

Divórcio *post mortem* como efetivação de um direito potestativo

'Post mortem' divorce as effectiveness of a powerful right

Aluer Baptista Freire Júnior*

Lorraine Andrade Batista**

Resumo: O artigo objetiva externar as condições do divórcio *post mortem* como um direito potestativo regado de interesses sociais pautados na boa-fé sendo um instituto possível e plenamente eficaz. Para tanto, junto à análise jurisprudencial, que tem adotado a modalidade, revelará exequível o divórcio *post mortem* com fundamentos jurídicos ao lado de princípios básicos, como o da autonomia privada, intervenção mínima do Estado, solidariedade familiar e manifestação da vontade.

Palavras-chave: Direito Potestativo; Divórcio; Divórcio *Post Mortem*; Manifestação da Vontade.

Abstract: The article aims to express the conditions of *post mortem* divorce as a potential right showered with social interests based on good faith, being a possible and fully effective institute. Therefore, together with the jurisprudential analysis, which has adopted the modality, *post mortem* divorce will be feasible with legal foundations alongside basic principles, such as private autonomy, minimal State intervention, family solidarity and expression of will.

Keywords: Potestative Law; Divorce; *Post Mortem* Divorce; Manifestation of the Will.

Recebido em: 28/9/2021
Aprovado em: 27/10/2021

* Possui pós-doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). É doutor e mestre pela mesma instituição. MBA em Direito de Empresa. Especialista em Direito Público, Penal e Processo Penal, Direito Privado e Processo Civil. Coordenador curso de Direito da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste). Professor de graduação e pós-graduação. Editor-chefe da *Revista Remas*. Advogado. E-mail: aluerjunior@hotmail.com.

** Graduada em Direito pela Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas (Fadileste). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito de Família e Sucessões pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus-Complexo Damásio de Jesus. E-mail: lorraineandradebdireito@hotmail.com.

Introdução

O Direito de Família ou Direito das Famílias é um importante instituto jurídico para as relações de sua origem, quer seja, familiares, juntamente com o Direito Civil que dedica espaço para a matéria inserindo o divórcio apesar deste possuir Lei especial. Embora o Código Civil seja transparente em seus dispositivos ele comporta normas em desuso que merecem a devida atenção apesar de não mais consolidadas na sociedade em decorrência da prática e costume após o advento da Emenda Constitucional 66/10 a qual propiciou o divórcio direto e a desconsideração de prazos para essa finalidade resultante do matrimônio.

A intenção da baila não é defender ou incentivar o divórcio em vida ou após a mesma, porém, procura cristalizar a respeito das suas tratativas e possibilidades quando não havendo mais recursos o casal ou um deles chegarem a essa decisão.

Saliente-se ainda a não intenção de banalizar o cunho religioso do casamento, mas tão somente realizar direitos viáveis pelas vias de fato quando não mais se tem razão de continuar, como pela perda de afetividade e impossibilidade da vida em comum.

Nesse diapasão, o presente texto evidenciará sobre a modalidade do divórcio após a morte, mais conhecido como divórcio *post mortem*, e a sua essencialidade importando em direitos diversos e evitando o procedimento sucessório fundamentando-se na manifestação da vontade da parte ou das partes sem haver interferência de direitos. Ademais, o artigo conta com tópicos de desenvolvimento sobre o divórcio de modo genérico e seus aspectos que enriquecem a dissertação; o princípio da intervenção mínima do Estado; o divórcio *post mortem* e suas condições; entendimentos doutrinários, em específico tribunal de São Paulo e Minas Gerais; e o divórcio *post mortem* como efetivação de um direito potestativo. Para tanto, o trabalho carrega um cunho argumentativo descritivo por meio de um método de pesquisa bibliográfica e documental, acompanhado do método de abordagem indutivo e procedimento analítico-descritivo.

Divórcio e seus aspectos

O divórcio é uma espécie de término da sociedade conjugal, assim como a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento e conforme o Código Civil, a separação judicial.

Nos termos do artigo 1.572 do código *dito suso* cabe a qualquer cônjuge propor a conhecida ação de "separação judicial" devido tornar-se insuportável a vida em comum, importando em partilha de bens.

Adiante, o artigo 1.580 informa o prazo para o requerimento do divórcio, quando expressa, por exemplo, que após um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

O mesmo ocorre no parágrafo segundo do mesmo artigo ao conferir que poderá ser requerido o divórcio pelos cônjuges ou um deles quando comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Tais dispositivos merecem atenção pela decadência e desuso apesar de não revogados. A inutilização se deu pela prática e por via da Emenda Constitucional 66 passando a permitir o divórcio direto o que por consequência acaba excluindo os prazos.

Nesses termos, têm-se que o divórcio é uma ação personalíssima, embora, em congruência com a Lei do Divórcio, o parágrafo único do artigo 1.582 da norma civil permita exceção quando do cônjuge incapaz, o qual poderá propor a ação ou defender-se por intermédio de determinadas pessoas, sendo essas, curador, ascendente ou irmão.

Para melhor entender o motivo da previsão anterior de prazos para a questão do divórcio, transcrições e citações de Maria Berenice Dias são bem-vindas.

Assim, para conhecimento, “Sob a égide de uma sociedade conservadora e fortemente influenciada pela igreja, o casamento era uma instituição sacralizada. Quando da edição do Código Civil de 1916, o casamento era indissolúvel” (DIAS, 2016, p. 352).

In verbis:

A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o desquite, que, no entanto, não o dissolvia. Permanecia intacto o vínculo conjugal e a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre. Cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto, mas não havia a opção de novo casamento (DIAS, 2016, p. 352-353).

Tinha-se então a indissolubilidade do casamento que acabava por carregar em consequência a impossibilidade de casar-se outrora pois o vínculo conjugal, como muito bem lecionado por Maria Berenice Dias, permanecia, assim como obrigações de mútua assistência, a julgar encargo alimentar em prol do inocente.

Apesar da forte resistência dos segmentos mais conservadores, depois de 27 anos de incansável luta, o Senador Nelson Carneiro, mediante reforma constitucional, conseguiu acabar com a indissolubilidade do casamento (EC 9/77) (DIAS, 2016, p. 353).

Com essa Emenda Constitucional não houve a reconfiguração do desquite, apenas uma mudança de nomenclatura ao que se julgavam mais adequado, quer seja,

separação, sendo assim, a questão dita do vínculo matrimonial e suas consequências ainda eram permanentes.

Diga-se que:

No entanto, para a aprovação da Lei do Divórcio (L 6.515/77), algumas concessões foram feitas. Uma delas foi a manutenção do desquite, com singela alteração terminológica. O desquite (ou seja, não "quites", alguém em débito para com a sociedade), foi denominado de separação, com idênticas características: pôr fim à sociedade conjugal, mas não dissolver o vínculo matrimonial (DIAS, 2016, p. 353).

Nesses tempos, a figura do divórcio enfrentava obstáculos hoje tidos como desnecessários vide a vontade da pessoa humana. Um dos desafios estava na conversão da separação em divórcio, uma desgastante e nada célere forma de alcance.

Em resumo, como explanado pela autora, "Primeiro as pessoas precisavam se separar. Só depois é que podiam converter a separação em divórcio" (DIAS, 2016, p. 353).

Em ensinamento:

Demorou até se desmistificar a fantasia de que o divórcio iria acabar com o casamento, e que era desnecessária a prévia separação judicial e sua posterior conversão em divórcio. Foi do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família a iniciativa de apresentar projeto de emenda constitucional que pôs fim à separação, acabando a inútil, desgastante e onerosa - tanto para o casal, como para o próprio Poder Judiciário - duplicidade de procedimentos para manter, durante o breve período de um ano, uma união que não mais existia, uma sociedade conjugal "finda", mas não "extinta" (DIAS, 2016, p. 354-355).

O projeto de Emenda Constitucional, cuja iniciativa se ofertou pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, propiciou a dissolução do casamento exaltando a desnecessidade de procedimento duplo para separação e depois divórcio, acabando com inocentes e culpados referentes a tal dissolução, assim como, prazos de dissolubilidade.

Destarte:

A Emenda Constitucional 66/2010, ao dar nova redação ao § 6.º do art. 226 da CF, com um só golpe alterou o paradigma de todo o Direito das Famílias. A dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados dispõe também de um efeito simbólico: deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando

impor a manutenção de vínculos jurídicos quando não mais existem laços afetivos (DIAS, 2016, p. 355).

Essa conquista contribuiu em muito, inclusive, entregou valor ao princípio da intervenção mínima do Estado.

A esse caminho:

Vivendo a sociedade novo momento histórico, tão bem apreendido pela Constituição, sempre se questionou a legitimidade do Estado para estabelecer restrições ao desejo de alguém de romper o casamento. Além do mais, nada justificava a permanência de modalidades diversas para acabar com a vida conjugal (DIAS, 2016, p. 356).

Reexplicando "O Código Civil diz que a sociedade conjugal termina pela morte, pela nulidade ou anulação do casamento, pelo divórcio e pela separação, mas que somente se dissolve pela morte ou pelo divórcio (CC 1.571§ 1.º)" (DIAS, 2016, p. 356).

Daquela maneira, reitera-se que "A única ação dissolutória do casamento é a de divórcio, que não mais exige a indicação da causa de pedir. Eventuais controvérsias sobre causas, culpas ou prazos, deixam de integrar o objeto da demanda" (DIAS, 2016, p. 358).

Somente pode ocorrer sua "dissolução": (a) pela morte de um dos cônjuges; (b) quando do trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento; ou (c) com o divórcio (DIAS, 2016, p. 364).

Quando cessa a convivência, o casamento não gera mais efeitos, faltando apenas a chancela estatal. O casamento nada mais produz, porque simplesmente deixou de existir (DIAS, 2016, p. 366).

O divórcio pode ser requerido a qualquer tempo. No mesmo dia ou no dia seguinte ao casamento. O instituto está acanhadamente regulado no Código Civil (DIAS, 2016, p. 372).

O término da sociedade conjugal pode ocorrer por mútuo consentimento ou por meio de demanda judicial. A homologação do divórcio consensual deve ser requerida por petição firmada por ambos os cônjuges (DIAS, 2016, p. 373).

Por fim, pode ainda ocorrer o divórcio extrajudicial quando a situação se encaixar aos requisitos exigidos, sendo esses, ser de comum acordo, logo, consensual, não haver filhos menores ou incapazes do casal englobando gravidez conforme Resolução nº 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça. Não atendendo aos citados, falar-se-á em uma das modalidades judiciais, como o divórcio consensual judicial caso o comum acordo esteja evidenciado.

Princípio da intervenção mínima do estado

A intervenção estatal no âmbito família possui um viés protetivo não somente para ela, mas também, para o próprio Estado, já que estão ligados socialmente haja vista ser a família considerada a base da sociedade.

Essa ideia de base social está interligada a diversos fatores diretos e indiretos, entre eles, educação, economia, profissionalização, cultura, saúde, salvaguardando crianças e adolescentes, evitando-se em consequência o negligenciamento.

O Direito de Família importa em todos esses direitos fundamentais e também é cercado de princípios, dentre tantos, o princípio da intervenção mínima do Estado, como forma de valorização do próprio indivíduo em suas relações pessoais e jurídicas.

Insta salientar que "O Direito de Família respeita ao conjunto de normas jurídicas que regulam as relações familiares, integra uma parte do Direito Civil, e, portanto, está em conformidade com o Direito Privado" (MADALENO, 2017, p. 93).

Dentro dessa conformidade também se encontra o determinado princípio, o que não quer dizer excluir intervenções, porém como do próprio nome a tornar minimamente interventiva.

Puxando a isso:

De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e por isto tem especial proteção do Estado. A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política (MADALENO, 2017, p. 87).

Já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social (GONÇALVES, 2014, p. 15).

É por tal preceito organizacional e o fortalecimento da instituição política própria que o Estado ao longo dos anos encontra motivos de intervir onde julga necessário, o princípio supra busca relativizar intervenções desnecessárias que podem vir a cessar e ou restringir em extremidade outros direitos fundamentais ou sobrepor em dispensabilidade princípios importantes como o da dignidade da pessoa humana e a autonomia privada.

No Direito de Família sempre incidiu uma maior intervenção do Estado-juiz na dinâmica familiar, impondo freios e restrições nessa liberdade de ação, mirando sempre

a defesa da célula familiar, valor maior a justificar a dignidade da pessoa humana (MADALENO, 2017, p. 156).

Nessa continuidade:

Daí por que se observa uma intervenção crescente do Estado no campo do direito de família, visando conceder-lhe maior proteção e propiciar melhores condições de vida às gerações novas. Essa constatação tem conduzido alguns doutrinadores a retirar do direito privado o direito de família e incluí-lo no direito público. Outros preferem classificá-lo como direito *sui generis* ou "direito social" (GONÇALVES, 2014, p. 21).

Por significação:

Com o advento da atual Carta Política de 1988, elevando a preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana em detrimento dos interesses patrimoniais das pessoas, na esteira dessa evolução, o Código Civil de 2002 reviu seus conceitos e institutos para a despatrimonialização das relações familiares, passando a valorizar o indivíduo e suas conexões jurídicas (MADALENO, 2017, p. 156-157).

Por seu turno, prescreve a Carta Política de 1988 ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária (MADALENO, 2017, p. 158).

Entre outras, garantem a liberdade e a integridade física das pessoas o direito à vida; à liberdade de locomoção de expressão; tal qual na liberdade de expressão ingressa a liberdade de imprensa, o sigilo de correspondência [...] (MADALENO, 2017, p. 158).

Embora seja consolidado vários direitos fundamentais e seja clichê a sapiência em não serem absolutos é nesse vão que a intervenção do Estado acaba por restringir alguns direitos que nem sempre há fundamentação válida a ponto de não deixar espaço para hermenêuticas jurídicas mais apropriadas.

Sobre a limitação de disponibilidade de liberdade de escolha e decisão aos familiares, é Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 20-21):

Embora em alguns outros casos a lei conceda liberdade de escolha e decisão aos familiares, como nas hipóteses mencionadas no item anterior (livre decisão do casal no planejamento familiar, livre aquisição e administração do patrimônio familiar, liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole e livre conduta, respeitando-se a integridade físico psíquica e moral dos

componentes da família), a disponibilidade é relativa, limitada, como sucede também no concernente aos alimentos, não se considerando válidas as cláusulas que estabelecem a renúncia definitiva de alimentos, mormente quando menores ou incapazes são os envolvidos.

Alguns casos comportam abordamentos sobre o assunto como é o caso do divórcio *post mortem* levando em estima o direito potestativo do instituto que será mais bem demonstrado nos próximos tópicos.

O negócio é que o princípio da intervenção mínima do Estado, assim caracterizado por salientar a capacidade do indivíduo em reger suas relações familiares – em lógica não será sempre assim pois como dito não é absoluto – é inutilizado mesmo com uma vontade de direito já exercida. Assim, “Calha registrar, entretentes, que a intervenção estatal não é de molde a interferir no planejamento familiar [...]” (MADALENO, 2017, p. 183). Contudo, as vezes o faz.

Divórcio *post mortem* e suas condições

O divórcio *post mortem* tem por objetivo contemplar o que já é apresentado de direito aos cônjuges e ou ao cônjuge que pretenda a dissolução matrimonial efetivando o direito potestativo, em acúmulo, a autonomia da vontade.

O predito trata-se do divórcio conferido após a morte do cônjuge ou ambos quando já tenham manifestado essa vontade por intermédio de uma ação de divórcio não finda evitando-se uma injusta sucessão.

Por esse lado, não se regala a viuvez, sendo, desta forma, confirmado o estado civil de divorciado (a), repelindo-se a extinção processual sem resolução do mérito, uma relatividade sobre “a morte soluciona tudo”.

A não aceitação do divórcio *post mortem* no curso da demanda por um fato superveniente denominado morte acaba por ferir em descabido o direito potestativo, para mais, a liberdade pessoal da pessoa humana, como também, desestimula o princípio da autonomia da vontade, o caráter de ação personalíssima e a intervenção mínima, além de desprezar o valor jurídico anteriormente firmado.

A inobservância desses fatores acaba por colocar como herdeiro necessário o cônjuge sobrevivente mesmo quando em separação de fato e da inexistência de vínculo afetivo. Nota-se a essencialidade do divórcio *post mortem* para o ordenamento jurídico e a organização social, sem sequer exceder os limites dos costumes, paz social, abuso de direito e a boa-fé.

O justo respeito à vontade já existente ocasionado pelo divórcio em tal modalidade não só muda o estado civil do não mais cônjuge e benefícios sucessórios, como também, benefícios previdenciários sendo então menos prejuízos ao governo, ao Ministério da Economia, ao Regime Geral da Previdência Social e a sociedade como um todo.

Como já roborado em anterior a Emenda Constitucional 66/2010 permite o divórcio direto, exclui prazos, afasta a imposição do Estado em vínculos jurídicos pela manutenção da vida conjugal e deixa como requisito uno a vontade das partes para a dissolução do casamento. Desta maneira, não há motivos de impedir o divórcio *post mortem* que é sim possível decretá-lo posteriormente ao falecimento de uma ou ambas as partes de processo em curso.

De acordo com o advogado Rodrigo da Cunha Pereira, especialista em Direito de Família e Sucessões, “[...] até que se prove a separação de fato, o sobrevivente de boa-fé pode ser compelido a arcar com o pagamento de débito dos quais não tinha qualquer responsabilidade ou tenha se beneficiado, em razão da inexistente comunhão de vida” (PEREIRA, 2021, n.p.). Completa que “[...] a separação de fato marca o fim da conjugalidade para efeitos patrimoniais e pode, inclusive, determinar o divórcio *post mortem* por uma interpretação principiológica, afinal, princípios são normas jurídicas, assim como regras (leis)” (PEREIRA, 2021, n. p.).

Em continuidade:

Deixar de se decretar o divórcio, quando uma, ou mesmo ambas as partes falecem no curso do processo, seja consensual ou litigioso é fazer da lei (regra jurídica) um fetiche, é inverter a relação sujeito/objeto, e apegar-se excessivamente à formalidade jurídica em detrimento de sua essência (PEREIRA, 2021, n.p.).

As consequências da não concessão do divórcio *post mortem* são muitas indo do âmbito sucessório ao previdenciário, todavia, para a sua aplicação há que observar a carestia do caso concreto devendo operar algumas condições, que são, processo em curso e a manifestação de vontade evidente e expressa das partes ou de uma delas.

Jurisprudências

A jurisprudência é um modo de ciência da Lei, quer seja, o conhecimento da Lei, suas interpretações, aplicações, extensões, consubstanciadas em uma decisão jurídica, ou um conjunto, conforme a realidade do caso. As jurisprudências também são um meio pelo qual juristas se baseiam e fundamentam as suas decisões buscando uma harmonização judicial e amplifica as interpretações legislativas.

A jurisprudência, que se revela pelo conjunto uniforme de decisões judiciais sobre determinada indagação jurídica, não constitui uma fonte formal, pois a sua função não é gerar normas jurídicas, apenas interpretar o Direito à luz dos casos concretos (NADER, 2014, p. 33).

Paulo Nader ensina que a jurisprudência se forma quando há leis suficientes ou lacunosas, normais ou defeituosas, claras ou ambíguas, cumprindo seu papel de interpretadoras das normas preexistentes.

A cultivo:

A jurisprudência se forma não apenas quando há lacunas na lei ou quando esta apresenta defeitos. Como critério de aplicação do Direito vigente, como interpretadora de normas jurídicas preexistentes, a jurisprudência reúne modelos extraídos da ordem jurídica, de leis suficientes ou lacunosas, claras ou ambíguas, normais ou defeituosas (NADER, 2014, p. 37).

O Direito Brasileiro sempre foi filiado à escola da Civil Law, de origem romano-germânica, pela qual a lei é fonte primária do sistema jurídico. Assim ainda o é, apesar de todo o movimento de valorização do costume jurisprudencial [...] (TARTUCE, 2017, p. 22).

Contudo “Apesar de a lei ser a fonte primária do Direito, não se pode conceber um Estado Legal puro, em que a norma jurídica acaba sendo o fim ou o teto para as soluções jurídicas” (TARTUCE, 2017, p. 23).

Graças as jurisprudências há interpretações das Leis que fazem enxergar o que vai além e adaptá-las ao costume quando as normas são vagas ou esparsas demais, ou até mesmo possuidoras de lacunas.

Mesmo a Lei sendo o primeiro alicerce da segurança jurídica ela também falha e enquanto essas falhas não são retificadas as demais fontes do direito devem ser requeridas sanando os interesses sociais em evidência.

No que toca ao divórcio *post mortem* dispositivos como o artigo 485, IV do Código Processual Civil e o artigo 1.582 do Código Civil, se instituídos e aplicados isoladamente não torna possível a eventual modalidade, entretanto, como o Direito não é uma matéria isolada é dever dos operadores do direito contribuir para o seu bom desenvolvimento com o fim de uma sociedade honesta e coabitante.

A essa finalidade são vastas as jurisprudências que reconhecem o divórcio *post mortem*, a começar, o relator Mary Grün do Tribunal de Justiça de São Paulo da 7ª Câmara de Direito Privado, em Apelação Cível de número 1000288-70.2020.8.26.0311, reconheceu em julgamento outorgado em 02 de outubro de 2020 o divórcio *post mortem*

ao afastar a extinção da ação principal sem resolução do mérito e julgar procedente o divórcio entre as partes após a morte superveniente de uma delas.

Em relatório o magistrado lembra da falada Emenda Constitucional 66/2010 destacando que o divórcio deixou de ser apenas um direito subjetivo comum passando a sua realidade de direito potestativo.

Desse modo, segundo ele, uma vez que fora a dissolução da sociedade conjugal requerida a outra parte da demanda não pode se opor ou sequer contestar, porém, sim e tão somente se sujeitar, não sendo de importância a existência de discordância específica quanto ao pedido do divórcio.

A essa premissa, por meio da manifestação de vontade expressa do requerente pelo divórcio tem-se que a intenção do agora falecido deva prevalecer, sendo temerária interpretação diversa.

Para fundamentar seu entendimento o relator também se baseou em saber qual motivo ocorreu primeiro para só então considerar e auferir o que deve prevalecer, que no caso foi a manifestação de vontade já consumada mesmo tendo ocorrido a chancela judicial antes do falecimento.

Um das razões para a sentença além do enquadramento da situação fática foram os efeitos decorrentes dela que são em suas totalidades diversos. Como meio de estabelecer uma linha de raciocínio para a eventual decisão foi salutar saber se a morte foi a causa da dissolução da sociedade conjugal onde figuraria o estado civil de viuvez ou se manifesta vontade anterior onde figuraria o estado civil de divorciado, o que é uma interpretação lógica e nobre, exercendo o bom direito e respeitando princípios básicos.

Dessa sentença, é a ementa:

DIVÓRCIO LITIGIOSO. FALECIMENTO DO CÔNJUGE. Sentença de extinção sem julgamento do mérito. Apelo do autor. A morte de um dos cônjuges no curso da ação não acarreta a perda de seu objeto se já manifesta a vontade de um dos cônjuges de se divorciar. Direito potestativo ao qual a parte contrária não pode opor qualquer resistência. Possibilidade de decreto do divórcio post mortem, com efeitos retroativos à data do ajuizamento da ação, de forma excepcional. Precedente. Ação procedente. Recuso provido.

(TJ-SP – AC: 10002887020208260311 SP 1000288-70.2020.8.26.0377, Relator: Mary Grün, Data de Julgamento: 02/10/2020, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/10/2020).

Por essa banda, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em Agravo de Instrumento 0627881-31.2021.8.13.0000 julgado em 05 de agosto de 2021 pela 4ª Câmara Cível por

Dárcio Lopardi Mendes comenta o exposto no artigo 1.571 do Código Civil que são as formas de dissolução do casamento, assim como no inteiro teor da jurisprudência que se antecede explana que a norma legal não deixa em efetivo uma questão hierárquica ou gradação entre as hipóteses de ocorrência, porém, deixou determinado que a incidência das mesmas se prestam de maneira alternativa, por tal entendimento, fica concluso que a ocorrência de uma exclui a capacidade da outra.

Nessa fundamentação, novamente, assim como na decisão anterior é de essencialidade a observância de qual ensejo primeiro ocorreu para só então haver o prevalecimento de uma sobre a outra, para só então falar em prevalecimento de manifestação de vontade da parte.

Para a concessão do divórcio *post mortem* afirma o magistrado dever de existência de uma ação ajuizada inequívoca quanto à manifestação de vontade das partes ou de apenas uma delas em sede processual.

Segundo o relator não se fala em violação ao que chamam de natureza personalíssima da ação de divórcio uma vez que já houve a iniciativa, o interesse de agir, de prosseguimento da demanda e essa caracterização e continuidade processual se brinda pelos efeitos diversos, tanto materiais quanto patrimoniais.

Acompanhe:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DIVÓRCIO – EXTINÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL – POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS RETROATIVOS À DECISÃO JUDICIAL QUE DECRETA O DIVÓRCIO DO CASAL – “DIVÓRCIO POST MORTEM” – POSSIBILIDADE JURÍDICA – RESPEITO À AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES – PRODUÇÃO IMEDIATA DE EFEITOS (ARTIGO 200 DO CPC/15) – RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO (ALÍNEA A DO INCISO III DO ARTIGO 487 DO CPC/15) – JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO (INCISO I DO ARTIGO 356 DO CPC/15). – Quando o término da sociedade conjugal se dá por meio do divórcio, deve ser observada a manifestação de vontade autonomamente manifestada pelos cônjuges no processo – Com a apresentação da petição inicial e da contestação, aperfeiçoou-se a manifestação de ambas as partes acerca da expressa concordância quanto à finalização da sociedade conjugal, por meio do divórcio (inciso IV do artigo 1.571 do CC/02 c/c inciso IV do artigo 2º da Lei 6.515/1977) – Nos casos em que já exista manifestação de vontade de ambos os cônjuges de se divorciarem, a superveniência da morte de um dos cônjuges no curso do processo ação não acarreta a perda de seu objeto – A superveniência da morte de um dos cônjuges, não é suficiente para superar ou suplantar o acordo de vontades anteriormente manifestado o qual possui valor jurídico e deve ser respeitado, mediante a atribuição de efeitos retroativos à decisão judicial que decreta o divórcio do casal.

(TJ-MG – AI: 10000200777423004 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 05/08/2021, Câmaras Cíveis/ 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/08/2021).

Percebe-se pelo atestado, mais uma vez, a importância do divórcio *post mortem* e sua admissibilidade sem ferir demais direitos e princípios norteadores.

Divórcio *post mortem* como efetivação de um direito potestativo

Com fulcro no artigo 1.582 do Código Civil o pedido de divórcio compete apenas aos cônjuges, por tal, tem-se a ação de divórcio como personalíssima. Ao lado desse caráter personalíssimo está o divórcio como um direito potestativo o qual independe de outrem para a realização desse direito.

O divórcio *post mortem* também carrega essas características e é sim um direito potestativo, precisamente, incontroverso devendo ser respeitado mediante a autonomia de vontade reforçada pela Emenda Constitucional 66/2010 pois a concessão do dito não acarreta ilegalidade ou em inconstitucionalidade.

Como discursado dentro do tópico jurisprudências o divórcio é recepcionado por alguns tribunais de justiça e facilmente aceito como no Estado de São Paulo e Minas Gerais.

A sua utilização depende da manifestação de vontade em processo em curso de modo expresso e inequívoco os quais deixam sem razão a extinção sem resolução do mérito o qual pode gerar desvantagens expressivas.

Queda-se então a crença de que a morte tudo resolve pois de nada adianta uma solução impertinente, nada condizente com os fatos e que poderia tornar as pendências ainda maiores.

O divórcio *post mortem* não afronta a natureza de ação personalíssima do instituto uma vez que não se fala em substituto processual para decidir por algo já manifestado pela ou pelas partes o que por si só deixa evidente a titularidade da demanda pela prestação jurisdicional por algo já juridicamente firmado e decidido pelo (os) envolvido (os).

Conforme Vivian Santos de Assis (2018, p. 44-45):

A análise do caso concreto interferirá na decisão pelo divórcio após a morte. Isso porque, uma vez levada em consideração a manifestação de vontade de ambos ou um dos consortes antes do evento morte, não se ofende a regra da ação personalíssima, bem como se atribui à sentença

efeitos retroativos ao momento da interposição da ação, devendo ser extinto o processo somente quanto aos demais pedidos, como partilha de bens ou pedido reconvençional de alimentos, caso haja.

Para culminar:

Note-se que a ação não deixa de ser exclusiva dos cônjuges, com o falecimento de um ou de ambos os consortes, pois a concessão do divórcio *post mortem* se estabelece em caso de a manifestação de vontade preceder o óbito. A título de comparação pode-se utilizar analogicamente o que a doutrina e jurisprudência preveem acerca da adoção *post mortem*. Em caso de falecimento do adotante antes da efetivação da adoção, mediante sentença, uma vez demonstrada a inequívoca manifestação de vontade em adotar e preenchidos os requisitos indispensáveis para a efetivação da adoção, poderá esta se concretizar sem grandes impasses (ASSIS, 2018, p. 45).

Levando em benquerença a delicadeza dessa modalidade de divórcio é preciso pensar que o estado civil não é apenas constituir viuvez, constituir a terminologia de divorciado ou como aparece perante a sociedade, mas sim aos efeitos jurídicos e a determinação da morte para eventos como ordem de vocação hereditária, procedimento sucessório, fins previdenciários e seus privilégios, entre outros.

Foi visto que o divórcio, como uma espécie de término da sociedade conjugal, era bem retrógrado quanto aos seus efeitos e finalidades vinculadas ao Estado, isso pois havia um cunho religioso sobre a sacralização do casamento combinado com as normas e costumes remotos.

A ideia de indissolubilidade do casamento era viva carregando consigo grandes consequências pessoais e de autonomia privada prestado com grande resistência o que veio a findar mais tarde.

O alcance que a Emenda Constitucional 66/2010 importou mudou o paradigma de todo o Direito das Famílias de jeito significativo não devendo contemplar o retrocesso por falta de sua observância.

O surgimento do princípio da intervenção mínima do Estado, e mais do que isso o respeito por ele, desencadeou e enxergou não somente a família como uma realidade sociológica como também está ao lado das realizações e valorização do próprio indivíduo em suas relações pessoais e jurídicas.

Assim como o Direito de Família tem respeitado o conjunto de normas jurídicas que as regularizam como parte de um direito privado e integrante do Direito Civil o

Estado tende a estar lado a lado para o cumprimento do vínculo afetivo que une e torna possível a relação familiar e para o reconhecimento da falta dessa afetividade.

Sem dúvidas a absorção do divórcio *post mortem* é uma forma de defesa da célula familiar, em principal, para os seus herdeiros realmente necessários além de exprimir uma sociedade livre, justa e solidária, que é um objetivo fundamental da Constituição da República Federativa do Brasil.

A figura do divórcio após a morte do que o desejava é a consumação de um direito ainda existente pela vontade ainda expressa e que não muda pelo falecimento pois se assim fosse não haveria, puxando para outra questão, um documento chamado testamento, não poder-se-ia falar do mesmo.

Em reafirmação, a não aceitação do divórcio *post mortem* no curso da demanda por um fato superveniente denominado morte acaba por ferir o direito potestativo, a liberdade pessoal da pessoa humana, desestimula o princípio da autonomia da vontade, o caráter de ação personalíssima, a intervenção mínima e o respeito ao valor jurídico anteriormente firmado.

Configurado um direito potestativo, portanto, não sujeito à oposição o divórcio em comento quando cumprido os requisitos de manifestação e essa sendo expressa e inequívoca na demanda em curso o objetivo do falecido há de prevalecer.

Após entendimentos jurisprudenciais sobre o assunto é importante destacar dentre os dois fatos, manifestação da vontade e morte, qual ocorreu primeiro e só então decidir pela prevalência dele. É uma questão lógica, mas que torna simples o entendimento.

Pelos efeitos distintos ocasionados pela morte quando em divórcio ou matrimônio o respeito dos fatos importa em princípios base para uma sociedade justa e livre de intervenções despropositadas.

Relatar que o divórcio *post mortem* desconstitui o ato personalíssimo do divórcio quando do andamento do processo, o que seria então uma ação personalíssima ser decidida pela vontade do magistrado e não do falecido que a manifestou em vida?

Analisando ainda o artigo 200 do Código Processual Civil a perda do objeto não é opção única para solucionar o divórcio superveniente à morte. Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais (BRASIL, 2015).

Não obstante, resta claro a existência e legalidade do divórcio *post mortem* o qual é mais do que justo nos casos em que a manifestação de vontade exista em processo em curso, principalmente se por ambas as partes, não sendo correto a perda do objeto. Fica testemunhado, todavia, que a superveniência da morte de um ou ambos os cônjuges não tornam preponderante a vontade ou acordo de vontades.

O divórcio possui a sua relatividade quanto a cônjuge incapaz poder recorrer a determinadas pessoas por fato o qual ele não tem controle pleno e nem por isso perde a sua individualidade, por qual motivo a morte apresentaria tamanho controle a ponto de tornar-se o divórcio requerido em estado de viuvez?

Conclusão

Nos alegares do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil fica iniludível o direito potestativo que reveste o divórcio e a dissolubilidade do casamento civil.

Os reflexos no divórcio *post mortem* são de um todo possível, afinal, ao tratar do divórcio não fica fundado a sua modalidade, nesse pensar, também não é explanado sobre a sua ineficácia e nem há uma hierarquia referente ao divórcio e a morte.

Em interpretação razoável as jurisprudências acertadamente têm aplicado o divórcio *post mortem* e não é por menos já que ele é altamente reconhecido como um direito potestativo onde se espera do poder judiciário apenas a sua chancela.

A vontade da não permanência matrimonial exhibe a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana em ser livre do que não mais produz seus efeitos práticos tornando ermo tantos direitos e deveres do planejamento familiar.

Uma vez que um indivíduo ajuíza uma ação se volta plena a vontade a ser pleiteada, na ação de divórcio não é diferente buscando especificamente o fim jurídico do casamento civil o que tão logo não se perde com a morte mediante uma vontade já explicitada.

Predispor um direito sucessório quando já conduzido um querer pelo fim da dissolução conjugal, além dos muitos princípios e direitos confrontados, torna sem sentido a solidariedade familiar.

No caminhar do feito para encabeçar o apaziguamento social e os direitos fundamentais sobeja indubitável que o divórcio *post mortem* é solução pacífica e necessária nos demasiados casos cujo a superveniência da morte de um ou ambos os cônjuges não tornam preponderante a vontade ou acordo de vontades.

Referências

ASSIS, V. S. de. *O instituto do divórcio "post mortem": a sobreposição da autonomia de vontade diante da natureza personalíssima da ação de divórcio*. Monografia

- (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 nov. 2021.
- DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro: Direito de família de acordo com a Lei n. 12.874/2013*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.
- MADALENO, R. *Direito de família*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de instrumento – ação de divórcio – extinção da sociedade conjugal – possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à decisão judicial que decreta o divórcio do casal – “divórcio post mortem” – possibilidade jurídica – respeito à autonomia da vontade das partes – produção imediata de efeitos (artigo 200 do CPC/15) – reconhecimento da procedência do pedido (alínea a do inciso III do artigo 487 do CPC/15) – julgamento antecipado parcial do mérito (inciso I do artigo 356 do CPC/15)*. (TJ-MG – AI: 10000200777423004 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 05/08/2021, Câmaras Cíveis/ 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/08/2021). Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1259470601/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000200777423004-mg/inteiro-teor-1259470653>>. Acesso em: 07 nov. 2021.
- NADER, P. *Introdução ao estudo do Direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEREIRA, R. da C. *É possível decretar divórcio após a morte de um dos cônjuges ou companheiros? Entenda o que é o divórcio post mortem*. 2021. Disponível em: <<https://www.rodrigodacunha.adv.br/e-possivel-decretar-divorcio-apos-a-morte-de-um-dos-conjuges-ou-companheiros-entenda-o-que-e-divorcio-post-mortem/>>. Acesso em: 03 nov. 2021.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Divórcio litigioso. Falecimento do cônjuge*. (TJ-SP – AC: 10002887020208260311 SP 1000288-70.2020.8.26.0377, Relator: Mary Grün, Data de Julgamento: 02/10/2020, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/10/2020). Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/938108334/apelacao-civel-ac-10002887020208260311-sp-1000288-7020208260311/inteiro-teor-938108354>>. Acesso em: 07 nov. 2021.
- TARTUCE, F. *Manual de direito civil*. Volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.