou sem a abrangência total de seus bens, se impõe a designação de um curador.

Importante se consignar novamente que a presente figura é totalmente crivada de um viés de raça e classe, vez que incipiente o estabelecimento de procuradores, o que se faz ainda mais irrisório (ou seria inexistente) quando se tem por referencial a população mais carente e eminentemente negra.

De regra esse curador, que exerce o múnus de gerir (e nada além) o patrimônio do ausente (não adquire a propriedade ou posse dos bens), será “o cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência” (art. 25 do Código Civil), e, na ausência desse, tal incumbência

será conferida, aos pais e, subsequentemente, aos descendentes (caso não haja impedimento), preferindo os mais próximos aos mais distantes. Na inviabilidade desses, a curadoria será conferida qualquer pessoa escolhida pelo juiz.

Nesse ponto se faz pertinente ponderar que, em que pese o texto legal trazer apenas a figura do cônjuge, somos do entendimento que tal prerrogativa se estende ao companheiro¹¹, por considerarmos que nesse caso há de prevalecer o princípio da igualdade de tratamento entre ambos face à compreensão de que casamento e união estável tendem a ser equiparados quanto aos direitos, como entendeu o Supremo Tribunal Federal (STF) quando da decisão acerca da inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil¹².

Presentes os elementos nucleares que viabilizam o início do processo de ausência é crucial que se pondere, mais uma vez, sobre seus objetivos. Ainda que sua finalidade mais aclamada seja a possibilidade de caracterização de morte ficta daquele sujeito que desapareceu, ante a inexistência de um corpo ou de uma situação de fato que possa fazer crer ser extremamente provável que tenha vindo a falecer, essa não é sua única razão de ser.

O objetivo mais imediato do processo de ausência é a administração do patrimônio daquele que está desaparecido, razão pela qual cabe ao magistrado assim que constatados os elementos que autorizam a abertura do processo que se confira ao ausente alguém que possa administrar seu patrimônio, nessa fase inicial do processo denominada de curadoria dos bens do ausente, sendo que a possibilidade de determinação da morte ficta apenas se torna possível com o início da sucessão definitiva (art. 6º, cc art. 37), que, de regra, apenas ocorrerá muitos anos depois do início do processo.

Curial se ressaltar que mesmo tendo como foco inicial a finalidade de administração dos bens (normalmente esquecida quando se começa a discorrer sobre ausência), não há qualquer impeditivo para que se inste o Poder Judiciário visando a caracterização da ausência mesmo quando o ausente não possua bens, pois o outro fim do

¹¹ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Teoria Geral do Direito Civil: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54.

¹² Nos termos da decisão foi proferida no julgamento do Recurso Extraordinário 646.721 e 878.694, em que se aprovou, para fins de repercussão geral, a tese de que “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.”.

processo, qual seja, a declaração da morte ficta do ausente ainda remanesce.

4. INÍCIO DA SUCESSÃO PROVISÓRIA

Tradicionalmente o processo de ausência se mostrou um grande celeiro de discussões acerca da existência de normas de direito processual no corpo do Código Civil, o que muitos nomeiam de normas heterotópicas, tema que ganhou uma enorme relevância nas discussões do Direito Civil quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

O Código de Processo Civil de 1973 trazia uma série de artigos tratando do processo de ausência, sendo que várias estipulações ali presentes também foram tratadas no Código Civil de 2002, de forma conflitante. Um desses pontos era exatamente relacionado à passagem da curadoria dos bens do ausente (fase 1) para a sucessão provisória (fase 2).

O art. 1.163 do Código de Processo Civil de 1973 determinava que “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”. A lei à época impunha que os editais fossem publicados durante 1 ano, de 2 em 2 meses, o que fazia com que a contagem do prazo ocorresse a partir do momento em que fosse dada a primeira publicidade oficial no processo chamando o ausente a retornar e retomar a posse de seus bens.

Ocorre que posteriormente, no art. 26 do Código Civil de 2002, de forma indevida, ao nosso ver, por trazer regramento de direito processual já estabelecido no Código de Processo Civil, firmou que “decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados” seria possível se requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão.

Importante se consignar que a possibilidade de requerimento da declaração de ausência prevista no art. 26 do Código Civil só se mostra pertinente caso não tenha sido esta declarada quando do início do processo, nos termos dos arts. 22 e 23, ante ao fato de ter o ausente deixado representante ou procurador com poderes plenos sobre todo o patrimônio do desaparecido (e, portanto, não ter havido a necessidade do estabelecimento de um curador, ainda que a arrecadação deva ter sido realizada, bem como a publicação dos editais).

Contudo o texto do art. 26 da lei material estabelece um conflito com o disposto no Código de Processo Civil, já que enquanto este asseverava que o termo inicial para a aferição do decurso do prazo para o requerimento do início da sucessão provisória se daria com a publicação do primeiro edital, o Código Civil de 2002 fixou tal *dies a quo* como sendo a data da arrecadação.

Ocorre que, como se pode defluir da lógica, bem como consignado no corpo da lei processual, a arrecadação é procedimento que precede à publicação dos editais, sendo relevante a adequada determinação quanto ao momento em que se considera iniciada a contagem do lapso temporal necessária para o pleito do começo da fase da sucessão provisória.

Mantendo um entendimento que defendemos já há tempos, e que se mostra refratário ao posicionamento consolidado pela doutrina, não sustentamos que em tais circunstâncias deva prevalecer o critério cronológico para se equacionar tal conflito aparente de normas, por considerarmos que, ainda que se tratem de normas gerais, existe uma especialidade ínsita ao Código Civil e ao Código de Processo Civil, qual seja, o trato do direito material e do direito processual, respectivamente.

Dessa sorte, havendo confrontação entre questões processuais e materiais no corpo do Código Civil e do Código de Processo Civil, será prevalente a natureza da norma, e não o momento em que ela entrou em vigor, razão pela qual sustentávamos que mesmo com a novidade do Código Civil de 2002 face ao Código de Processo Civil de 73, haveria de prevalecer o momento processual (publicação do primeiro edital) consignado nesse.

Toda essa questão encontrou um novo capítulo com o Código de Processo Civil de 2015, vez que traz um novo marco para o requerimento do início da sucessão provisória, o que afasta o que consta do Código Civil sobre tal questão, seja pelo critério cronológico, seja pelo da especialidade. O § 1º do art. 745 determina que os interessados em requerer a abertura da sucessão provisória podem fazê-lo “findo o prazo previsto no edital”, o que aparentemente soluciona uma questão, mas suscita uma outra.

O texto legal ao valer-se da expressão “findo o prazo previsto *no* edital” pode dar azo a uma interpretação de que o edital deva trazer um parâmetro cronológico para que o ausente reapareça e retome a administração de seus bens. Remarque-se que o *caput* do

referido artigo apenas se debruça a determinar o período em que os editais “anunciando a arrecadação e chamando o ausente a entrar na posse de seus bens” ficarão publicados, sem nada falar sobre a necessidade de estabelecimento de um prazo para que o ausente retorne. Não nos parece que o legislador tinha o intento de que se fixasse um prazo, no corpo do edital, para que o ausente retornasse.

Ainda que já tenhamos nos posicionado no sentido de que não haveria motivos para que o edital publicado na rede mundial de computadores venha a ser retirado do ar, o que nos levaria à necessidade da fixação de um marco específico para o início da sucessão provisória, não parece ter sentido que o edital tenha que fixar um prazo para o ausente retorne.

Importante não se olvidar que, por óbvio, não existe qualquer vedação legal para que o ausente retorne, ainda que se tenha estabelecido consequências para tal retorno, sendo absolutamente inconsistente qualquer interpretação que inviabilize o requerimento de início da sucessão provisória enquanto puder o ausente retornar.

Assume-se que o mais adequado teria sido o texto fixar que “findo o prazo estabelecido para que o edital fique publicado” e não “findo o prazo previsto no edital” se a real intenção fosse a de que findo aquele prazo de 1 ano em que os editais ficarão publicados seria possível o requerimento do início da sucessão provisória.

Pondere-se, ainda, que não comungamos da ideia de que a determinação trazida no Código Civil 2002 ainda estaria vigente quanto ao ausente que houver deixado representante ou procurador (art. 23), em que o lapso temporal a ser considerado seria de 3 anos, já que partimos do pressuposto que trata-se de um prazo para o encaminhamento processual, o qual há de acompanhar o que foi estabelecido no Código de Processo Civil de 2015.

É relevante, ainda, se trazer algumas letras acerca da figura de quem tem a legitimidade para requerer que a fase da sucessão provisória seja estabelecida. O art. 27 do Código Civil elenca que tal prerrogativa se atribui ao cônjuge não separado judicialmente (I); aos herdeiros presumidos, legítimos ou testamentários (II); aos que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de sua morte (III) e; aos credores de obrigações vencidas e não pagas (IV), sendo certo que, caso nenhum desses o solicite findo o prazo, caberá ao Ministério Público a formulação do requerimento (art. 28, § 1º).

Das figuras consignadas no rol previsto na lei entendemos ser pertinente tratar da figura do inciso I, o cônjuge não separado judicialmente. Por ser um rol taxativo é importante que se estabeleça uma interpretação adequada do texto legal, sob pena de uma conclusão atentatória ao princípio da igualdade.

Nesse sentido pontuamos que da mesma forma que o cônjuge também o companheiro¹³ se coloca como interessado para fins de requerer a abertura da sucessão provisória nos mesmo termos trazidos anteriormente quando da análise da condição de curador, lastreado no entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto a inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil. Ainda que por qualquer razão não se queira acolher tal entendimento, o companheiro poderia ser inserido no contexto do inciso II que trata da figura dos herdeiros presumidos, o que lhe garante a possibilidade de solicitar que o processo de ausência tenha continuidade.

De se notar que diferentemente do que consta da determinação de quem deva exercer o múnus de curador, aqui o legislador não traz a necessidade de que o cônjuge não seja separado de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência.

Finalmente é de se considerar um ponto interessante que tangencia o direito contratual que será atingido pelo início dos efeitos da decisão que determinar a abertura da sucessão provisória, que apenas ocorrerá 180 (cento e oitenta) dias depois de publicada pela imprensa, nos termos do art. 28 do Código Civil.

Como um dos efeitos da sucessão provisória é a possibilidade de que os herdeiros presumidos assumam a administração dos bens do falecido (art. 30 do Código Civil), passando a ter sob sua posse os bens que hipoteticamente comporiam seu patrimônio caso o ausente morto fosse, necessário se faz asseverar que em decorrência de tal consequência, veremos o encerramento de eventual mandato que tenha sido ofertado pelo ausente, seja ele por prazo determinado ou indeterminado.

Considerando que uma das variáveis apresentadas pelo Código Civil está exatamente no fato de que o ausente possa ter deixado representante ou procurador, é de se entender que o contrato que lhe conferiu tal obrigação cessa com o início dos efeitos da sucessão provisória ou com a imissão na posse dos herdeiros presumidos, a despeito

¹³ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Teoria Geral do Direito Civil. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.124.

das hipóteses trazidas no art. 682 do Código Civil.

Ao nosso sentir não há como prevalecer que os herdeiros presumidos venham a assumir a posse dos bens deixados pelo falecido sem que possam administrá-los plenamente, sob o argumento de que o ausente outorgara a outrem a administração do referido bem, sob pena de se ter como inócua a determinação prevista no art. 30 do Código Civil.

5. CONCLUSÃO

Ainda que estejamos diante de um momento de brilho dos mais elevados parâmetros tecnológicos é inquestionável que alguns caracteres indissociáveis do ser humano e de sua natureza ainda não foram por subjugados por todo esse avanço. Dificilmente uma questão fática tão prosaica quando o desaparecimento de um indivíduo deixará de existir em nossa sociedade, mesmo com todos os meios que possam permitir seu rastreo.

Nesse contexto evidencia-se que ainda que possa haver uma considerável redução na incidência da utilização dos preceitos legais fixados para a ausência, o fato é que sempre será imprescindível que o ordenamento jurídico ofereça ferramentas que instrumentalizem a definição das consequências para o desaparecimento de um indivíduo.

Para tanto é primordial que tenhamos um regramento uniforme e tecnicamente adequado, que não se mostre como um emaranhado de determinações legais, que, sem muito sentido técnico, vão de previsões apostas no Código Civil e no Código de Processo Civil, dificultando a perfeita compreensão de um instituto que por natureza já se mostra como um dos mais complexos de ser manejado no ordenamento jurídico pátrio.

Tornar o processo claro e sem elementos que possam suscitar dúvidas e questionamentos é preponderante, não podendo haver dúvidas elementares como qual seria o momento adequado para se pedir o prosseguimento do feito, quem pode requerer o andamento do feito ou mesmo a quem compete o encargo de curador.

É de se ressaltar que foram tomadas medidas visando tornar mais efetiva a localização daqueles que desaparecem, bem como em busca de um processo mais coerente com os preceitos que permeiam a ideia da ausência, contudo ainda nos encontramos distantes do ideal.

Por se tratar de tema que passou por inúmeras revisões e alterações ao longo dos tempos entendemos que seria pertinente se consolidar todos os artigos que atinentes à condição do desaparecimento (de natureza material e também processual), em uma lei especial, visando evitar todas essas dissonâncias que ainda hoje acompanham o processo de ausência.

REFERÊNCIAS

ARAI, Rubens Hideo. Da ausência. In *Teoria Geral do Direito Civil*, Coord. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. São Paulo: Atlas, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria Geral do Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*, vol. 1, 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*, 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Volume 1: Parte Geral*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. VI. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, 5: Direito das sucessões*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 843.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2020.
