

**UNIVERSIDADE DE RIO VERDE (UnirV) - CAMPUS CAIAPÔNIA
FACULDADE DE DIREITO**

ERIKA FERNANDA FERREIRA MARQUES

**AUSÊNCIA: DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL EXISTENTE
COM O CÔNJUGE SOBREVIVO**

**CAIAPÔNIA - GOIÁS
2021**

ERIKA FERNANDA FERREIRA MARQUES

**AUSÊNCIA: DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL EXISTENTE COM O
CÔNJUGE SOBREVIVO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito da Universidade de Rio Verde – Campus Caiapônia como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Yan Keve Ferreira Silva

CAIAPÔNIA – GOIÁS

2021

Universidade de Rio Verde
Biblioteca Luiza Carlinda de Oliveira
Bibliotecário: Juatan Tiago da Silva – CRB 1/3158
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - (CIP)

M315a Marques, Erika Fernanda Ferreira

Ausência: Dissolução do vínculo conjugal existente com o cônjuge sobrevivente. / Erika Fernanda Ferreira Marques. —2021. 49f.

Orientador: Prof. Esp. Yan Keve Ferreira Silva.

Monografia (Graduação) — Universidade de Rio Verde - UniRV, Faculdade de Direito, 2021.

1. Ausência. 2. Cônjuge Ausente. 3. Cônjuge Sobrevivo. I. Silva, Yan Keve Ferreira.

CDD: 346.015

ERIKA FERNANDA FERREIRA MARQUES

**AUSÊNCIA: DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL EXISTENTE COM O
CÔNJUGE SOBREVIVO**

**Monografia apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito da
Universidade de Rio Verde (UniRV) como exigência parcial para obtenção de
título de bacharel.**

Caiapônia, Go, 18 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Esp. Yan Keve Ferreira (orientador)
Universidade de Rio Verde (UniRV)**

**Prof. Esp. Marcelo Jacinto Barcellos (membro 1)
Universidade de Rio Verde (UniRV)**

**Prof. Esp. Dayana do Carmo Faria (membro 2)
Universidade de Rio Verde (UniRV)**

RESUMO

A ausência é tratada pelo Código Civil como o desaparecimento de uma pessoa sem deixar notícias. Dessa forma, se o ausente não tiver deixado representante, os legitimados dentro de um ano podem requerer a abertura da declaração de ausência, e o juiz nomeará um representante. Contudo, se o ausente tiver deixado cônjuge sobrevivente, surge às divergências de em qual momento será dissolvido o vínculo conjugal entre os cônjuges ausente e sobrevivente? A partir dessas indagações, o objetivo desse trabalho é compreender em qual fase do processo de ausência, ocorrerá a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal do cônjuge sobrevivente. Contudo, o processo de ausência ocorre em três fases com prazos diferenciados para serem requeridos, bem como com um período longo de mais de dez anos para se concluir a última fase de sucessão definitiva. Diante dessa situação, alguns doutrinadores entendem que se o cônjuge sobrevivente tiver interesse na sucessão legítima, a dissolução do vínculo e da sociedade conjugal deve ocorrer com o fim do processo de ausência com a sentença definitiva de presunção de morte do ausente, mas em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e com a exceção prevista no Código Civil, o cônjuge sobrevivente tem direito legal de requerer a dissolução do vínculo conjugal e da sociedade conjugal na fase de sucessão provisória com a sentença provisória declaratória de presunção de morte do ausente, bem como, prevalecerá seu direito de sucessão legítima em relação a ausência. Assim, essa fase é mais benéfica para o cônjuge sobrevivente, uma vez, que não será necessário aguardar até a sucessão definitiva para a dissolução do vínculo e da sociedade conjugal. Para a realização desse trabalho, os métodos utilizados foram livros, artigos científicos, doutrinas e monografias.

Palavras-chave: Ausência. Ausente. Cônjuge sobrevivente. Dissolução da sociedade; vínculo conjugal.

ABSTRACT

Absence is treated by the Civil Code as the disappearance of a person without leaving news, thus, if the absentee has not left a representative, the lawful within one year may request the opening of the declaration of absence, and the judge will appoint a representative, however, if the absentee has left a surviving spouse, the divergences arise as to at what moment will the marital bond between the absent and surviving spouses be dissolved? From these questions, the objective of this work is to understand in which phase of the absence process the dissolution of the partnership and of the marital bond of the surviving spouse will occur. However, the absence process occurs in three phases with different deadlines to be required, as well as a long period of more than ten years to conclude the last phase of definitive succession. In view of this situation, some scholars understand that if the surviving spouse is interested in the lawful succession, the dissolution of the bond and of the marital society must occur with the end of the absence proceeding with the definitive sentence of presumption of death of the absent person, but due to the principle of the dignity of the human being and with the exception provided for in the Civil Code, the surviving spouse has the legal right to request the dissolution of the marital bond and of the marital society in the phase of provisional succession with the provisional declaratory judgment of presumption of death of the absent, as well as, his/her right of legitimate succession will prevail in relation to the absence, thus, this phase is more beneficial for the surviving spouse, once it will not be necessary to wait until the definitive succession for the dissolution of the bond and of the marital society. For the accomplishment of this work the methods used were books, scientific articles, doctrines and monographs.

Keywords: Absence. Absentee. Surviving spouse. Dissolution of partnership and marital bond.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CASAMENTO.....	11
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	11
1.2 CONCEITO.....	13
1.3 FINALIDADE DO CASAMENTO.....	15
1.4 EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DO CASAMENTO.....	16
2 DA AUSÊNCIA.....	20
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA AUSÊNCIA.....	20
2.2 PROCEDIMENTO DA AUSÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	22
2.3 O PROCESSO DE DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA.....	23
2.3.1 Da Declaração de Ausência.....	24
2.3.2 Da Curadoria dos Bens do Ausente.....	25
2.3.3 Da Sucessão Provisória.....	26
2.3.4 Da Sucessão Definitiva.....	28
2.4 DA MORTE PRESUMIDA E SUAS ESPÉCIES.....	29
2.4.1 Morte Presumida Com Declaração de Ausência.....	29
2.4.2 Morte Presumida Sem Declaração de Ausência.....	30
3 DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL DO AUSENTE	31
3.1 SEPARAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL.....	31
3.2 SEPARAÇÃO DE FATO.....	32
3.3 DIVÓRCIO.....	33
3.3.1 As Modalidades de Divórcio.....	34
3.4 A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO PELA MORTE.....	35

3.5 A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL DO CÔNJUGE SOBREVIVO PELA AUSÊNCIA.....	36
4 OBJETIVOS	41
4.1 OBJETIVO GERAL.....	41
4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	41
5 METODOLOGIA.....	42
6 ANÁLISES E DISCUSSÃO	43
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem a finalidade de estudar a ausência do cônjuge e as questões relevantes quanto à dissolução do vínculo formalizado, existente entre cônjuge sobrevivente e o ausente. O direito se posiciona caracteristicamente, conforme os prognósticos constitucionais, em relação ao tema apresentado, porém, algumas situações conflituais, fazem deste tema algo digno de uma investigação científica, transformando-o em objeto de pesquisa. Diante dessa perspectiva, delimitou-se o seguinte tema: "Ausência: Dissolução do vínculo conjugal existente com o cônjuge sobrevivente."

A finalidade da problemática no trabalho acadêmico é desenvolver questões de ordem prática ou intelectual. Este trabalho tem como objetivo, indagar situações relacionadas ao tema que, de certa forma, ainda estão sugestivas. A partir do exposto, o problema se apresenta da seguinte forma: Levando em consideração o instituto da ausência, em qual momento acontece a dissolução do vínculo conjugal entre cônjuge ausente e o cônjuge sobrevivente?

Partindo-se desta problemática, foi possível levantar as seguintes hipóteses de resposta: I) O cônjuge sobrevivente, pode abrir mão da sucessão legítima e pedir a dissolução imediata do vínculo matrimonial, com a declaração de ausência; II) O cônjuge sobrevivente, se interesse houver na herança, deverá aguardar até a sucessão definitiva, para romper o vínculo conjugal; III) O cônjuge sobrevivente só vai ser considerado viúvo a partir do momento da sucessão definitiva e com a devida declaração de morte presumida; IV) O desaparecimento do ausente é capaz de romper com a sociedade conjugal;

Justifica-se a escolha do presente tema, já que no caso específico, a dissolução do vínculo conjugal torna-se relevante justamente pelos conflitos e, incoerências que surgem no caso de ausência dos indivíduos dos seus lares. Além do desgaste jurídico, situações de afastamento dos lares causam desgastes emocionais, talvez insuperáveis.

A título de classificação, a ausência é o desaparecimento da pessoa do seu domicílio sem deixar notícias. Esse tema não tem uma continuidade nos ambientes acadêmicos, pois, além de faltar conceitos e teorias bem definidas que resumem a

questão apresentada, há poucos materiais didáticos de produção acadêmica, dificultando assim, a construção de aparatos científicos.

Portanto, a maioria dos casos de pessoas desaparecidas, estão ligadas à pessoas que não deixaram notícias ou provas concretas que justifiquem sua ausência e neste compasso, restam famílias, bens, débitos, créditos, muitas vezes sem nenhum representante para administrá-los, complicando ainda mais a continuidade de questões ligadas à economia que garante os meios de subsistência, desestruturando assim, a base ideal da estrutura familiar.

Nestes termos, este trabalho tem a finalidade de contribuir para a comunidade acadêmica, mostrando as atualizações das leis referentes ao tema apresentado, como também oferecer um material de pesquisa que sirva de enriquecimento para banco de dados, como também para os próximos acadêmicos.

Como forma de contribuição, o tema apresentado oferece uma investigação mais criteriosa, minimizando, o máximo possível de juízos de valor e apresentando direitos benéficos para ambos os cônjuges em relação à dissolução do vínculo conjugal. Por fim, a importância desse trabalho para a população é demonstrar como ocorre à dissolução do vínculo conjugal do ausente com o cônjuge sobrevivente, bem como à possibilidade da dissolução da sociedade conjugal do ausente com o cônjuge.

Enfim, o presente trabalho tem como finalidade, apresentar respostas para os seguintes temas apresentados, como o Casamento e sua evolução histórica; conceito; finalidade e efeitos jurídicos. Explicar em relação à ausência, o seu contexto histórico; o procedimento da ausência no Código Civil de 2002; o processo de Declaração de Ausência; a declaração de Ausência que ocorre em um processo longo contendo três fases, sendo a curadoria dos bens do ausente; a sucessão provisória e a sucessão definitiva.

Apresentar a morte presumida e suas espécies, sendo elas: a morte presumida com declaração de ausência e a morte presumida sem declaração de ausência, bem como, demonstrar como ocorre a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal do ausente, apresentando as formas de dissolução do vínculo matrimonial podendo ser por meio da Separação Judicial e Extrajudicial; Separação de Fato; Divórcio e suas modalidades.

Explicar como ocorre a dissolução do casamento pela morte, trazendo respostas em relação à Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal do Cônjuge Sobrevivo pela Ausência. E por fim, responder os objetivos gerais e específicos de acordo com os resultados e discussões que foram encontrados, em análise as hipóteses apresentadas que foram discutidas nas considerações finais, bem como, a metodologia utilizada para o presente trabalho.

1 DO CASAMENTO

Neste capítulo, será abordado um estudo sobre o casamento, quanto a sua evolução histórica, bem como o conceito de casamento e a sua natureza jurídica, a sua finalidade e os efeitos jurídicos oriundos do casamento.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O casamento teve modificações no decorrer dos anos, uma vez que sempre teve relação com interesses religiosos, mas no decorrer da evolução da legislação foi possível perceber que deixou de ter proteção apenas religiosa, para também ter proteção do direito civil.

Sobre a lógica dos ensinamentos de Rizzardo (2019), afirma que o casamento teve origem pela atração sexual ou em razão da concupiscência inata na pessoa, ou seja, por um desejo sexual excessivo. A literatura bíblica, um dos livros mais antigos, diz que Deus viu que o homem estava só e que isso não era bom, resolvendo então dar a oportunidade de Adão, ter ao seu lado Eva, para que pudessem se relacionar não só sexualmente (Gênesis, capítulo 2, versículo 4-25). Com a Constituição de 1824, o matrimônio foi ignorado, já que a mesma não fazia referência à sua celebração ou ainda mencionava a respeito da existência da família, deixando para a igreja cuidar das situações e regras em relação ao casamento.

Do ponto de vista de Bidarte (2020), quanto à evolução histórica do casamento, o direito de família no Brasil teve início pela premissa do direito romano e dessa forma, alguns princípios adotados pelos romanos foram adotados pelo direito brasileiro, assim, com a Constituição Federal de 1824 o catolicismo era a religião oficial do Brasil, dessa forma os cidadãos tinham sua vida controlada pela igreja católica.

Dessa forma, Bidarte (2020), reforça, apresentando a afirmativa de que a igreja e o Estado tinham o domínio do casamento como uma instituição jurídica, através da harmonia existente entre ambos os poderes. Contudo, a igreja católica foi titular de quase todos os direitos do matrimônio.

Para a mencionada autora, com a outorga de 1891 teve a primeira referência sobre o casamento civil e gratuito, como também as futuras alterações no decorrer do tempo como previu a Constituição Federal de 1934, que trouxe a proteção do casamento religioso com efeitos civis em seu art. 146, já na CF de 1946 no seu art. 163, e na CF 1969 a Emenda Constitucional no seu art. 175, e na atual CF no art. 226.

Além disso, os doutrinadores Farias e Rosenvald (2019), alegam que o casamento é uma instituição histórica com as marcas da tradição e os fatores que com ele se agregam como a religião sob o império das leis canônicas. Com o advento da República em que o Estado se tornou laicizado, o casamento se tornou um instituto jurídico de natureza civil.

Conforme Farias e Rosenvald (2019), com a Codificação Beviláqua, o casamento assumiu a forma instituidora da família legítima, sendo que as relações havidas fora do casamento eram denominadas como “família ilegítima”, desprovidas então de privilégios, e merecida proteção jurídica. Com a Lex Mater de 1988 ocorreu à modificação, sendo a família como base da sociedade tem proteção do Estado como prevê o caput do art. 226 da Carta Maior.

Os mencionados doutrinadores também afirmam que o Código Civil de 1916 preservava o casamento com feição eterna e indissolúvel. Indo ao encontro deste entendimento, foi promulgada a Lei do Divórcio, disciplinada pela Lei 6.515/1977, que deu a liberdade para que a partir daquele ano, pudessem requerer a dissolução do vínculo matrimonial por meio do divórcio, ocorre que nessa primeira oportunidade, o prazo para requerer o divórcio seria de pelo menos cinco anos de separação judicial, sendo possível por uma única vez.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o prazo de separação judicial diminuiu para um ano, abrindo a oportunidade dos casais interessados em fazer o divórcio, de ajuizarem a separação judicial e depois do prazo de um ano converter a separação em divórcio e ainda admitindo a possibilidade de se fazer o divórcio direto, que requeria até o ano de 2010, o prazo mínimo de dois anos de separação de fato comprovada em juízo para que fosse possível a realização do divórcio.

Com a Emenda Constitucional 66/10, os mencionados doutrinadores ainda afirmam que, com a dissolução do vínculo conjugal, foi facilitada, de uma forma que agora quem deseja se divorciar, pode utilizar-se do divórcio direto, que não requer

nenhum tipo de prazo para a realização, podendo casar-se e um dia e divorciar-se no outro, podendo inclusive, desde que cumprido os requisitos fazer o divórcio no Cartório.

Todos os autores apresentados, nesta oportunidade concordam que o casamento teve com início uma base religiosa, Farias e Rosenvald (2019), relatam o reconhecimento de proteção jurídica que a família teve com a revolução histórica e a evolução de forma mais célere de se obter o divórcio com as atualizações legislativas e criações de leis específicas.

1.2 CONCEITO

O casamento é conceituado como um ato jurídico solene em que duas pessoas se unem por meio de um contrato especial, sendo sua natureza jurídica um contrato de forma voluntária pela vontade das partes.

Diante de tudo isso, Donizett e Quintella (2017), conceituam o casamento como um ato jurídico solene em que duas pessoas se obrigam mutuamente a viverem em comunhão se submetendo aos efeitos estabelecidos pela lei para o ato da união, sendo também o estado civil das pessoas que estão oficialmente em comunhão pelo ato jurídico solene. Os autores Donizett e Quintella (2017), afirmam que a natureza jurídica do casamento é ato jurídico voluntário, chamado *stricto sensu*, em razão de ser determinado pela lei e não pela vontade das partes.

Para os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho (2020), o casamento é conceituado como um contrato especial de direito de família, sendo que o ato matrimonial tem como característica, a existência do núcleo existencial e o consentimento de ambas as partes, sendo um meio pelo qual entre os cônjuges tenha que existir afeto, direitos e deveres recíprocos em relação aos filhos oriundos da união do casal, já que os mesmos assumem essa responsabilidade ao se casarem, conforme se depreende dos artigos 1.565 a 1.570 do Código Civil e quanto a sua natureza jurídica, o casamento é um contrato especial, tratando-se de direito de família.

Para Bezerra (2015), o conceito de casamento teve modificação, sendo entendido pelos Tribunais Superiores, o reconhecimento da união estável, bem como

a permissão da união de duas pessoas independentemente do sexo. Dessa forma, assim foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF proferido em 05/05/2011 onde ficou reconhecido o direito de realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo e o reconhecimento de união estável para estas mesmas pessoas.

O Superior Tribunal de Justiça também proferiu acórdão ratificando o entendimento do STF, julgado do REsp. 1.183.378/RS no dia 25/10/2011, onde estabeleceu que:

[...] a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretext para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento. (STJ, Ac. 4ª turma, REsp. 1.183.378/ Rel. Ministro Felipe Salomão, julgamento em 25.10.11).

Partindo-se dessa premissa, que agora o casamento pode ser realizado entre duas pessoas, não importando o sexo de ambas, o que se pode afirmar é que o casamento:

[...] é uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial (FARIAS, ROSENVALD 2019, p. 179).

Por fim, vale frisar que a necessidade de existência da pessoa do homem e da mulher, para que haja o casamento, foi deixada de lado, pois agora basta a união de duas pessoas em que ambas as partes estão de acordo com os atos oriundos do casamento, sendo um deles, os deveres recíprocos para cuidar dos filhos como afirmam os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho (2020), bem como sua natureza jurídica e a vontade voluntária entre as partes que são estabelecidas por um contrato de acordo com a lei.

1.3 FINALIDADE DO CASAMENTO

A finalidade do casamento é a satisfação de ambas as partes, assim, o interesse do casal está vinculado às necessidades que são satisfeitas com a concretização do casamento quando se trata do ponto de vista religioso. Dessa forma, a constituição de uma família, pode ser uma consequência do matrimônio, mas nem sempre é considerada como finalidade do casamento, uma vez, que a procriação é uma escolha do casal.

Em outros tempos, ou seja, na vigência do Código Civil de 1916, o casamento tinha como finalidade a de caracterizar e distinguir a família legítima da ilegítima.

Atualmente, o interesse precípua do casamento, sobre a égide do Código Civil de 2002, é o de constituir a comunhão de vida. Nestes moldes, não há que se falar no atual momento em família ilegítima fora do casamento e além disso, não se pode considerar o casamento como um meio para a procriação, já que esse não é o seu objetivo. (FARIAS; ROSENVALD, 2020).

O que se pode entender por comunhão de vida, fica bem representado neste trecho:

[...] é uma espécie de afeto que – enquanto existe – conjuga intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum. É o afeto que define a entidade familiar. Mas não um afeto qualquer. Se fosse qualquer afeto, uma simples amizade seria família, ainda que sem convívio. O conceito de família seria estendido com inadmissível elasticidade. Na realidade, o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o afeto conjugal. (BARROS, 1999, p. 11).

De acordo com os ensinamentos de Rizzardo (2019), uma união sexual, para uma concepção tradicional e conservadora com princípios religiosos é convencional a solenidade do casamento. Assim, quando existe uma afeição ou atração mútua que é convertida em amor, os futuros cônjuges procuram satisfação em suas vidas em comum interesse entre o casal.

O casamento tem como finalidade, a união de pessoas por uma atração entre elas em razão do sexo e princípios religiosos, mas a procriação dos filhos não é uma obrigação do casal, dessa forma, é lícito ambos escolherem se desejam ou não ter filhos.

1.4 EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DO CASAMENTO

A doutrina contemporânea divide os efeitos do casamento em: I) efeitos sociais; II) efeitos pessoais; III) efeitos patrimoniais, e; IV) não fluência de prazo prescricional entre os cônjuges. Portanto, passa-se ao estudo de cada um desses institutos.

Falando-se de efeitos sociais, se pode dizer que o casamento é capaz de constituir uma entidade familiar, sendo denominado este efeito como de começar pela constituição de uma entidade familiar. Ocorre que o casamento não é o único caminho para a construção de uma família, sendo assim, o Estado não pode mais fazer distinção entre família legítima e ilegítima, já que ambas as famílias, recebem proteção constitucional, por meio da proteção da comunhão de vida. Outro efeito importante, conforme apresentado por Farias e Rosenvald (2019), é o de emancipação do menor relativamente incapaz, que se casa e automaticamente se torna capaz para todos os atos da vida civil, não retornando ao estado de incapacidade, mesmo que se torne viúvo ou divorciado.

Ato contínuo pode-se citar o impedimento matrimonial decorrente da afinidade entre os cônjuges e os parentes naturais do outro, onde ambos os cônjuges ficam impedidos de se casarem com os parentes em linha reta (pai, mãe, avô, avó, filho, neto) do outro, mesmo após o divórcio, permanecendo o parentesco. O estado civil de casado identifica, segundo os autores Farias e Rosenvald (2019), a pessoa no meio da sociedade em relação a terceiros, bem como, a presunção da paternidade dos filhos nascidos do casamento, são outros efeitos jurídicos sociais.

O acréscimo do nome do outro cônjuge, a criação da família e a emancipação pelo casamento do cônjuge menor de 18 anos de idade, bem como, o vínculo de afinidade entre cada um dos consortes com o parente do outro e o estado de casado que identifica os cônjuges na sociedade também são outros efeitos sociais.

A família é a base da sociedade e tem proteção do Estado. No casamento, os direitos e os deveres entre os consortes devem ser iguais, sendo o objetivo do casamento a criação da família e a procriação. Dessa forma, nasce o status de casado do casamento, sendo assim, os cônjuges conhecido na sociedade. (NOTA, 2014).

Os efeitos pessoais do casamento, dizem respeito aos cônjuges, sendo definido pela comunhão plena de vida baseada na igualdade de direitos e deveres entre o casal, assim, existe a possibilidade de acréscimo do sobrenome do cônjuge, uma vez, que o nome é direito da personalidade. Nestes termos, Farias e Rosenvald (2019), cita que é possível a qualquer dos nubentes acrescentarem ao seu nome do sobrenome do outro suprimindo um de seus nomes patronímicos.

A fixação do domicílio conjugal também é outro efeito pessoal, o art. 1569 do Código Civil, afirma que ambos os cônjuges podem escolher seu domicílio, mas a lei não exige a presença do casal em tempo integral em seu domicílio, em razão da necessidade de ausência para trabalhar, apenas é definido o domicílio para concretizar a comunhão de vida dos cônjuges. (FARIAS; ROSENVALD, 2019).

Os direitos e deveres recíprocos tem previsão no art. 1566 do Código Civil, fazem partes dos efeitos pessoais, como também a fidelidade recíproca que é um dever jurídico entre o casal, o adultério caracterizado pela conjunção carnal viola esse direito, existem várias formas de adultério como o adultério virtual com práticas sexuais pela internet.

A vida em comum no domicílio conjugal, definido pela comunhão de vida por uma formação em comum de projetos, sonhos, aquisição de bens, realização de viagens ou aquisição de determinados conhecimentos. (FARIAS; ROSENVALD, 2019).

Assim, o mencionado artigo, ainda determina em seus incisos, a mútua assistência que abrangem aspectos morais e materiais, são deveres dos cônjuges na constância do casamento uma assistência recíproca em respeito às atenções e cuidados à pessoa do consorte. Quanto à guarda, Farias e Rosenvald (2019), afirmam que o sustento e a educação dos filhos, estão ligados aos deveres da paternidade e maternidade que podem ter efeitos independentemente da existência do casamento.

Os efeitos pessoais que estabelece a fidelidade recíproca entre os consortes, tem como finalidade moralizar o comportamento dos cônjuges garantido a estrutura e

estabilidade da família, uma vida em comum em um único domicílio conjugal, a mútua assistência é compreendida como a obrigação alimentar, material, moral e afetiva entre o casal. Velar pelos filhos em relação à guarda e educação e o sustento são obrigações de ambos os consortes. O respeito e consideração mútua entre os cônjuges são obrigações entre o casal, a fidelidade e o respeito que devem ter um para com o outro. (NOTA, 2014).

Os efeitos patrimoniais são oriundos da união de duas pessoas, implicando uma comunhão de interesses econômicos, sendo caracterizado pelo Código Civil como regime de bens, regulado como estatuto patrimonial do casamento. Essas relações patrimoniais são marcadas por efeitos constitucionais como os princípios da igualdade substancial e solidariedade social, ambos previstos nos art. 3º e 5º da CF. Dessa forma, conforme Farias e Rosenvald (2019) é necessária a colaboração recíproca do casal para adquirirem o patrimônio em comum, essa regra também se aplica à união estável de acordo com a Súmula 380 do STF.

Os efeitos patrimoniais estão relacionados ao regime matrimonial de bens, sendo eles, o regime da comunhão parcial de bens formados por três cervos de bens, os bens da mulher, os bens do marido e os bens comuns, que são os bens que se comunicam com as núpcias, ao contrário dos bens que cada cônjuge possuía antes do casamento que ficam excluídos. O regime de comunhão universal de bens importa que os bens se comuniquem entre os cônjuges e todos os bens presentes e futuros, exceto os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os bens sub-rogados. (NOTA, 2014).

O regime de participação final nos aquestos cada cônjuge tem patrimônio próprio na constância do casamento, assim, com a dissolução da sociedade conjugal existe o direito a metade dos bens adquiridos onerosamente, e cada consorte tem a liberdade e Independência de administrar seu patrimônio pessoal. E o regime da separação de bens é a ausência de um patrimônio em razão da existência de patrimônio separado. (NOTA, 2014).

O art. 197 do Código Civil estabelece a inexistência de fluência de prazo prescricional entre os cônjuges pelo período que durar a constância do casamento, mas com exceção do art. 1240-A do mencionado Código, prevê a possibilidade de usucapião conjugal em razão do abandono do lar, ocorre pela separação de fato por um dos consortes, por um prazo mínimo de dois anos, a regra estabelece que o imóvel

comum seja o único bem do casal, e estar situada na área urbana, assim, trata-se ser uma usucapião por meação. (FARIAS; ROSENVALD, 2019).

Os efeitos sociais abrangem a constituição de uma entidade familiar, o acréscimo do nome do outro cônjuge, e a emancipação pelo casamento do cônjuge menor de 18 anos de idade, a fixação do domicílio conjugal, os direitos e deveres recíprocos compostos pela fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, a guarda o sustento e a educação dos filhos.

Os efeitos patrimoniais implica uma comunhão de interesses econômicos entre o casal, em que a lei estabelece regime de bens. Ainda existe uma exceção legal quanto a não fluência da prescrição na constância do casamento, sendo a usucapião do imóvel conjugal urbano, em razão do abandono do lar por um dos cônjuges.

2 DA AUSÊNCIA

A ausência tem previsão do artigo 22 ao artigo 39 do Código Civil, estes que cuidam de uma das formas do fim da personalidade civil, já que esta termina apenas com a morte, seja ela na modalidade real ou presumida, e ainda com a ausência. Estes artigos tratam especificamente de como se dará a curadoria dos bens do ausente em caso de ausência, como será aberta a sucessão provisória e ainda os critérios para a sucessão definitiva.

De acordo com que ensina Gagliano e Pamplona Filho (2017), ocorrendo o desaparecimento de uma pessoa de seu domicílio sem deixar notícias, representante ou procurador para administrar seus bens, o juiz nomeará um curador.

Tal situação ocorre nos casos em que o legislador chama de ausência. Sendo assim, “a ausência traduz a situação em que o sujeito simplesmente desaparece do seu domicílio sem deixar notícia, representante ou procurador, caso em que o juiz nomeará curador para administrar-lhe os bens”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 41).

Além disso, Souza e Silva (2008), alegam que a ausência tem natureza jurídica de uma situação jurídica especial ou a extinção presuntiva de personalidade humana, as duas possibilidades de natureza jurídica têm entendimentos doutrinários diferentes.

Conforme mencionado, a ausência acontece quando uma pessoa desaparece de seu domicílio sem deixar notícia ou representante de seus bens, sendo entendida sua natureza jurídica em dois ensinamentos distintos, sendo o primeiro uma situação jurídica especial, e o segundo uma extinção presuntiva de personalidade humana.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA AUSÊNCIA

A ausência tem como marco histórico, sua primeira aparição dentro do Código Civil de 1916, onde o ausente recebia tratamento de absolutamente incapaz, conforme se pode acompanhar nas palavras de Caio Mário:

Nosso direito ainda conserva uma deformação conceitual cientificamente injustificável: considera o ausente um incapaz. Ausente é aquele que desaparece de seu domicílio, sem que dele se

tenha notícia. Dá-se um administrador aos seus bens; partilha-se o seu patrimônio; não porque seja ele um incapaz, mas porque sua fazenda necessita de gerência, e ainda por que o prolongado afastamento da direção de seus negócios induz a presunção de sua morte. (PEREIRA, 2000, p. 270).

A situação e a interpretação errônea do legislador no que diz respeito ao instituto da ausência, o ausente era tratado como uma pessoa que não tinha capacidade e as consequências jurídicas disso, não poderia ser outra a não ser a pior possível.

Ocorre que, o legislador do no Novo Código Civil de 2002, interpretou o instituto de forma correta, já que agora o ausente é tratado como uma pessoa que pode ter morrido, e com base nessa presunção, procede-se à aplicação dos efeitos do instituto, senão veja-se:

Seguindo no estudo das modalidades de morte, é possível a sua presunção com declaração de ausência, mais um caso de presunção de falecimento em que não há o corpo presente do suposto falecido. Cabe lembrar que, na codificação de 1916, a ausência era tratada como causa de incapacidade absoluta da pessoa natural. No atual sistema da Lei Geral Privada, a ausência significa inexistência da pessoa natural por morte. (TARTUCE, 2017, p. 22).

Corroborando com tudo que já foi dito, Rosenvald e Farias (2017), afirmam que o Código Civil de 1916 tratava de forma equivocada o instituto da ausência ao tratá-lo como um absolutamente incapaz, os doutrinadores afirmam que esse conceito não poderia de forma alguma alcançar os ausentes, sendo assim, os mesmos compreendem a ausência de forma autônoma, declarando a ausência de uma pessoa que desapareceu sem deixar notícia, senão veja-se:

Em síntese: desaparecendo alguém sem deixar notícia ou procurador, o juiz declarará ausência, determinando a arrecadação dos bens, a publicação de editais e nomeando um curador para gerir o seu patrimônio, nos limites dos poderes e obrigações conferidos pela decisão. [...] (ROSENVALD; FARIAS, 2017, p. 409).

Sob o mesmo ponto de vista, os doutrinadores relatam que para o contexto histórico da ausência, tratando o Código Civil de 1916 o ausente era tratado como incapaz, e o Código Civil de 2002 trata a ausência como forma autônoma, solicitando o juiz à arrecadação dos bens e nomeando um curador, como em seguida será relatada como funciona a declaração de ausência tratada no Código Civil 2002.

2.2 PROCEDIMENTO DA AUSÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil 2002, estabelece como é o procedimento da ausência, bem como o seu conceito, e os dispositivos que tratam do assunto estão previstos nos art. 22 a 39 do mencionado Código, esse procedimento trata-se do desaparecimento do ausente.

Na opinião de Donizett e Quintella (2017), sobre as hipóteses de ausência no Código Civil de 2002, ocorre a sua configuração quando uma pessoa desaparece sem deixar notícias, e sem nomeação de representante, dessa forma a sentença com efeitos declaratórios de ausência, nomeará também no mesmo ato o curador para que o represente.

Quando o ausente deixar nomeado um representante e o desaparecido não retornar no prazo máximo de até três anos, é aberta a sucessão provisória quando requerida pelos interessados, como prevê a segunda parte do art. 26 do Código Civil, com a declaração de ausência.

Nestes moldes, em situação de impossibilidade do nomeado, o desinteresse de exercer o mandato de representante dos bens do ausente ou ainda se forem insuficientes os poderes concedidos previsto no art. 23 do Código Civil, se configura a ausência.

Ainda nestes termos, Tartuce (2017), relata que o procedimento da ausência tem previsão expressa nos art. 22 a 39 do Código Civil, sendo dividido em três fases longa e demorada, como a curadoria de bens do ausente, a sucessão provisória e por fim a sucessão definitiva. Para o doutrinador a ausência no Código Civil de 2002 está mais simples com uma presunção relativa da morte da pessoa natural.

Os doutrinadores em comum acordo, afirmam que a ausência é conceituada como o desaparecimento de uma pessoa de seu domicílio sem deixar notícias, dessa forma o objetivo é de proteger os bens do ausente com o processo de declaração de ausência como será abordado no próximo tópico.

2.3 O PROCESSO DE DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA

O processo de declaração de ausência tem previsão nos arts. 22 a 39 do Código Civil e no Código de Processo Civil nos artigos 744 a 745, onde o mesmo é composto por três fases: A curadoria dos bens do ausente; sucessão provisória e sucessão definitiva.

A título de definição, Lôbo (2016), afirma que o processo de declaração de ausência exige certos requisitos, como o desaparecimento da pessoa física de seu domicílio sem deixar notícias; um período longo de desaparecimento; falta de notícias das pessoas próximas do ausente; bens e negócios sem administrador.

Sobre isso, Lôbo (2016), afirma que é dispensada a declaração de ausência na hipótese da inexistência de bens para o processo de sucessão hereditária. O processo de declaração de ausência é feito de forma judicial, são legitimados para requerer os herdeiros, legatários, credores ou Ministério Público. O procedimento de declaração de ausência é realizado em três etapas que serão vistas a seguir. Insta salientar que:

[...] não devemos confundir a ordem dos legitimados para o exercício da curatela dos bens do ausente, prevista no art. 25, com a ordem de vocação hereditária que define a sucessão legítima. No primeiro caso, no que toca à curadoria dos bens do ausente, os ascendentes precedem os descendentes, enquanto que no segundo, na sucessão legítima, os ascendentes precedem os descendentes na forma do art. 1.829, I, do Código Civil (FARIAS apud EHRHARDT, 2020, p. 242-243).

Na opinião de Donizett e Quintella (2017), o procedimento da declaração de ausência é judicial, como prevê os arts. 22 a 24 do Código Civil, tendo como autorização para requerer qualquer interessado, ou o Ministério Público. O cônjuge não separado judicialmente, os herdeiros presumidos, legais ou testamentários e todos os que tiverem direitos sobre os bens do ausente, como os credores de obrigações vencidas e não pagas são interessados para requerer esse procedimento.

Para os mencionados doutrinadores, na sentença em que declarar a ausência, o juiz ordenará que os bens sejam arrecadados e nomeará um curador constando na sentença os poderes e obrigações do curador, como prevê o art. 24 Código Civil, e o art. 25 traz o rol dos legitimados para a nomeação de curador de acordo com a ordem estabelecida.

Ainda nestes termos, segundo o entendimento de Tartuce (2017), o art. 745 do Novo Código de Processo Civil prevê a arrecadação dos bens do ausente, assim, o juiz mandará que seja publicado em editais, na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal em que estiver vinculado e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, que permanecerá por um período de um ano, e inexistindo sítio será publicado no órgão oficial e na imprensa da Comarca por um prazo de até um ano e deverá ser reproduzido de dois em dois meses, sendo anunciada a arrecadação dos bens do ausente, com o intuito de encontrar o ausente, para que possa administrar os seus bens.

Portanto, os doutrinadores tratam o procedimento de declaração de ausência composto por fases e requisitos necessários para assegurar os direitos de cuidados com a administração dos bens do ausente.

2.3.1 Da declaração de ausência

Em relação à declaração de ausência é a fase inicial do procedimento, é um dos requisitos que dá início a uma das três primeiras fases, como a abertura da fase de curadoria dos bens do ausente.

A princípio, o artigo 6º do Código Civil, afirma que “a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”. Entende-se neste quesito, que para ter o ausente como presumido morto, há necessidade de passar nas três fases, quais sejam: curadoria dos bens do ausente; sucessão provisória; e, sucessão definitiva.

Nestes moldes, a declaração de ausência, segundo os entendimentos de Lôbo (2016), tem como finalidade propiciar a abertura da sucessão do ausente, sendo um instrumento jurídico para resolver as questões atinentes à administração do patrimônio do ausente diante ao seu desaparecimento, *in verbis*:

A ausência é um instrumento jurídico voltado a resolver problemas de natureza patrimonial resultantes do desconhecimento duradouro da existência da pessoa, mas que não pretende se igualar ao fato natural da morte. Sua finalidade fundamental é propiciar a abertura da sucessão do ausente, de modo que seu patrimônio possa ser administrado durante certo período de tempo – para oportunizar seu

eventual retorno –, findo o qual será transmitido para seus herdeiros ou sucessores [...] (LÔBO, 2016, p. 26).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2017), o juiz ao proferir a sentença declarando a ausência, deverá determinar o registro da mesma em livro próprio no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, e o seu procedimento deverá ser de acordo com os arts. 22 a 39 do Código Civil, prevendo a transmissão do patrimônio deixado, conforme segue:

A sentença de ausência é registrada em livro próprio, no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, e o seu procedimento observa regras especiais — que não se confundem com as normas de direito hereditário — visando à transmissibilidade do patrimônio deixado, nos termos dos já lembrados arts. 22 a 39 do atual Código Civil. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 41).

A declaração de ausência tem como finalidade proteger os bens do ausente, pois, conforme os doutrinadores afirmam, é aberto um processo que visa proteger os seus bens aguardando o retorno do ausente, devendo ser a sentença registrada em Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, observando a legislação do Código Civil. Uma vez, que desaparecendo uma pessoa de seu domicílio não se trata de um incapaz, mas sim de um capaz que presume sua morte por constar indícios de estar em um local incerto e não sabido, como mencionado adiante.

2.3.2 Da curadoria dos bens do ausente

O processo de curadoria dos bens do ausente tem previsão nos arts. 22 a 25 do Código Civil, que estabelece as regras e os legitimados para requerer esse procedimento, uma vez que, essa fase cuida-se da proteção dos bens deixados pelo ausente, sendo os legitimados:

Art. 25. O cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência, será o seu legítimo curador. § 1º Em falta do cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe aos pais ou aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo. § 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos. § 3º Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador. (BRASIL, 2002).

Similarmente, Lôbo (2016), alega que a primeira fase é para administração dos bens do ausente com a nomeação de um curador em razão da declaração de ausência proferida pelo juiz. Segundo Donizett e Quintella (2017), afirmam que o procedimento de curadoria é provisório com a finalidade de administrar os bens do ausente até o momento que sejam os herdeiros empossados nos bens para defender todos os interesses do ausente como prevê o art. 32 do Código Civil.

Inclusive, a fase de curadoria de bens do ausente tem duração, em regra, de 1 ano. “Se o ausente tiver deixado procurador, o prazo passa a ser 3 anos [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 243). Além disso, há de se recordar que o que coloca ponto final a essa fase, é a confirmação da morte do ausente de algum modo, podendo utilizar como exemplo, o encontro do corpo do morto, outra situação seria o retorno do ausente e por último a abertura da próxima fase, chamada de sucessão provisória.

Em análise ao entendimento dos doutrinadores, a curadoria dos bens do ausente visa em primeiro momento proteger os bens, ficando a cargo do Juiz a nomeação de um curador provisório para administrar os bens.

2.3.3 Da sucessão provisória

A sucessão provisória é a segunda fase do processo, que tem previsão nos art. 26 a 36 do Código Civil, o início dessa fase é posterior à fase de curadoria com um prazo de um a três anos, de acordo com os requisitos previstos no art. 26 do mencionado código.

Conforme já salientado, Lôbo (2016), afirma que a segunda fase é a abertura da sucessão provisória que ocorrerá após um ou três anos da decisão judicial que determinou a arrecadação dos bens do ausente, o prazo dessa sucessão é de dez anos com os sucessores do ausente na posse dos bens, dessa forma, ocorrendo o retorno do ausente ou notícias de sua existência no decorrer desse prazo a sucessão provisória é desfeita, sendo devolvidos os bens para o ausente.

Na visão de Donizett e Quintella (2017), o decurso de um ano da sentença que declarou a ausência e determinou a arrecadação dos bens do ausente, são as hipóteses que autorizam a abertura da sucessão provisória, os legitimados para requerer essa próxima etapa está previsto no art. 27 do Código Civil como o cônjuge

não separado judicialmente, os herdeiros presumidos, legais, os que têm direitos sobre os bens do ausente, bem como os credores de obrigações vencidas e não pagas em que o devedor é o ausente.

Quando o juiz prolatar a sentença que determinou, a abertura da sucessão provisória, será publicada pela imprensa, com os seus efeitos suspensos por um prazo de cento e oitenta dias, contado a data de sua publicação, transitado em julgado. A sentença, se houver testamento, será aberto, procedendo, conforme Donizett e Quintella (2017), ao inventário e a partilha como prevê o art. 28 do Código Civil.

O caput do art. 30 do Código Civil, estabelece que os sucessores sejam imitados na posse dos bens do ausente, e deverão, na perspectiva de Donizett e Quintella (2017), dar garantia de penhor ou hipoteca referente aos quinhões do valor dos bens, com exceção prevista no § 2º aos ascendentes, descendentes e cônjuge que são empossados na posse dos bens sem nenhuma garantia.

É proibida a alienação dos bens, o art. 31 do Código Civil, além disso, deixa claro que não é possível realizar hipoteca dos bens imóveis do ausente exceto se para evitar, segundo Donizett e Quintella (2017), a ruína. Mas nesse caso, deverá ser autorizada pelo juiz, a hipoteca ou alienação. O art. 32 do Código Civil estabelece que os sucessores provisórios, quando empossados nos bens do ausente, serão representantes ativa e passivamente os sucessores provisórios.

Apesar de tudo isso, esta fase não tem duração curta, quanto a anterior, pois segundo o artigo 37 e 38 do Código Civil, durará dez anos depois que transitar em julgado a sentença que concedeu a abertura da sucessão provisória, onde será possível “requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas” (BRASIL, 2002). Este prazo pode reduzir para cinco anos, se o ausente comprovadamente conta com oitenta anos e a sua última notícia, tem o prazo de cinco anos.

Nessa fase, os sucessores são imitados na posse dos bens do ausente, bem como os credores que tenham obrigações a receber podem requerer como um dos interessados a abertura dessa fase de sucessão provisória, findada essa fase tem um prazo estabelecido para dar início à última fase do processo de declaração de ausência, prolatando o juiz a sentença final neste último procedimento definitivo que será tratado a seguir.

2.3.4 Da sucessão definitiva

A sucessão definitiva é a última fase do processo de declaração de ausência, tem previsão nos art. 37 a 39 do Código Civil, nessa fase o juiz irá prolatar a sentença final.

Conforme já salientado, Lôbo (2016), afirma que, por fim, ocorre à última fase sendo a sucessão definitiva. Quando findado o prazo de dez anos da sucessão provisória, nessa última etapa, os bens são definitivamente passados aos sucessores. Se o ausente tiver oitenta anos a contar da data de seu desaparecimento, o prazo da segunda etapa de sucessão provisória, diminui de dez anos, passando para cinco anos, e por fim, passa-se à sucessão definitiva.

Com intuito de elucidar todas as dúvidas, traz o entendimento do Tribunal do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE AUSÊNCIA. ABERTURA DA SUCESSÃO DEFINITIVA. Após a declaração de ausência, será aberta a sucessão provisória, que se desenvolve até completados dez anos do trânsito em julgado da sentença que concede a abertura da sucessão provisória, com isso ocorre a sucessão definitiva. Todavia a lei prevê a possibilidade de requerer a sucessão definitiva provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele. Tendo em vista que a desaparecida contava com mais de 106 anos quando da propositura da ação, a sucessão deve ser considerada aberta com a sentença declaratória de ausência. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento Nº 70077319119, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 25/07/2018)(TJ-RS - AI: 70077319119 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 25/07/2018, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/07/2018).

Do ponto de vista de Donizett e Quintella (2017), o art. 37 do Código Civil prevê a abertura da sucessão definitiva, que ocorre após dez anos do trânsito em julgado da sentença que determinou a abertura da sucessão provisória, sendo permitido requerer o levantamento das cauções prestadas ao requerer a abertura dessa sucessão. O art. 39 do Código Civil determina que quando regressar o ausente após a abertura da sucessão definitiva, dentro do prazo de dez anos, o ausente terá direito aos bens existentes em que se encontram os sub-rogados no lugar deles e o preço recebido pelos bens alienados.

Os doutrinadores afirmam que com essa fase final do processo, os bens são convalidados de forma definitiva aos sucessores, sendo permitido o levantamento de cauções que foram dados como garantia.

2.4 DA MORTE PRESUMIDA E SUAS ESPÉCIES

O Código Civil prevê em seus art. 6º e 7º, outros dois tipos de mortes paralelas à morte real, qual seja, a presumida. A primeira morte é a com declaração de ausência, já a segunda morte é sem declaração de ausência, que será tratado a seguir.

2.4.1 Morte presumida com declaração de ausência

A morte presumida com declaração de ausência tem previsão no art. 6º do Código Civil, e o seu procedimento está previsto entre os art. 22 a 39 do mencionado Código, que é composto por três fases.

Nesse sentido, Tartuce (2017) afirma que se aplica este instituto em casos de pessoas que por diversas situações, desapareceu e não deixou notícias em razão de estar em local incerto e não sabido, como também pela inexistência do corpo, assim trata-se de presunção do falecimento da pessoa, por não existir indícios do seu desaparecimento.

Quando uma pessoa desaparece de seu domicílio sem deixar notícias, sem deixar nomeado representante ou procurador para administrar seus bens, os teóricos Gagliano e Pamplona Filho (2020), afirmam que qualquer parte interessada pode requerer a declaração fática de ausência, concedendo o Poder Judiciário à nomeação de um curador, com a fixação de obrigações para administrar os bens do ausente até seu retorno.

Neste caso, a morte presumida só será presumida, após passar por todas as fases anteriormente levantadas, onde o processo passa por curadoria dos bens do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva, podendo considerar como presunção de morte.

Diante das afirmações dos doutrinadores, desaparecendo uma pessoa de seu domicílio e os interessados não tendo notícias, em razão de a pessoa estar em um local incerto e não sabido, o interessado pode requerer a nomeação de um curador para administrar os bens do ausente.

2.4.2 Morte presumida sem declaração de ausência

A morte presumida sem declaração de ausência está prevista no art. 7º do Código Civil, este tipo de morte é definido quando uma pessoa que estava em situação de perigo. Dessa forma, desaparece sendo provada a sua morte com a inexistência do corpo em razão de findar todas as buscas.

Os autores Rosenvald e Farias (2017), expõem que a morte presumida sem declaração de ausência prevista no art. 7º do Código Civil, tem o mesmo efeito que a morte real em que ambas decorrem de um atestado médico. Assim, quando comprovado que não mais existem notícias dessa pessoa, ocorre à declaração de morte presumida, sem declaração de ausência de pessoas que se encontravam em risco de morte, razão de seu desaparecimento por estarem em naufrágios, incêndios, inundações ou terremotos entre outras catástrofes.

Nestes termos, Donizett e Quintella (2017), relatam que quando findado as buscas para encontrar o corpo, ou esgotadas as possibilidades de averiguações para saber se houve morte, pode os parentes requerer a declaração de morte presumida, como prevê o art. 7º do Código Civil. Dessa forma, cumprido todos os requisitos previstos no art. 7º e seus incisos, o juiz proferirá a sentença, que declara a morte presumida sem declaração de ausência, sendo constatada a impossibilidade de encontrar o corpo da pessoa que estava correndo risco de morte.

Portanto, a morte presumida sem declaração de ausência, ocorre quando uma pessoa estava correndo risco de morte, em razão de estarem em situações de perigo. Assim, quando findar as buscas pelo corpo ou esgotadas as possibilidades de confirmação de morte, poderão os parentes legitimados requerer a declaração de morte presumida de acordo com o dispositivo legal.

3 DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL DO AUSENTE

Existe uma questão sobre os efeitos distintos entre a dissolução da sociedade conjugal e a dissolução do vínculo conjugal. Dessa forma, com a morte de um dos cônjuges é possível à dissolução tanto da sociedade conjugal como do vínculo conjugal.

Seguindo esta ideia, os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho (2020), entendem que dissolvida à sociedade conjugal os efeitos de fidelidade recíproca, a coabitação desaparecem. Com o divórcio ou o falecimento de um dos cônjuges, é possível dissolver ao mesmo tempo a sociedade conjugal e o vínculo conjugal que permite novas núpcias, dessa forma, a dissolução do vínculo conjugal, trata-se do fim do registro civil do casamento, tendo a consequente mudança do estado civil, para divorciado ou viúvo.

Neste diapasão, Souza e Silva (2008), apresentam a distinção entre sociedade conjugal e vínculo conjugal. Para eles a sociedade conjugal é a relação entre os cônjuges que são cessados pela morte real, desquite, anulação ou nulidade, já no que tange ao vínculo conjugal que é dissolvido pela morte, bem como pela anulação, nulidade do casamento ou divórcio.

Diante dos fatos expostos, os doutrinadores afirmam sobre os efeitos da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Dessa forma, quando dissolvido à sociedade conjugal, os efeitos de fidelidade e coabitação deixam de existir a obrigação recíproca, bem como a dissolução do vínculo conjugal, extingue o registro civil do casamento permitindo às partes de novamente se casarem.

3.1 SEPARAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

A separação judicial ocorre na modalidade consensual judicial e na modalidade litigiosa, bem como existe a modalidade de separação extrajudicial. A modalidade de separação consensual extrajudicial ocorre com a existência de acordo entre as partes, mas existindo acordo entre as partes e havendo interesses de filhos menores ou

incapazes ocorre à separação de forma consensual judicial, e a modalidade de separação litigiosa ocorre com a existência de conflitos entre as partes.

De acordo com Donizett e Quintella (2017), a separação judicial pode ocorrer de duas formas, sendo consensual ou litigiosa. Na separação consensual tem previsão nos art. 731 a 734 do Novo Código de Processo Civil, sendo permitida nessa modalidade, a regra de escritura pública de separação que não depende de ser homologada judicialmente. A separação litigiosa conta com previsão nos art. 693 a 699 do Novo Código de Processo Civil, o procedimento é comum e permite que o juiz tente a autocomposição entre as partes.

Na visão de Becker (2009), de acordo com a lei nº 11.441/2007, existem duas espécies de separação, sendo a separação consensual judicial ou extrajudicial que ocorre quando existe acordo entre os cônjuges, ao contrário da separação litigiosa que ocorre de forma judicial se existir conflito entre as partes. Existem requisitos para se requerer a separação extrajudicial como inexistência de filhos menores ou incapazes; assistência de um advogado, escritura pública lavrada por tabelião de notas e o prazo de um ano da celebração do casamento para a separação ou prazo de dois anos de separação de fato para o divórcio.

Do ponto de vista de Farias e Rosenvald (2015), a separação judicial ocorrida antes da Emenda Constitucional nº 66/2010 é considerada como um ato jurídico perfeito, sendo assim, as pessoas que se separaram antes da Emenda permanece com o estado civil de separadas, mas submetidas às obrigações impostas quanto ao vínculo conjugal que se dissolve apenas com o divórcio.

Em análise, ao entendimento dos doutrinadores, Donizett e Quintella (2017), afirmam sobre os dispositivos previstos em lei que tratam das modalidades de separação judicial, bem como Farias e Rosenvald (2015), alegam sobre os efeitos trazidos da separação judicial.

3.2 SEPARAÇÃO DE FATO

A separação de fato ocorre quando os cônjuges decidem viver separados um do outro, cessando direitos e obrigações entre o casal, bem como, existem

divergências doutrinárias em relação a sua natureza jurídica, além de efeitos jurídicos que se extinguem em consequência dessa separação.

Do ponto de vista de Farias apud EHRHARDT (2020), a separação de fato é considerada como um fato jurídico, ocorrendo à cessação da coabitação em razão dos consortes conviverem em casas separadas, motivados pelos interesses pessoais ou profissionais. Para os mencionados doutrinadores, a separação de fato também rompe com o regime de bens sem prazo estabelecido, e conseqüentemente, cessa a obrigação recíproca de fidelidade e assistência, consideração e respeito mútuos conjugais.

Nestes termos, Donizett e Quintella (2017), afirmam que a separação de fato é uma escolha dos cônjuges, que não tem força jurídica para dissolver, nem a sociedade e nem o vínculo conjugal, mas o cônjuge separado de fato não pode ser nomeado curador do outro com o prevê o art. 1.775, e também perde o direito de sucessão do outro o cônjuge que estiver separado de fato há mais de dois anos, como prevê o art. 1.830 ambos do Novo Código Civil.

Em análise aos entendimentos dos mencionados doutrinadores existem divergências, pois, para os doutrinadores Farias apud EHRHARDT (2020), afirmam que a separação de fato é considerada como um fato jurídico, ao contrário dos doutrinadores Donizett e Quintella (2017) que expõe não ter força jurídica à separação de fato.

3.3 DIVÓRCIO

Existem duas modalidades para se requerer o divórcio, sendo uma pela via judicial e a outra pela via extrajudicial, bem como para ambas as modalidades, tem como requisito, legitimidade para ser o divórcio requerido por um dos cônjuges pela via judicial ou se for à modalidade extrajudicial, ambos os cônjuges são os legitimados.

Os autores Donizett e Quintella (2017), afirmam que o divórcio tem capacidade para extinguir a sociedade conjugal e também dissolver o vínculo conjugal, assim com a Emenda Constitucional nº 66/2010, é possível até mesmo no dia posterior a realização do casamento, um dos cônjuges pedir o divórcio em razão de não mais ser necessário prazo estabelecido para o seu requerimento. O art. 1.582 do Código Civil

estabelece a legitimidade exclusivamente aos cônjuges para requerer o divórcio seja na via judicial ou extrajudicial.

O autor Madaleno (2020), alega que com a Emenda Constitucional nº 66/2010, o divórcio pode ser na via judicial ou extrajudicial, assim é permitido à dissolução da sociedade conjugal nas duas modalidades, bem como é dissolvido o vínculo conjugal seja também na via judicial ou extrajudicial.

Certamente em acordo, os doutrinadores apresentam o divórcio tanto na via judicial como na via extrajudicial tem capacidade para extinguir a dissolução da sociedade conjugal e do vínculo conjugal, bem como com a Emenda Constitucional nº 66/2010 possibilitou melhor forma para se proceder com a ação de divórcio sem prazo estabelecido para requerer, existem modalidades de ação de divórcio sendo de forma consensual administrativo ou judicial ou litigioso que ambas as modalidades será tratado a seguir.

3.3.1 As modalidades de divórcio

A legislação prevê três modalidades de ação de divórcio, sendo de forma consensual, litigioso e administrativo, com regras estabelecidas em cada uma, ocorrendo acordos entre as partes é mais benéfico para as partes dissolver o vínculo matrimonial de forma mais célere, ao contrário, existindo litígio segue o procedimento de forma menos célere dependendo da decisão final a ser proferida pelo juiz.

Sobre a lógica dos ensinamentos de Rizzardo (2019), os cônjuges podem pedir o divórcio, sendo esse pedido feito por ambos, ou um por deles. As modalidades de ações de divórcio são de forma consensual, litigiosa e administrativa.

O divórcio consensual judicial ocorre de forma amigável, mas há a presença de menores ou incapazes, com um pedido em conjunto dos cônjuges, utilizando-se do procedimento de jurisdição voluntária, requerendo a homologação, que tem como finalidade decidir sobre os interesses do incapaz com a guarda, visita dos filhos e educação.

Na mesma linha de raciocínio, Rizzardo (2019), afirma que na forma de ação de divórcio litigioso, a ação não é proposta por ambos os cônjuges como ocorre na ação consensual. Na forma litigiosa, o réu é citado para contestar. Nessa ação, existe

litígio que trata de controvérsia com alguns dos elementos a serem discutidos no divórcio, quais sejam: alimento, guarda dos filhos, partilha de bens e regulamentação de visitas aos filhos.

O divórcio consensual pela via administrativa, sob a ótica de Rizzardo (2019), exige certos requisitos, como a inexistência de nascituro ou filhos incapazes e a inexistência litígio entre as partes, e a sua forma de realização é por meio de escritura pública com a presença dos advogados das partes.

Segundo Cavalcanti (2014), a Emenda Constitucional nº 66/2010 existem três modalidades de ação de divórcio, sendo permitido o divórcio judicial, o divórcio extrajudicial e o divórcio litigioso, sendo o divórcio na forma direta pode ser consensual ou litigioso, bem como tem efeito de dissolver a sociedade conjugal e o vínculo conjugal. Não existindo filhos incapazes e inexistindo discordância entre os cônjuges, a lei prevê o divórcio extrajudicial por meio de escritura pública perante um tabelião.

Os mencionados doutrinadores afirmam sobre a existência das modalidades de divórcio, existindo requisitos para cada ação. Dessa forma, para a propositura de ação de divórcio consensual extrajudicial, deve ter acordo entre as partes e não existir filhos incapazes. Na ação de divórcio litigioso, ocorre com a existência de litígio entre as partes, e na modalidade de divórcio consensual judicial, os cônjuges estão em acordo com o divórcio, mas existem interesse de filhos ou incapazes.

3.4 A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO PELA MORTE

Nesta mesma toada, a morte é capaz de romper com o vínculo matrimonial e a sociedade conjugal, assim, em consequência da morte de um dos cônjuges, é extinto os efeitos jurídicos decorrentes do casamento.

Do ponto de vista de Farias apud EHRHARDT (2020), resta-se claro que com a morte de um dos cônjuges, surge como um dos efeitos o fim do vínculo conjugal e da sociedade conjugal, os deveres recíprocos de ordem pessoal e patrimonial se extinguem, como também ocorre à modificação do civil de viúvo permitindo o cônjuge sobrevivente de novamente se casar.

Para os mencionados doutrinadores, existem efeitos que permanecem após o óbito de um dos consortes, como o parentesco por afinidade em linha reta, decorrendo

o impedimento de um novo matrimônio; o direito do cônjuge sobrevivente continuar usando o nome de casado. Existindo uma ação de divórcio e no decorrer do processo um dos cônjuges falecer o vínculo matrimonial é dissolvido, bem como o processo é extinto sem resolução do mérito como prevê o art. 485 do Código de Processo Civil.

De acordo com os ensinamentos dos doutrinadores, ocorrendo à morte de um dos cônjuges um dos efeitos é a dissolução do vínculo conjugal pela morte, em consequência se extingue o vínculo sociedade conjugal.

3.5 A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL DO CÔNJUGE SOBREVIVO E AUSENTE

Conforme já salientado, sabe-se muito acerca da dissolução do cônjuge que faleceu, dos cônjuges que decidem por ficar juntos, mas sabe-se muito pouco da situação que rodeia o cônjuge que se ausentou e deixou alguém que tem sua vida para seguir, seus bens para cuidar e outros relacionamentos podem surgir.

A questão é tão relevante, que se pode trazer a baila a seguinte análise:

Discussão interessante surge se o ausente, presumidamente morto, reaparece. Se, digamos, havia determinado casal e o marido foi considerado ausente. A mulher, anos depois, casa-se novamente. O marido desaparecido reaparece. Qual dos dois casamentos será válido? As legislações, em geral - salvo a italiana, que considera o segundo casamento nulo, Código Civil, arts. 65 a 68 - tendem a aceitar que o segundo casamento, o atual, é válido. A propósito da solução italiana, Zeno Veloso critica, indagando: Como dar por nulo o novo casamento da pessoa que foi casada com o ausente, e cujo casamento a lei mesma tem por extinto? (FARIAS apud VELOSO, 2020, p. 243; FARIAS apud COLTRO, 2020, p. 243).

De acordo com a citação, pode-se perceber que esse tema está envolto de discussões, inclusive esta que traz a dúvida de qual casamento será válido, caso o cônjuge ausente retorne. O enfoque desta pesquisa é o de saber em qual momento o casamento do cônjuge sobrevivente será dissolvido, pois há de se lembrar de que o ausente só será considerado morto presumido, após a abertura da sucessão definitiva, ocorre que para isso, é necessário esperar pouco mais que 10 (dez) anos.

Seguindo o entendimento da jurisprudência majoritária, só será possível entender como dissolvida a relação conjugal, após a sentença que recebe a abertura da sucessão definitiva:

Posição majoritária, em sede de doutrina, tem procurado fixar o momento da dissolução do casamento do ausente na terceira e última etapa da ausência (CC, arts. 37 ss), que ocorre com a abertura da sucessão definitiva. Funda-se tal posicionamento no comando do art. 6º da Codificação, estabelecendo que a partir da sentença que reconhece a abertura da sucessão definitiva decorrem os efeitos da morte, no caso da ausência. (FARIAS apud EHRHARDT, 2020, p. 1.247).

Ato contínuo, quem lê o artigo 1.571, do Código Civil, tem essa mesma conclusão da citação, já que o mesmo estabelece que seja permitida a dissolução da sociedade e do vínculo matrimonial com a morte presumida do cônjuge ausente, sendo assim, há de se considerar que a morte só trará esses efeitos a partir da sentença de recebimento da sucessão definitiva. Além disso, conforme Becker (2009), deve-se lembrar de que a dissolução do vínculo não tem força de extinguir o parentesco por afinidade do cônjuge sobrevivente em linha reta, sendo impedido de casar-se com os seus afins.

Seguindo essa linha de raciocínio, o ausente só terá seu vínculo conjugal dissolvido com o cônjuge sobrevivente, após a sucessão definitiva. Sendo assim, para regularizar sua situação, o cônjuge deverá promover o divórcio para se casar novamente ou aguardar pela presunção de morte, que se dá, conforme Costa e Chinellato (2012), com a conversão da sucessão provisória em definitiva.

Quem vê a situação por fora, entende que tudo bem, é fácil de resolver, ocorre que, “se o cônjuge do ausente optar pelo divórcio, perderá sua capacidade sucessória” (COSTA e CHINELLATO, 2012, p. 1.313). Nestes termos, o cônjuge sobrevivente terá que observar se ele no momento de fazer o divórcio, a depender do regime de bens do seu casamento, terá algum direito sucessório, pois, partindo do entendimento majoritário, se houver bens a serem herdados, o mesmo pedindo a dissolução abrirá mão desse direito. Portanto, o sobrevivente terá que colocar toda a situação em uma balança para entender se compensa dissolver o vínculo e abrir mão do direito sucessório.

É interessante a situação, pois isso dificulta e muito a situação do cônjuge sobrevivente, o anteprojeto do Código Civil, trazia em seu corpo a seguinte redação:

Art. 63. Novo Casamento do Cônjuge - 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. (BRASIL, 1972).

Com muita sorte, essa redação não foi publicada, pois tal disposição dificultava ainda mais a situação do cônjuge sobrevivente, que tinha que esperar declarar a morte presumida e ainda mais o prazo de um ano.

Seguindo essa corrente doutrinária, se o cônjuge escolher o divórcio, ocorrerá imediatamente à dissolução do vínculo matrimonial, em razão da declaração de ausência, mas em conseqüência, conforme Cavalcanti (2014), terá como efeito a perda do direito à sucessão legítima.

Surge então, uma nova corrente doutrinária, defendendo que não se pode exigir que o cônjuge sobrevivente tenha que esperar o fim de todo o processo de ausência, para poder seguir em frente com sua vida, senão veja-se:

Efetivamente, é de se destacar que, reconhecida ausência, impõe-se ao ordenamento jurídico buscar, a todo modo, a reconstrução familiar no plano material e afetivo, resguardando a dignidade de cada um dos membros daquele núcleo. Por isso, é de se compreender a existência de dois diferentes efeitos decorrentes do reconhecimento da ausência: para fins patrimoniais, aplicando-se o art. 6º do Código Civil, a ausência produz efeitos a partir da declaração de sucessão definitiva, que ocorrerá depois de dez anos contados de decisão que reconheceu a ausência; no entanto, os **efeitos pessoais familiares decorrem da abertura da sucessão provisória, após o lapso temporal de um ano, contado do reconhecimento da ausência**. Se assim não for, o instituto, inclusive, perderá o sentido, uma vez que o cônjuge do ausente, pretendendo reconstruir efetivamente a sua via, pode se valer, a qualquer tempo, do divórcio, uma vez que a nova redação dada ao § 6º do art. 226 da Carta Maior afasta qualquer indagação relativa a lapso temporal. Assim, caso o matrimônio não esteja dissolvido na declaração de abertura da sucessão provisória (após um ano de reconhecimento da ausência), retirar-se-ia, por via oblíqua, a utilidade do instituto. (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 414, **grifo nosso**).

Diante disso, o instituto da ausência ganha um interesse maior, pois o cônjuge sobrevivente vai ter que esperar a sucessão definitiva apenas para os efeitos

patrimoniais. Mas para o principal efeito pessoal, qual seja, o vínculo matrimonial, não há necessidade de esperar por tanto tempo, tendo que esperar apenas o prazo de um ano após a declaração de abertura de sucessão provisória.

Caso o cônjuge sobrevivente decida dar continuidade a sua vida amorosa, poderá ele se basear no novo entendimento aguardando o prazo de um ano após a decretação de abertura da sucessão provisória, e pedir o divórcio, para que possa estabelecer nova relação conjugal formal, sem, portanto, perder o direito sucessório, assim como tem defendido a doutrina majoritária.

Essa é a teoria que tem maior coerência com o instituto e que tem maior capacidade, de constitucionalmente proteger o cônjuge sobrevivente, de forma que preserve a dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito ao rompimento da sociedade conjugal, Donizett e Quintella (2017), entende que, o simples afastamento do lar, no caso do ausente, não é capaz de configurar a separação, pois o instituto requer um afastamento qualificado, onde àquele que se afasta, se afasta no intuito de não conviver mais com o seu antigo cônjuge, e o ausente não se sabe ao certo qual o motivo de ter sumido do lar, pois há uma presunção de que ele tenha se afastado contra a sua vontade. Nestes moldes, não é possível, romper de início a sociedade conjugal.

Para tanto, apesar de tudo isso, rompido o vínculo conjugal com o pedido judicial do cônjuge sobrevivente, rompe-se automaticamente à sociedade conjugal, podendo aplicar o novo entendimento a ambas as situações.

Além disso, por força do texto constitucional art. 1º, inciso III, protege o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a família deve ser protegida, de modo que seja reconstruída no plano material quanto ao amoroso e afetivo que foi desconstituída por consequência da ausência. Contudo, pela exceção prevista no art. 1830 do Código Civil, é permitido o direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, pois sem culpa ficou separado de fato por mais de dois anos do cônjuge ausente em razão da ausência.

Diante do exposto, indo ao encontro desse entendimento, apresenta-se:

Consequentemente, aquele que era casado com o ausente, quando na qualidade de viúvo presumido (de modo absoluto), pode habilitar-se perante o Registro Civil para um novo matrimônio (arts. 1.525 e 1.526, da Lei Civil), sendo suficiente a apresentação da sentença que

considerou o sumido como falecido e abriu a sucessão provisória, em substituição a prova da morte natural. (LIMA FILHO, 2006, pág. 14-15).

Considerando o entendimento doutrinário, a presunção de morte presumida do cônjuge ausente, ocorre apenas com a sentença da sucessão definitiva. Nesse sentido, o cônjuge sobrevivente tem o direito de se casar, bem como tem direito de sucessão legítima, de acordo com o art. 1571, do Código Civil, ocorre a dissolução da sociedade e do vínculo matrimonial com a presunção de morte do ausente.

De acordo com o entendimento do autor Lima Filho (2006), em análise do art. 1830 do Código Civil, prevê uma exceção, sendo permitido o direito sucessório do cônjuge ausente que sem culpa era impossível conviver com o cônjuge ausente, contudo a dissolução do vínculo conjugal pode ocorrer na segunda fase com a sentença de sucessão provisória.

4 OBJETIVOS

4.1 OBJETIVO GERAL

Analisar as questões jurídicas e sociais que circunscrevem a situação da dissolução do vínculo conjugal existente do ausente com o cônjuge sobrevivivo.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Apresentar a possibilidade de alcance da escolha mais benéfica em favor do cônjuge sobrevivivo quanto a dissolução do vínculo conjugal.
- Direcionar o caminho jurídico a ser traçado nas questões destinadas à dissolução do vínculo conjugal existente entre o ausente e o cônjuge sobrevivivo.
- Revisar o Código Civil, para ampliar a perspectiva da situação do cônjuge sobrevivivo em caso da ausência quanto a dissolução da sociedade conjugal.
- Apontar os efeitos da ausência ao cônjuge sobrevivivo em relação à sucessão legítima em contexto com a sucessão definitiva.

5 METODOLOGIA

O processo de desenvolvimento científico é construir formalidades nas abordagens hipotéticas e sintéticas da realidade. Segundo Alves (1981), tem por finalidade afirmar que a ciência, nada mais é do que o senso comum, refinado e bem ajustado. Pensando nisso, é importante afirmar que todo processo científico é organizado, necessariamente, pelo processo metodológico para que construa credibilidade e solidez, tanto no aspecto prático, quanto teórico.

Com base no autor supracitado, este trabalho utilizou-se o método hipotético-dedutivo, pois tenta por meio de hipóteses chegarem às conclusões que podem ser negadas ou reafirmadas no decorrer da elaboração. O método hipotético-dedutivo, segundo Popper (1972), tem por objetivo utilizar a racionalização para obter resultados por meio de investigações e orientações bibliográficas.

O tipo de pesquisa desta monografia está orientado como exploratória, Afirma Alves (1981), que a pesquisa exploratória busca explorar o máximo possível do problema, construindo maior familiaridade e proximidade com o que ele pode oferecer.

Os procedimentos técnicos abordados na presente pesquisa foram à revisão bibliográfica de: livros, artigos científicos, doutrinas e monografias, utilizadas como complemento aos materiais didáticos do Direito, a fim de direcionar o foco desta pesquisa de forma qualitativa. De acordo com os ensinamentos de Prondanov e Freitas (2013), a pesquisa qualitativa é de forma descritiva com interpretação de fenômenos e analisando os dados coletados, bem como atribuindo significados.

6 ANÁLISES E DISCUSSÃO

De acordo com os ensinamentos de Becker (2019), por força do art. 1571, do Código Civil, o cônjuge sobrevivente será considerado viúvo com a sentença transitada em julgado da sucessão definitiva declarando a presunção de morte do ausente, assim, será dissolvida a sociedade e o vínculo matrimonial com a presunção de morte do ausente.

Segundo Cavalcanti (2014), em análise ao art. 1571, § 1º, do Código Civil, o cônjuge sobrevivente tem a opção de escolher a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal por meio do divórcio ou por meio da sentença definitiva de sucessão definitiva, mas de acordo com o mencionado artigo se o cônjuge sobrevivente interesse houver na herança, deverá aguardar até a sucessão definitiva, para romper o vínculo conjugal, sendo assim, permitido pleitear a sucessão legítima.

Dessa forma, de acordo com Cavalcanti (2017), se o cônjuge sobrevivente escolher o divórcio perderá o direito à sucessão, ao contrário se aguardar a sentença de decretação de morte presumida terá direito de pleitear seus direitos, dessa forma o cônjuge sobrevivente, pode abrir mão da sucessão legítima e pedir a dissolução imediata do vínculo matrimonial, com a declaração de ausência, mas em consequência perderá o direito de sucessão legítima.

Assim, entende-se o doutrinador Donizett e Quintella (2017), com a separação de fato entre os cônjuges existe a dissolução da sociedade conjugal, mas essa dissolução não ocorreu de forma judicial nem extrajudicial, nesse contexto, o art. 1830 do Código Civil, prevê a impossibilidade do cônjuge separado de fato ser nomeado curador legítimo com exceção se o cônjuge sobrevivente não era culpado pela separação, dessa forma, o desaparecimento do ausente é capaz de romper com a sociedade conjugal com a declaração de ausência, uma vez, que o cônjuge sobrevivente não teve culpa pela não convivência com o ausente.

Em contrapartida, ao entendimento clássico acerca do assunto, pôde-se apresentar o entendimento moderno de Lima Filho (2006), que diz que, há possibilidade de requerer a dissolução do vínculo conjugal na fase de sucessão provisória, sem necessidade nesse caso de perder o direito sucessório, sendo assim o cônjuge sobrevivente poderá dar continuidade a sua vida pessoal, deixando o lado

patrimonial para ser visto com a declaração de sucessão definitiva. Situação essa, que é muito importante, que vai diminuir em tese o luto do sobrevivente, fazendo com que ele em cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, possa se relacionar com outra pessoa e construir uma nova família, sem necessidade de se esperar um tempo de dissolução tão grande.

Neste sentido, em acordo com o entendimento do mencionado autor, o cônjuge sobrevivente por força da exceção do art. 1830 do Código Civil, tem direito a herança, dessa forma, não necessita aguardar até a sucessão definitiva, para requerê-la, bem como, pode romper o vínculo conjugal na sucessão provisória, assim, o cônjuge sobrevivente não necessita abrir mão da sucessão legítima, podendo ainda, com a declaração de ausência pedir imediatamente a dissolução do vínculo matrimonial.

Assim, neste ponto de vista do autor, com a sentença proferida na sucessão provisória de declaração de ausência o cônjuge sobrevivente será considerado viúvo.

Dessa forma, não será necessário aguardar a sucessão definitiva. Contudo, o desaparecimento do ausente tem capacidade de romper com a sociedade conjugal, com a exceção prevista no mencionado artigo, uma vez, que prevê o princípio da dignidade da pessoa humana o direito de liberdade do cônjuge sobrevivente, uma vez, que não poderá ficar preso a um casamento infrutífero.

Em resposta a problemática, em qual momento acontece a dissolução do vínculo conjugal entre cônjuge ausente e o cônjuge sobrevivente? afirma-se que o momento da dissolução do vínculo conjugal entre o cônjuge sobrevivente e ausente é dissolvido na segunda fase da sucessão provisória com a sentença de declaração de ausência, de acordo com a exceção do art. 1830 do Código Civil, a convivência entre os cônjuges se tornou impossível sem culpa do cônjuge sobrevivente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral do presente estudo foi compreender as questões jurídicas e sociais que circunscrevem a situação da dissolução do vínculo conjugal existente do ausente com o cônjuge sobrevivente. Nesse sentido, foi demonstrado as possibilidades de variáveis formas legais em que o cônjuge sobrevivente tem a opção de escolha mais benéfica para dissolver a sociedade e o vínculo conjugal com o cônjuge ausente.

Foi direcionado por meio de previsão legal, várias escolhas para o cônjuge sobrevivente dissolver o vínculo conjugal existente com o ausente, como aguardar a sentença de presunção de morte presumida, com a sentença transitada em julgado de presunção de morte definitiva o cônjuge sobrevivente será considerado viúvo, bem como terá o direito de sucessão legítima.

Assim, foi realizada uma revisão do Código Civil, analisando a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal com a ausência, mas de acordo com a lei só é possível essa dissolução com a conclusão do processo de ausência para ter efeito jurídico, uma vez, que a separação de fato não tem força jurídica para dissolver a sociedade conjugal com o ausente.

Dessa forma, foi apontado os efeitos da ausência ao cônjuge sobrevivente em relação à sucessão legítima em contexto com a sucessão definitiva, assim, o cônjuge sobrevivente deve aguardar a conclusão do processo de ausência com a conclusão da última fase de sucessão definitiva, para pleitear a sucessão legítima, pelo contrário se o cônjuge sobrevivente escolher se divorciar com a declaração de ausência, terá como efeito o não direito a sucessão.

Neste sentido, de acordo com a visão tradicional de vários doutrinadores, que considera a dissolução do vínculo matrimonial do ausente pela abertura da sucessão definitiva, está em desacordo com a Constituição Federal que prevê em seu dispositivo 1º, inciso III, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, assim, sem dúvida o cônjuge sobrevivente ficaria preso em um casamento que não possibilita os efeitos da sociedade conjugal, apenas com a finalidade de pleitear seu direito de herança. Em contrário do entendimento do autor (Lima Filho, 2006), que entende ser direito do cônjuge sobrevivente a herança, bem como a dissolução do vínculo e da sociedade conjugal na fase de sucessão provisória.

A escolha mais benéfica para o cônjuge sobrevivente dissolver o vínculo conjugal existente com o ausente de acordo com o autor Lima Filho (2006) é com a declaração de ausência, dessa forma, afirma-se essa solução para a problemática de dissolver esse vínculo na segunda fase do processo de ausência, bem como, não terá prejuízo para o cônjuge sobrevivente, uma vez, que é reconhecido seu direito sucessório legítimo.

Neste sentido, o melhor caminho jurídico a ser traçado em relação à dissolução do vínculo conjugal existente entre o ausente e o cônjuge sobrevivente tem previsão no art. 1830 do Código Civil, dessa forma o mencionado artigo amplia a perspectiva do cônjuge sobrevivente, com o efeito mais benéfico da dissolução da sociedade conjugal na fase de sucessão provisória sem necessidade de aguardar a terceira e última fase de sucessão definitiva, uma vez, que na sucessão provisória será permitido requerer o direito de sucessão.

REFERÊNCIAS

ALVES, R. *Filosofia da Ciência: Introdução ao jogo e suas regras*. 25 ed. Rio de Janeiro: Loyola, 1981.

ALMEIDA, J.; F. *Bíblia Sagrada. Harpa Cristã*. Revista e Corrigida. Rio de Janeiro: Casa Publicadora das Assembleias de Deus, 2004.

BARROS, S.; R. Matrimônio e patrimônio. in *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFam, v. 1, n. 1, abr./jun., 1999. p. 11.

BECKER, M.C. *Dissolução do Vínculo Conjugal: Uma Análise Sobre o (Des)cabimento da Menção de Culpa na Causa da Ruptura da Relação Entre Cônjuges*. 2009. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso II (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário UNIVATES Curso de Direito, Lajeado, 2009. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/551/1/2009MaiteCandidaBecker.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

BEZERRA, M. D. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ: As Uniões Homoafetivas nos Tribunais Superiores Brasileiros: uma análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 2015. 23 f. 2015. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4974/12539>>. Acesso em: 08 de abril de 2021.

BIDARTE, V.N. *Casamento civil e união estável: os limites para equiparação dos efeitos dos institutos nos processos de cobrança e execuções*. 2020. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Curso de Direito, Santa Cruz do Sul, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2836/1/Vict%c3%b3ria%20Naujorks%20Bidarte.pdf>> Acesso em: 22 de março de 2021.

BRASIL. Presidente da República. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, 10 de jan. de 2002. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2021.

CAVALCANTI, L. M. *A Morte Presumida como Causa de Dissolução do Casamento*. 2014. 31 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2014. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/8465/1/PDF%20-%20Laise%20Medeiros%20Cavalcanti.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2020.

COSTA, M.; CHINELLATO, S.; J. *Código Civil Interpretado: artigo por artigo, paragrafo por parágrafo*. 5 ed. Barueri SP: Manole, 2012.

DONIZETTI, E.; QUINTELLA, F. *Curso Didático de Direito Civil*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil*. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FARIAS, C. C.; BRAGA NETTO, F.; ROSENVALD, N. *Direito Civil*. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____- *Manual de Direito Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação latu sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.

LIMA FILHO; J.; S.; V. *O momento da dissolução do casamento do ausente*. Não paginado. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigosc/ausente_jayme.doc>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

LÔBO, P. *Direito Civil Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, R. *Direito de Família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NOTA, D. A. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: *Efeitos do Casamento e da União Estável/EffectsofMarriageandStable Union* 2014. 274 f. 2014 Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/69415/39169>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

PEREIRA, C.; M.; da S. *Instituições de Direito Civil*. V. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

POPPER, K. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Mota O. São Paulo: Cultrix, 1972.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E.C. *Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico*. 2 ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS. Agravo de Instrumento: AI 70077319119 RS - Inteiro Teor. Agravante Adriana Deitos e outros. Agravado Margarida Dallagnola. Relator Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 25 julho 2018. Sétima Câmara Cível. Jusbrasil. 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/606858635/agravo-de-instrumento-ai-70077319119-rs/inteiro-teor-606858652>>. Acesso em: 20 de maio de 2021.*

RIZZARDO, A. *Direito de Família*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSENVALD, N.; FARIAS, C. C. *Curso de Direito Civil Parte Geral e LINDB*. 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SOUZA E SILVA, K. E. *Ausência, Morte Presumida e o Novo Casamento do Cônjuge Remanescente*. 2008. 73 f. Trabalho de Conclusão de Graduação (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/9373>>. Acesso em: 23 out. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Resolução do CNJ consolida entendimento do STJ quanto ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*. Jusbrasil. 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100514633/resolucao-do-cnj-consolida-entendimento-do-stj-quanto-ao-casamento-civil-entre-pessoas-do-mesmo-sexo>>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

TARTUCE, F. *Direito Civil Direito das Sucessões*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VELOSO, Z. *Novo casamento do cônjuge do ausente*. Não paginado. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigosc/ZENO-ARTIGO.doc>>. Acesso em: 21 de maio de 2021.