



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Os Efeitos da Ausência no Casamento

Fabiana Barbosa Magalhães Barros

Rio de Janeiro
2009

FABIANA BARBOSA MAGALHÃES BARROS

Os Efeitos da Ausência no Casamento

Artigo científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
como exigência para a obtenção do título de
Pós-graduação

Orientadores: Néli Fetzner
Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2009

OS EFEITOS DA AUSÊNCIA NO CASAMENTO

Fabiana Barbosa Magalhães Barros

Graduada pela Universidade Cândido
Mendes – centro. Advogada.

Resumo: O presente trabalho visa discutir os institutos da ausência e do casamento em virtude das inovações trazidas pelo atual Código Civil que atribuiu à ausência, agora vista como uma presunção de morte, o condão de dissolver a sociedade conjugal, bem como pelo aumento da violência com a conseqüente elevação do número de pessoas ausentes e seus reflexos no dia a dia da sociedade brasileira. A essência do trabalho é abordar o conceito e características dos institutos separadamente e os reflexos que a decretação da ausência em relação ao vínculo conjugal constituído pelo casamento.

Palavras-chave: Casamento. Vínculo afetivo. Ausência. Vínculo Patrimonial. Conseqüência.

Sumário: Introdução. 1. Breve Evolução do Conceito de Família. 2. Aspectos Gerais do Casamento e a sua Dissolução. 3. A Ausência. 3.1. Fases do Processo de Ausência. 3.2. Retorno do Ausente. 4. O Reflexo da Ausência no Casamento. 5. Dano Moral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de discutir dois institutos integrantes do direito civil que são o casamento e a ausência e demonstrar os efeitos que um produz sobre o outro com base nas disposições trazidas pelo Código Civil de 2002.

O casamento conforme o Código Civil de 1916 era a única forma de constituição da família e, portanto seu vínculo era indissolúvel. A intenção do legislador era manter a família unida sempre por ser a base da sociedade.

Devido à importância do casamento, esse instituto foi consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que inovou ao trazê-lo como uma das formas de constituição da família, contemplando também a família monoparental e a formada pela união estável.

Mesmo trazendo todas essas formas de constituição da família, o casamento continua caracterizado como a instituição familiar por excelência, tanto que a própria Constituição impõe ao legislador que estimule a conversão da união estável em casamento contemplando, assim, o casamento como uma instituição fim.

Hoje o direito de família é não matrimonializado e deve ser regido pelos princípios da solidariedade, igualdade de direitos entre os cônjuges, entre os filhos de qualquer origem, pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, igualdade.

Percebe-se, portanto, que foi utilizada uma abordagem transdisciplinar do tema, tendo em vista que não seria possível tratar do direito de família e da ausência sem observar os aspectos políticos e sociais, além da sua interferência no que concerne ao direito constitucional e sua relação com os princípios por ela trazidos.

Dessa forma, em princípio, é de suma importância conceituar o instituto do casamento, abordando as peculiaridades que o envolvem. Isso porque existe de um lado o interesse do Estado na sua constituição como elemento estruturante da sociedade e de outro o aspecto afetivo baseado apenas na vontade dos noivos.

Buscou-se, ainda, trazer as controvérsias sobre a sua natureza jurídica do casamento, sua evolução legislativa e formas de dissolução.

Quanto ao instituto da ausência foi analisado o seu conceito, requisitos legais para a decretação, o seu procedimento, as conseqüências trazidas para o casamento, a discussão quanto aos efeitos do retorno ausente após o novo casamento do seu cônjuge, bem como a possibilidade de indenização por danos morais em face do tempo do seu abandono.

O problema em relação a esse tema ocorre justamente no fato da ausência ser destinada a proteger os bens da pessoa cuja existência é incerta, de forma a traduzir a preocupação do Estado com o possível abandono desses bens, no entanto o legislador civil também a trouxe como forma de dissolução da sociedade conjugal.

O Código Civil de 2002 não mais tratou a ausência como causa de incapacidade, como era vista pela antiga lei, mas passou a enxergá-la como presunção de morte, capaz de extinguir a própria sociedade conjugal.

Assim, o código civil de 2002 passou a admitir a presunção de morte como causa de dissolução do casamento, contrariando o que dispunha o código de 1916.

1. BREVE EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito de família variou ao longo do tempo. Sua evolução se deu de acordo com o próprio avanço do homem e da sociedade, mutável ao longo do tempo. Fachin (1999, p) afirma ser negável que a família, como realidade sociológica, apresenta em sua evolução histórica, desde a família patriarcal romana até a família nuclear da sociedade industrial contemporânea, íntima ligação com as transformações operadas nos fenômenos sociais.

O Código Civil de 1916, influenciado pela Revolução Francesa, se pautou em modelo patriarcal e hierarquizado da família ao estabelecê-la de forma necessariamente matrimonializada e admitir o sacrifício da felicidade em nome da manutenção do vínculo do casamento. As pessoas

se uniam em família com vistas à formação de um patrimônio e, por isso, não se admitia a dissolução do vínculo.

Após esse período, voltado para as conquistas da Revolução Industrial, novos valores sociais inspiraram a evolução do conceito de família. O desenvolvimento científico, a necessidade de proteção do homem e sua dignidade, romperam com o conceito tradicional de família.

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária reafirma, segundo Farias (2009), uma feição fundada no afeto. Abandona-se uma visão institucionalizada para ser compreendida como “núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana” e, como consequência, o casamento deixa de ser a sua única forma de constituição.

Dentro desse panorama a Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos e elencou princípios regentes das relações sociais como o da isonomia substancial e da solidariedade social (artigos 1º e 3º da Constituição Federal). A família ancorada na Constituição passou a ser igualitária, democrática e plural, não mais necessariamente casamentária.

2. ASPECTOS GERAIS DO CASAMENTO E A SUA DISSOLUÇÃO

Casamento é a união de direito, solene na formação e regida internamente por regras de ordem pública. É um modo de se alcançar um dos tipos de família do direito brasileiro atual e produz efeitos sociais, criação do *status* civil de cônjuge, pessoais, formação da sociedade conjugal, patrimoniais, dever de sustento, regime de bens, direito a sucessão hereditária. O

conceito do casamento não pode ser imutável, visto tratar-se de um fenômeno social e, como tal, modifica-se no tempo e no espaço.

Já foi, durante a vigência do Código Civil de 1916, forma instituidora única da família legítima. Fora do casamento a família era ilegítima e não merecia proteção do ordenamento jurídico familiarista, produzindo efeitos apenas no âmbito das relações obrigacionais.

A Constituição da República pluralizou o conceito de família ao retirar do casamento a exclusividade da sua constituição, mas não lhe retirou a proteção. Continua sendo uma das formas de sua constituição desde que preenchidos os requisitos para sua efetivação: a diferença de sexos, o consentimento e a celebração na forma da lei. Faltando qualquer deles, o casamento é inexistente. O casamento continua protegido, apenas perdeu a exclusividade.

Quanto à sua natureza jurídica os autores divergem. Lobo (2009) entende ser um negócio jurídico por ser um contrato de vontades convergentes (corrente individualista), enquanto Diniz (2009) o considera uma instituição por ter o seu conteúdo imposto pelo legislador (corrente institucional). Já Venosa (2009) é adepto da corrente mista por entender haver no casamento um contrato na sua formação e uma instituição em seu conteúdo.

Com o advento da Lei 11441/07, que permitiu a dissolução consensual do casamento em cartório mediante procedimento administrativo, segundo Faria (2009), não há mais que se discutir a natureza jurídica do casamento. Para o autor essa possibilidade de dissolução por mútuo consentimento em sede administrativa corrobora com a corrente contratualista.

As características desse instituto, com base nos artigos 226 da Constituição Federal e artigos 1511 e seguintes do Código Civil de 2002 são resumidas por Faria (2009) da seguinte forma: caráter personalíssimo, solenidade na celebração, diversidade de sexos, inadmissibilidade de termo ou condição, estabelecimento de vida em comum, natureza cogente das normas que o regulamentam, estrutura monogâmica e dissolubilidade, de acordo com a vontade das partes.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, por influência religiosa e do poder patriarcal do homem em relação à mulher, o legislador não trouxe a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal, visto que sua intenção era manter a família, base da sociedade, a qualquer custo. O instituto do divórcio só foi aceito no ordenamento jurídico brasileiro a partir da EC 09/77, regulamentada pela Lei 6.515/1977.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 possibilitou um direito de família não matrimonializado, a família não é só aquela originada pelo casamento, contemplando vários tipos de família regidas pelos princípios da solidariedade, igualdade de direitos entre os cônjuges, entre os filhos de qualquer origem.

O Código Civil de 2002 a partir do artigo 1.571 passou a disciplinar as diversas formas de dissolução do casamento, quais sejam, a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio e a separação judicial.

Cabe esclarecer que a separação judicial apenas rompe a sociedade estabelecida entre os cônjuges quando do casamento, enquanto que o divórcio e a morte rompem o próprio vínculo estatuído pelo casamento válido, tanto que uma vez separados judicialmente, mas querendo se reconciliar, basta restabelecer a sociedade conjugal, contudo, se divorciados, para se unirem novamente precisarão de um novo casamento.

Assim, nota-se que há uma distinção entre dissolução da sociedade conjugal, que é uma consequência da separação, pois não desfaz o vínculo matrimonial, e dissolução do casamento que é uma consequência do divórcio.

O § 1º do referido artigo 1.571 da lei civil trouxe uma inovação que é o objeto principal do presente estudo. Tal dispositivo afirma que o vínculo matrimonial também se rompe pela sentença no procedimento de ausência. Logo, não só a morte efetiva, mas também a presumida e a declaração de ausência dissolvem o casamento.

Então, se um dos cônjuges é declarado por sentença como ausente, conseqüentemente haverá presunção de sua morte e o outro cônjuge poderá contrair novas núpcias, que será válida, pois seu primeiro casamento, conforme nova interpretação dada pela lei civil, é considerado extinto.

É oportuno esclarecer que a mencionada Lei 6.515/77 está derogada pelo Novo Código Civil em tudo que disser respeito ao direito material da separação e do divórcio, persistindo seus dispositivos de natureza processual.

Originalmente, na Lei 6.515/77, a separação judicial e o divórcio tinham o caráter de sucessividade, isto é, o casal somente poderia se divorciar após ter obtido a separação judicial. A emenda nº 9/77 estabeleceu que o casamento somente poderia ser dissolvido com prévia separação judicial por mais de três anos.

Posteriormente, veio a Carta Magna de 1988 que modificou mais uma vez o instituto no seu artigo 226, § 6º, sendo tal entendimento absorvido pela atual lei civil no artigo 1.580, de forma que se tornou possível o divórcio direto, sem a necessidade de separação judicial anterior, desde que fique comprovada a separação de fato por mais de dois anos. Portanto, o divórcio direto deixou de ser uma exceção em nosso ordenamento jurídico.

O estado de separação judicial, qualquer que seja sua causa e o modo utilizado, consensual ou litigiosa, admite o restabelecimento do estado de casados, sendo mantido o regime de bens, conforme disciplina o artigo 1.577, da lei civil, basta requerimento nesse sentido nos autos da ação de separação. Diferente é o divórcio que além de por termo à sociedade conjugal, também extingue o próprio vínculo matrimonial para permitir que os divorciados contraiam novas núpcias.

Assim, o divórcio direto é aquele em que os cônjuges não passam pela fase de separação, ingressam direto com o divórcio. É requisito para essa modalidade de divórcio que os

cônjuges já estejam separados de fato por mais de dois anos, conforme é exigido no § 2º do artigo 1.580. O mesmo se subdivide em consensual e litigioso no qual a única discussão é o decurso do prazo.

Por outro lado, o Código Civil também autorizou o divórcio por conversão no *caput* do artigo 1.580. Nessa modalidade apenas é exigida a separação judicial há mais de um ano. Esse dispositivo prevê que o prazo de um ano para pedir o divórcio por conversão possui dois termos iniciais que são o trânsito em julgado da sentença que determina a separação judicial ou da concessão da cautelar de separação de corpos. O divórcio por conversão também poderá ser consensual, mediante acordo entre as partes, homologado judicialmente, ou litigioso, com citação do outro cônjuge e sentença.

A conversão da separação em divórcio não é medida obrigatória.

Por fim, insta ressaltar uma passagem da obra de Venosa (2003): em qualquer situação, a separação ou divórcio deve traduzir essencialmente um remédio ou solução para o casal e a família, e não propriamente uma sanção para o conflito conjugal, buscando evitar maiores danos não só quanto à pessoa dos cônjuges, mas principalmente no interesse dos filhos menores.

Outra forma de dissolução da sociedade conjugal se dá com a ausência, como será a seguir estudado.

2 A AUSÊNCIA

A importância do presente tema se iniciou nos países envolvidos em guerras e revoluções, pois muitos foram os desaparecidos em tais épocas. Hoje em dia, em especial, o instituto tem grande relevância, uma vez que, em decorrência da grande crise de violência que

ocorre, principalmente, nos grandes centros urbanos, muitas pessoas desaparecem sem que se saiba o seu paradeiro.

De uma maneira simples, pode-se dizer que ausente é a pessoa que deixa seu domicílio e não dá notícias de seu paradeiro. Para ser reconhecido como ausente precisa de declaração judicial em procedimento especial de jurisdição voluntária (artigos 1159 a 1169 CPC), não-presença e falta de notícias.

A problemática do desaparecimento de uma pessoa, além das implicações afetivas, impõe que o Estado defina uma forma de administrar seus bens. Desse modo, sob o prisma jurídico, o instituto interessa, quando o ausente deixou bens, sem alguém para por eles zelar. Então, se o ausente for titular de direitos, esses não podem ficar ao desamparo, decorrendo daí o dever da lei tutelar seus interesses com a nomeação de curador para representá-lo. O sentido maior da lei é defender o patrimônio daquele que se ausentou, proporcionando sua transmissão aos herdeiros.

Sob dois prismas deve ser visto o fenômeno: a pessoa ainda pode estar viva e deve seu patrimônio ser preservado para quando de seu retorno ou, já estando falecida, a preservação será feita em benefício dos herdeiros. Logo, independente de estar vivo ou morto, é importante considerar o interesse social da preservação seus bens, de forma a impedir que se deteriorem ou pereçam. Para tanto a lei divide a declaração de ausência em três fases: curatela dos bens do ausente (artigos 22 a 25), sucessão provisória (artigos 26 a 36) e sucessão definitiva (artigos 37 a 39).

Antes de traçar um paralelo do instituto no antigo e no atual diploma legal é importante distinguir, de forma breve, alguns conceitos pertencentes à parte geral do Direito Civil.

A personalidade jurídica é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Adquire-se personalidade, segundo a doutrina natalista, com o nascimento com vida, mas,

segundo a teoria concepcionista, a mesma é adquirida desde a concepção. O término da personalidade se dá com a morte que pode ser real ou presumida (artigo 7º do CC).

A capacidade jurídica é uma delimitação ao campo de atuação da personalidade e a capacidade de fato é a aptidão para agir pessoalmente na prática de atos da vida civil. Três são as formas de suprimento da incapacidade (ausência de capacidade de fato): a representação para o absolutamente incapaz (artigo 3º do CC), a assistência para o relativamente incapaz (artigo 4º do CC) e para alguns autores, a autorização para o casamento do menor com idade núbil.

O Código Civil de 1916 incluía os ausentes como absolutamente incapazes, contudo, houve muitas críticas de muitos autores pela colocação do ausente como incapaz, pois, será sim incapaz porque ausente no local em que não se encontra, mas é perfeitamente capaz onde se encontra e lá pode validamente praticar atos da vida civil.

Assim, Faria (2008, p. 231) criticava tal inclusão por entender que : “não pode estender a incapacidade aos ausentes assim declarados por ato judicial (CC/16, art 5º, IV), por não existir, concretamente, uma incapacidade por ausência, mas sim a necessidade de proteção dos interesses do desaparecido”

O Novo Código Civil exclui essa modalidade de incapacidade no seu artigo 3º, tratando a ausência de forma autônoma, na parte geral a partir do artigo 22. A conceituação do Código Civil de 1916 não era própria, uma vez que não existe incapacidade por ausência, mas necessidade de proteção a um patrimônio, uma vez que há impossibilidade da pessoa desaparecida cuidar de seus interesses. Tanto é assim que essa dita incapacidade cessa imediatamente com o retorno do ausente.

O Novo Código Civil, portanto deslocou o instituto jurídico da ausência da parte de direito de família, passando a tratar do mesmo em sua parte geral. Tal diploma legal inovou, ainda no seu artigo 1.571, § 1º, quando passou a considerar a ausência, após aberta a sucessão

definitiva, como causa extintiva da sociedade conjugal. Essa modificação feita pelo atual diploma legal será melhor analisada no capítulo seguinte.

2.1 FASES DO PROCESSO DE AUSÊNCIA

O ordenamento jurídico procura de início preservar os bens deixados pelo ausente, para a hipótese de seu eventual retorno, mas com o passar do tempo, sem o regresso do ausente, o legislador passa a cuidar do interesse dos herdeiros, portanto, o critério do legislador varia à medida que a ausência se prolonga, caracterizando três posições diversas.

De início o legislador supõe transitório o desaparecimento da pessoa e as medidas que toma visam a preservar o patrimônio do ausente, para o caso de sua volta. Essa é a fase da curadoria do ausente em que, declarada a ausência, o juiz determinará a arrecadação dos bens e nomeará curador para gerir o seu patrimônio que será o seu cônjuge, se não estiver judicialmente separado ou separado de fato por mais de dois anos, ou seu companheiro ou companheira, se a ausência ocorrer na vigência da união estável (Enunciado 97 da Jornada de Direito Civil).

O registro da sentença declaratória da ausência que nomeia curador deve ser feito no cartório do domicílio anterior do ausente (Lei nº 6.015/73, artigo 94).

Contado o prazo de um ano da arrecadação dos bens ou três anos caso o ausente tenha deixado procurador, inicia-se a segunda fase que diz respeito à sucessão provisória. O legislador passa a se preocupar com os interesses dos sucessores. As pessoas legitimadas para formular tal pedido estão elencadas nos incisos do artigo 27 do Código Civil.

O sucessor provisório já é tratado como herdeiro, ainda que em situação precária e transitória. Trata-se, porém, de um herdeiro presuntivo, pois não ingressa definitivamente na

titularidade do patrimônio do ausente. Não havendo herdeiros para nenhuma das fases de sucessão será a herança declarada jacente.

A sentença que determina a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta dias depois de publicada no Diário Oficial. Transitada em julgado essa sentença, a figura do curador do ausente é substituída pela do inventariante. Essa sentença deve ser averbada no Registro Civil de pessoas naturais.

Finalmente, transcorrido considerável período de tempo sem que o ausente volte, considera-se ainda mais remota a possibilidade de seu regresso e, diante disso, a lei passa a atender principalmente o interesse de seus herdeiros e a estes defere a sucessão definitiva. Então, se após a abertura da sucessão provisória transcorrerem dez anos sem que o ausente retorne, ou se o ausente conta oitenta anos de idade e de cinco datam as últimas notícias suas, a probabilidade de que tenha falecido se torna cada vez maior, sendo reduzida a possibilidade do seu retorno.

Tal sucessão é, na verdade, quase definitiva, pois o legislador ainda trabalha com a remota hipótese do retorno do ausente, ordenando que, se o ausente reaparecer nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, terá ele apenas direito sobre os bens existentes e no estado em que se encontrarem.

Se por um outro lado, nenhum interessado promover a sucessão definitiva, aplicam-se as regras do parágrafo único do artigo 39, ou seja, os bens até então arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal ou, se situados em território federal, para a União.

2.2 DO RETORNO DO AUSENTE

O legislador regulamentou de forma distinta o retorno do ausente dependendo da fase em que esse retorno ocorrer.

Se o retorno ocorre na fase da sucessão provisória, seus bens devem ser imediatamente restituídos, cessando para os sucessores imitidos na posse desses bens toda e qualquer vantagem. Contudo, se ficar demonstrada que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá o ausente em favor de seus sucessores o direito aos frutos e rendimentos sobre tais bens, de acordo com o que disciplina o parágrafo único do artigo 33 da lei civil.

Já na fase da sucessão definitiva serão entregues os bens ainda existentes, no estado em que se encontrarem ou os sub-rogados em seu lugar.

Nota-se, então, mais uma vez, que o instituto da ausência foi criado com o objetivo principal de preservar o patrimônio do ausente, pois em qualquer das situações descritas, retornando ele, tem direito a todos os seus bens ou os sub-rogados em seu lugar.

Uma situação não prevista na lei é o fato do eventual retorno do ausente após o casamento de seu ex-cônjuge. O artigo 1.571, § 1º do CC diz que o primeiro casamento se dissolve pela presunção de morte, logo, se dissolvido o primeiro casamento, válido seria o segundo.

Essa presunção de morte seria absoluta ou relativa? Trata-se de uma presunção relativa, já que o ausente pode retornar. Com o retorno, desfeita a presunção, seria lógico se entender também como desfeita a dissolução do casamento. A consequência desse entendimento seria desastrosa, pois se assim entendesse o segundo casamento do cônjuge do ausente configuraria bigamia e, portanto, nulo (artigos 1.521, VI e 1.548, II). No entanto a melhor doutrina entende não ser razoável invalidar o casamento do ex-cônjuge do ausente pelo reaparecimento deste depois de tanto tempo. O segundo casamento é válido, apesar do Código Civil não ter abordado especificamente essa hipótese, deixando uma lacuna, DIAS (2009)

3 O REFLEXO DA AUSÊNCIA NA SOCIEDADE CONJUGAL

O artigo 315 do Código de 1916 apenas trazia a morte real como forma de dissolução do casamento válido. Não previa a hipótese da morte presumida constante do seu artigo 10. Dessa forma, no regime do Código Civil de 1916 e antes da revogação desse artigo 315 pela Lei do Divórcio.

A ausência não produzia qualquer efeito pessoal ou familiar, mas apenas patrimonial e, por isso, o cônjuge do ausente não podia contrair novas núpcias pelo resto da sua vida considerando que não se admitia o divórcio.

A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) revogou esse dispositivo, mas não trouxe qualquer regulamentação expressa do tema, o que deu margem a entender que, como a ausência visa proteger direito patrimonial, sucessório, não pode ter como efeito a dissolução do vínculo matrimonial.

O Código Civil de 2002 introduziu como forma de dissolução da sociedade conjugal não só a morte real, mas também a morte presumida e a declaração de ausência .no artigo 1.571, § 1º, contrariando, portanto, o que dispunha o antigo artigo 315, parágrafo único. Assim, o atual diploma legal permite a dissolução do casamento pela ausência do outro cônjuge em decisão judicial transitada em julgado. A ausência é, então, após a abertura da sucessão definitiva, causa equiparada à morte para efeito de pôr termo ao matrimônio, já que a morte, de acordo com o inciso I do artigo 1.571, é também causa extintiva da sociedade conjugal.

Diante disso, pode agora o cônjuge do ausente optar entre pedir o divórcio para se casar novamente ou esperar pela presunção de morte, que agora é tida como causa capaz de dissolver o vínculo matrimonial. O divórcio, embora mais rápido, tem a desvantagem de fazer o cônjuge

perder o direito à sucessão, visto que impõe a partilha de bens quando da sua decretação, enquanto que a ausência coloca o cônjuge na condição de herdeiro.

Com a inovação trazida pelo Novo Código Civil no seu artigo 1.571, § 1º, ao equiparar a ausência à morte presumida, como dispõe o artigo 6º do mesmo diploma legal, permitiu a dissolução da sociedade conjugal pela ausência. Diante disso inúmeras questões surgiram em relação aos efeitos que a ausência de um dos cônjuges causaria no seu casamento, tais como as questões que serão suscitadas abaixo.

Primeira divergência surge quanto ao momento da efetiva dissolução do casamento. Maioria da doutrina fixa a dissolução do casamento na terceira e última etapa da ausência (artigo 37 do CC) que ocorre com a sucessão definitiva, visto que o artigo 6º do CC estabelece que somente a partir da sentença que reconhece a abertura da sucessão definitiva decorrem os efeitos da morte, no caso de ausência. Já Farias (2009) entende, com base nos valores constitucionais, que o momento correto seria o da declaração de sucessão provisória.

Fundamenta seu entendimento na separação dos efeitos decorrentes da declaração de ausência. Para o autor a declaração de ausência gera efeitos patrimoniais e, nesse caso se aplica a regra do artigo 6º do CC, só produzindo efeitos a partir da declaração da sucessão definitiva, ou seja, dez anos contados da decisão que reconheceu a ausência. Já os efeitos pessoais decorreriam da abertura da sucessão provisória, ou seja, após o prazo de um ano do reconhecimento da ausência.

A sentença declaratória da ausência, nos termos do artigo 9º, IV, do Código Civil e do artigo 94 da Lei de Registros Públicos, deve ser registrada no Registro Civil. Com esse registro surgiria para o cônjuge do ausente a condição de viúvo? A lei é omissa, mas supõe-se que sim, pois seria esta a consequência principal do registro da sentença de conversão da sucessão provisória em definitiva. Tal situação é, contudo, muito estranha, pois seria viúvo de cônjuge

vivo, uma vez que não se pode negar que o presumido morto é um possível vivo. Além do mais, é uma viuvez revogável, já que a lei admite o retorno do ausente e, retornando este em qualquer tempo, será permitido que o ausente reabilite-se civilmente, revogando, com isso, o estado de viúvo do seu cônjuge.

Melhor seria, uma vez reconhecida por decisão judicial, a morte presumida, restará dissolvido o casamento e, com o registro, o cônjuge passa ao estado de viúvo presumido, podendo contrair novas núpcias.

Outro ponto sobre o qual a lei civil não trouxe solução é se o ex-cônjuge do ausente pode iniciar processo de habilitação caso pretenda se casar novamente. O artigo 1.525 da lei civil elenca os documentos necessários para ingressar com o pedido de habilitação e, dentre eles, nos seus incisos IV e V, é exigida a declaração do estado civil e a certidão de óbito do cônjuge falecido, de anulação ou de divórcio, esquecendo-se de que o nubente do ausente apenas possui certidão de registro da sentença de conversão da sucessão provisória em definitiva, documento que, nos termos do artigo 1.571, § 1º, deveria ser suficiente.

Outra omissão legislativa ocorre em relação à volta do ausente. A doutrina diverge, mas afirmando a lei que a morte presumida do ausente dissolve o vínculo matrimonial não se deve falar em bigamia. O novo casamento do cônjuge do ausente não poderá ser tido por inexistente ou nulo, pois em matéria de casamento não há qualquer nulidade sem expressa previsão legal. Logo, o casamento, mesmo com o reingresso, permanece dissolvido. Dias (2009, p. 279) afirma que :” não se deve convalidar relações já desvanecidas pelo decurso do tempo. Ao depois, preferindo o cônjuge retornar aos braços do primeiro amor, que se divorcie e case novamente com ele.”

Para Farias (2009) o retorno do ausente não afeta a dissolução do seu casamento decorrente da declaração de ausência, mantendo-se, assim, a validade e eficácia de um eventual

matrimonial celebrado por seu ex-consorte durante o período de ausência. Portanto ocorreria uma irreversibilidade dos efeitos da dissolução do casamento do ausente.

Por fim, a lei também se omitiu a respeito da possibilidade do próprio ausente se beneficiar da dissolução do seu casamento por sua ausência, ou seja, se pode o ausente, vivo em algum lugar, contrair validamente um novo matrimônio. Partindo-se do pressuposto que a dissolução se dá pela morte presumida, não estando o ausente morto realmente, será que para ele há dissolução do casamento?

Dessa indagação surge um novo problema, não poderia estar o casamento dissolvido em relação ao cônjuge do ausente e válido para o ausente que está vivo em algum lugar.

Observa-se com isso, que existem inúmeras lacunas na atual lei civil quanto aos efeitos da ausência em relação ao matrimônio e em relação aos futuros casamentos objetivados por ambos os cônjuges. Com isso, conclui-se que seria melhor que o legislador tivesse evitado a disposição em comento, mantendo a não dissolução do casamento pela presunção de morte, de modo que fosse necessário ao cônjuge do ausente promover o divórcio, evitando, assim, todas as complicações acima analisadas.

4 DANO MORAL

O direito à honra é um dos direitos que compõe o conjunto dos denominados direitos da personalidade e concerne ao prestígio social contra falsas imputações. É o conjunto de atributos morais, físicos, intelectuais que um cidadão e o fazem merecedor de apreço no convívio social.

Embora a tutela da honra já fosse de certa forma prevista no Direito Romano, a categoria dos direitos da personalidade constitui-se em construção recente, fruto de elaborações doutrinárias germânicas e francesas, da segunda metade do século XIX.

Assim, em Roma, o escravo não era pessoa, não tendo, portanto, personalidade, e em razão disso, não possuía honra, podendo suportar qualquer tipo de injúria e só em casos extremamente graves, quando a lesão atingisse indiretamente seu próprio dono, é que a mesma poderia ser tutelada.

Na visão do direito canônico, a ofensa à honra é fundamento para a origem do princípio da reparabilidade pelo não cumprimento da promessa de casamento, ou seja, tal direito jamais obrigou aquele que prometera se casar ao cumprimento do prometido, mas dispunha sobre a reparação dos danos e prejuízos decorrentes da não celebração do matrimônio.

O cristianismo também exerceu forte influência ao assentar os fundamentos morais dos direitos individuais da personalidade. No Renascimento, pela necessidade de afirmar a independência das pessoas e a intangibilidade dos direitos humanos, percebe-se o início das construções jurídicas a respeito dos direitos da personalidade. A Revolução Francesa consagrou a idéia dos direitos naturais, reconhecendo-os politicamente e os incorporando ao direito público.

O direito constitucional traz a evolução dos direitos fundamentais que primeiramente se pautaram na proteção da sociedade em face Poder Público ao disciplinar sobre direitos voltados à abstenção do Estado, todos sob o prisma da liberdade. A segunda geração se pautou na necessidade de prestações positivas do Estado com base na igualdade. Já a terceira geração se baseou na solidariedade.

Para tanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 1º, inciso III consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, define Sarlet (2002, p 14) a dignidade como sendo a “qualidade intrínseca da pessoa humana, que é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado...” Defende, ainda, que sendo a dignidade uma

qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida.

Sendo assim, como a honra faz parte do rol dos direitos fundamentais que são inerentes ao chamado princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser respeitado sob pena de não se garantir uma vida digna de um ser humano.

Logo, todo ser humano é titular do direito à honra, ainda que incapaz.

A honra pode ser analisada sob dois aspectos: objetivo e subjetivo. A honra subjetiva é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais atributos da pessoa humana, é o sentimento individual do próprio valor social. A ofensa à honra subjetiva independe do conhecimento de terceiros ou do fato de terem eles acreditado ou não na ofensa. Por outro lado a honra objetiva é a reputação, é aquilo que os outros pensam a respeito da pessoa no tocante a seus atributos físicos, intelectuais e morais, isto é, é a visão externa da sociedade. A ofensa à honra objetiva, ao contrário da primeira, depende de divulgação da imputação.

A ofensa à honra praticada por um dos cônjuges contra o outro, perante o direito positivo, pode ser, inclusive, fundamento para pedido de separação ou de divórcio com apreciação da culpa.

No direito brasileiro são poucas as questões enfrentadas pelos Tribunais relativas as ações de responsabilidade civil entre marido e mulher, em especial quanto à indenização paga pelo ausente no caso do seu retorno.

A caracterização de um ato ilícito em uma relação familiar é certa e incontroversa, impondo a responsabilidade civil e o dever de reparar o dano. A discussão cinge-se em saber se a violação de algum dever específico de Direito de Família pode, por si só ensejar o dever de indenizar.

Pereira (2009) admite a indenização por danos morais independente da obrigação de pagar alimentos. Isso porque, segundo o autor, os alimentos suprem a perda da assistência direta, enquanto que indenização por perdas e danos (dano patrimonial e dano moral) pautam-se no prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente.

Levar a público fato íntimo, ainda que verdadeiros, relativos à sexualidade masculina ou feminina, invade o campo do direito à intimidade, gerando conseqüências no tocante ao direito à honra. A doutrina vem se manifestando de forma expressiva no sentido de admitir a indenização por danos morais quando verificada infração grave dos deveres conjugais.

Quanto ao ausente que após anos retorna, não poderia ser diferente o entendimento. Ademais cônjuge ausente deixou sua família desamparada de forma a violar o dever conjugal da mútua assistência.

6.CONCLUSÃO

O direito de família, apesar de estar enquadrado no âmbito do direito privado, por estar relacionado essencialmente à pessoa humana, sofre inserções e limitações de ordem pública pela sua natureza indisponível e personalíssima. Como conseqüência dessas limitações, o direito de família apresenta-se como irrenunciável, intransmissível, imprescritível, inalienável e não admite termo ou condição.

Sua evolução pautou-se nos acontecimentos sociais vividos ao longo do tempo. O seu quadro evolutivo se pautou no próprio avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas. Inicialmente pautava-se na exclusividade da sua constituição pelo casamento e trazia apenas interesses patrimoniais para dar ensejo ao atual conceito de família pautado principalmente na dignidade da pessoa humana.

A união em busca da formação de um patrimônio para a sua posterior transmissão aos herdeiros sem qualquer busca por laços afetivos justificava a impossibilidade de dissolução do vínculo conjugal. A desagregação da família corresponderia a desagregação da própria sociedade.

Tal formato, após a nova feição baseada no afeto deu lugar às múltiplas formas de constituição da família e, conseqüentemente, a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal.

A Constituição Federal apresenta novos valores que passaram a informar e fundamentar as relações privadas. Regulamentou a família como igualitária, democrática e plural protegendo todo e qualquer modelo de vivência afetiva. Assim, a proteção do núcleo familiar funda-se na tutela da própria pessoa humana

Tal evolução conceitual atingiu também o instituto da ausência e do casamento. Quanto ao casamento, apesar de a Constituição da República pluralizar o conceito de família ao retirar do casamento a exclusividade da sua constituição, não lhe retirou a proteção. Continua sendo uma das formas de sua constituição desde que preenchidos os requisitos para sua efetivação. O casamento continua protegido, apenas perdeu a exclusividade.

O Código Civil de 1916, por influência religiosa e do poder patriarcal do homem em relação à mulher, não trouxe a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal. Sua intenção era manter a família, base da sociedade, a qualquer custo. O instituto do divórcio só foi aceito no ordenamento jurídico brasileiro a partir da EC 09/77, regulamentada pela Lei 6.515/1977.

Já o Código Civil de 2002, a partir do artigo 1.571, passou a disciplinar as diversas formas de dissolução do casamento, quais sejam, a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio e a separação judicial. Em relação à morte do cônjuge autorizou a dissolução tanto a morte real quanto a morte presumida.

A morte presumida pode ser decretada pela ausência, ou seja, quando uma pessoa deixa seu domicílio e não dá notícias de seu paradeiro pode ser declarada sua ausência por declaração

judicial em procedimento especial de jurisdição voluntária (artigos 1159 a 1169 CPC) se somada a sua não presença e falta de notícias.

O Código Civil de 1916 incluía os ausentes como absolutamente incapazes, contudo, muitos autores criticavam tal colocação, pois será sim incapaz porque ausente no local em que não se encontra, mas é perfeitamente capaz onde se encontra e lá pode validamente praticar atos da vida civil.

Tal inclusão era criticada por não se poder estender a incapacidade aos ausentes assim declarados por ato judicial (CC/16, art 5º, IV) e por não existir, concretamente, uma incapacidade por ausência.

O Novo Código Civil excluiu essa modalidade de incapacidade no seu artigo 3º, tratando a ausência de forma autônoma, na parte geral a partir do artigo 22. A conceituação do Código Civil de 1916 não era própria, uma vez que não existe incapacidade por ausência, mas necessidade de proteção a um patrimônio, uma vez que há impossibilidade de a pessoa desaparecida cuidar de seus interesses. Tanto é assim que essa dita incapacidade cessa imediatamente com o retorno do ausente.

Contudo, como visto, apesar do atual diploma legal ter inovado e muito a respeito do tema, ao deslocá-lo da parte de direito de família para a parte geral, de forma a não considerar o ausente mais como um absolutamente incapaz e, principalmente, o que foi o objeto do presente estudo, por ter permitido que a ausência, agora vista como uma presunção de morte, seja capaz de extinguir a sociedade conjugal. No entanto o código não foi capaz de solucionar todos os problemas pertinentes ao tema, deixando diversas lacunas.

Assim, questões como qual o estado civil do cônjuge do ausente, sobre a possibilidade de o cônjuge do ausente contrair novo casamento e como este fará para ingressar com o pedido de habilitação para o novo casamento e as conseqüências que isso implicaria no caso do retorno do

ausente, a possibilidade do próprio ausente contrair novas núpcias, dentre outras questões suscitadas em capítulos anteriores, não foram solucionadas, de forma a permitir que se chegue à conclusão de que o Novo Código Civil ainda tem muito o que evoluir, disciplinando regras que regulamentem tais situações que até então se encontram sem respostas, o que torna a vida em sociedade mais confusa.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil-Introdução*. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*. 2 ed. São Paulo. Renovar. 2003

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALDI, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral* 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Sinopses Jurídicas: Direito de Família*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOBO, Paulo Luiz Netto, *Código Civil Comentado* v. 16. São Paulo. Atlas, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *Novo Código Civil Anotado: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*.v 5. 17 ed. Forense, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.