

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
FACULDADE DE DIREITO**

**Milena Ramos Barreto
RA00279996**

**O Divórcio *Post Mortem* e
seus efeitos pessoais, processuais e patrimoniais
no Direito Civil brasileiro**

**Trabalho de Conclusão de Curso
Orientador: Carlos Alberto Ferriani**

São Paulo

2024

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
FACULDADE DE DIREITO

Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do
Trabalho

Milena Ramos Barreto

**O divórcio *Post Mortem* e
seus efeitos pessoais, processuais e patrimoniais
no direito civil brasileiro**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
como exigência parcial para obtenção do título de
BACHAREL em Direito, sob a orientação do
Prof. Me. Carlos Alberto Ferriani.

São Paulo

2024

*Aos meus avós paternos,
em memória e saudade.*

*Aos meus avós maternos,
por serem meu porto seguro.*

*Aos meus pais, Almiro e Alessandra
e às minhas irmãs, Camila e Gabriela,
pelo amor incondicional.*

*Aos meus guias protetores,
por nunca me deixarem caminhar só.*

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta monografia representa o fechamento do ciclo mais importante da minha vida não só acadêmica como pessoal e, em função disso, gostaria de expressar minha gratidão às pessoas que foram essenciais durante esse longo e, muitas vezes, árduo processo.

Em primeiro lugar, agradeço imensamente à minha família, especialmente aos meus pais, Almiro Barreto e Alessandra Ramos, por todo o apoio incondicional e paciência para ouvir os meus choros e vitórias, mesmo que numa distância de quase 600 km puderam se fazer presentes em todas as etapas do meu desenvolvimento acadêmico e pessoal na PUC-SP. Agradeço por confiarem em mim e renunciarem aos seus sonhos pelos meus, não existem palavras para demonstrar o imenso amor que sinto por vocês.

Gostaria de agradecer às minhas irmãs, Camila Barreto e Gabriela Barreto, que me enchem de alegria. À Camila por me mostrar diariamente a força e independência, verdadeiro exemplo da Advogada que eu gostaria de ser, meu exemplo e norte. À Gabizinha, nossa caçula, por me mostrar a importância da sensibilidade, és o amor mais puro que já senti.

Aos meus queridos avós maternos, sou eternamente grata por terem sido minha segunda casa, sempre me acolhendo com tanto carinho e amor. Com a distância física dos meus pais, vocês se tornaram meu porto seguro, oferecendo o mais puro afeto e cuidado. Obrigada por cada abraço, cada palavra de conforto e por serem a presença constante que aquece meu coração.

Ao meu amor, Gabriel, o meu agradecimento especial. Obrigada por estar ao meu lado em todos os momentos, me incentivando na consecução deste trabalho, apoiando e sendo a pessoa com quem eu pude contar nos dias mais difíceis. Sua paciência, carinho e compreensão fizeram a diferença nessa reta final, e sou muito grata por ter você ao meu lado.

Ao meu orientador, Prof. Me. Carlos Alberto Ferriani, que não só é responsável pelo meu enorme interesse no Direito Civil, como foi viga mestra para que se manifestasse em mim a enorme vontade de seguir carreira acadêmica. Suas valiosas aulas ao longo desses 5 anos de graduação foram fundamentais para que este projeto alcançasse o nível desejado. Muito obrigado por compartilhar seu conhecimento e me guiar com tanto cuidado durante todo o processo. E não bastasse isso, agradeço por ser o grande responsável por me unir às grandes amigas de faculdade que carrego hoje, foi pelo interesse em comum pela sua aula que nos unimos para uma vida toda.

Às minhas amigas Juliana Laport, Laura Cunha, Luana Munhoz, Mariana Sanches, Camilla Gomes, Gabriela Gonzalez, Ingrid Pires, Julia Lopes e Isadora Mori, que estiveram ao meu lado em todos os momentos da graduação, agradeço por enorme carinho e aprendizados, crescer ao lado de vocês foi experiência ímpar. Tenho a certeza de que estamos nos tornando as profissionais de excelência que almejávamos. Obrigado pelas trocas diárias nas escadas da *prainha*, viver a PUC com vocês é a minha memória preferida.

Agradeço também a todo o corpo docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por todo o conhecimento compartilhado e pelo incentivo ao pensamento crítico, determinantes para minha formação acadêmica.

À Bateria 22 de agosto, agradeço por toda a risada e descontração proporcionadas, espero que vocês nunca deixem o *samba morrer, ou acabar*, para sempre vinte e dois.

A todos, o meu mais sincero obrigada.

*“O meu lugar
É caminho de Ogum e Iansã
Lá tem samba até de manhã
Uma ginga em cada andar
O meu lugar
É cercado de luta e suor
Esperança num mundo melhor
E cerveja pra comemorar”*

Arlindo Cruz

RESUMO

BARRETO, Milena Ramos. **O divórcio *Post Mortem* e seus efeitos pessoais, processuais e patrimoniais no direito civil brasileiro.** 2024. 60 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2024.

Este trabalho pretende analisar, com base no ordenamento jurídico nacional, o instituto do Divórcio *Post Mortem*, os seus efeitos patrimoniais e sucessórios à luz do Código Civil vigente e da recente alteração jurisprudencial no que tange ao prosseguimento da ação de divórcio quando do falecimento de um dos consortes litigantes, analisando por fim, a possibilidade da formalização extrajudicial do divórcio *post mortem*.

Palavras-chave: princípios matrimoniais; casamento; divórcio; divórcio *post mortem*; efeitos patrimoniais; sucessão *mortis causa*;

ABSTRACT

BARRETO, Milena Ramos. **O divórcio *Post Mortem* e seus efeitos pessoais, processuais e patrimoniais no direito civil brasileiro.** 2024. 60 f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2024.

This work aims to analyze, based on the national legal system, the institute of *Post Mortem* Divorce, its property and inheritance effects in the light of the current Civil Code and the recent change in case law regarding the continuation of the divorce procedure upon the death of one of the litigating consorts, analyzing finally, the possibility of extrajudicial formalization of post-mortem divorce.

Key words: matrimonial principles; marriage; divorce; post-mortem divorce; property effects; succession *mortis causa*;

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO</u>	9
<u>1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DO DIREITO MATRIMONIAL</u>	10
<u>1.1 Princípio da afetividade</u>	10
<u>1.2 Princípio da solidariedade matrimonial</u>	11
<u>1.3 Princípio da liberdade</u>	12
<u>2. DO DIREITO PESSOAL AO CASAMENTO</u>	13
<u>2.1 Definição de casamento: verdadeiro direito pessoal</u>	13
<u>2.2 A natureza jurídica do casamento</u>	14
<u>2.3 Da capacidade e do consentimento</u>	15
<u>2.4 Os direitos e deveres dos cônjuges</u>	16
<u>3. OS EFEITOS PATRIMONIAIS</u>	18
<u>3.1 Do regime da comunhão parcial de bens</u>	18
<u>3.2 Do regime da comunhão universal de bens</u>	19
<u>3.3 Do regime da separação de bens</u>	20
<u>3.4 Do regime de participação final nos aquestos</u>	21
<u>4. A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL EM RAZÃO DO DIVÓRCIO</u>	22
<u>4.1 Do divórcio: um breve histórico</u>	22
<u>4.1.1 O divórcio e a EC 66/2010</u>	25
<u>4.1.2 Da atual definição do divórcio</u>	26

	11
<u>4.1.3</u> <u>Direito potestativo</u>	26
<u>4.1.4</u> <u>O falecimento do cônjuge no curso da ação de divórcio</u>	28
<u>5.</u> <u>O DIVÓRCIO POST MORTEM</u>	31
<u>5.1</u> <u>Origem do instituto</u>	31
<u>5.2</u> <u>Definição de divórcio <i>post mortem</i></u>	37
<u>5.3</u> <u>Requisitos para concessão</u>	38
<u>5.4</u> <u>Legalidade do divórcio póstumo</u>	42
<u>5.5</u> <u>Efeitos pessoais: proteção ao direito personalíssimo à honra</u>	42
<u>5.6</u> <u>Efeitos processuais</u>	42
<u>5.7</u> <u>Efeitos patrimoniais ou sucessórios</u>	42
<u>5.8</u> <u>Análise acerca da possibilidade do divórcio póstumo extrajudicial</u>	43
<u>6.</u> <u>CONCLUSÃO</u>	44
<u>REFERÊNCIAS</u>	45

INTRODUÇÃO

O divórcio *post mortem*, um conceito que se insere nas complexas interações entre Direito Matrimonial e Direito Sucessório, vem emergindo como um tema de crescente relevância no contexto jurídico contemporâneo, em razão das recentes decisões que concederam o divórcio póstumo. Este instituto, que possibilita a dissolução do vínculo conjugal após a morte de um dos cônjuges, levanta questões cruciais sobre a proteção dos direitos não só do *de cuius* e do cônjuge sobrevivente, como dos herdeiros legais, visto que existem implicações patrimoniais resultantes dessa dissolução.

A análise dos princípios constitucionais que orientam o Direito Matrimonial é um ponto de partida fundamental para a compreensão do divórcio *post mortem*. Isso pois, para se compreender por completo o instituto do divórcio, é necessário entender o ponto de partida: o casamento. O princípio da afetividade, que enfatiza a importância das relações interpessoais e do vínculo afetivo entre os cônjuges, é um dos pilares que sustentam a instituição do casamento. A solidariedade matrimonial, por sua vez, reflete a obrigação mútua de apoio e assistência, que persiste mesmo após a morte. Já o princípio da liberdade assegura que a escolha de permanecer ou dissolver um vínculo conjugal deve ser respeitada, independente do contexto em que essa decisão se insere. Esses princípios estabelecem um cenário onde o divórcio *post mortem* não é apenas uma questão jurídica, mas também uma questão de dignidade e respeito aos sentimentos dos envolvidos.

Em seguida, é abordada a definição do casamento como um direito pessoal, destacando sua natureza jurídica que vai além de um laço social profundamente enraizado nas tradições e na cultura, como também foi se tornando um verdadeiro negócio jurídico contratual. A capacidade e o consentimento dos cônjuges, assim como os direitos e deveres que emergem dessa união, são aspectos essenciais que moldam a experiência conjugal e, conseqüentemente, a sua dissolução.

A dissolução da sociedade conjugal, especialmente através do divórcio, será analisada em um contexto histórico, em que é destacada a evolução das normas e das práticas sociais que regulam essa prática. A Emenda Constitucional 66/2010, que simplificou o processo de divórcio, é um marco importante a ser considerado. Compreender a trajetória do divórcio ao longo do tempo nos ajuda a entender como e por que o divórcio *post mortem* surgiu como um conceito jurídico relevante.

Ao focar no divórcio *post mortem*, este trabalho se debruça sobre sua origem, definição e requisitos para concessão, discutindo a legalidade desse instituto no âmbito do Direito brasileiro. Os efeitos pessoais do divórcio póstumo, particularmente a proteção ao direito personalíssimo à honra do falecido, e os efeitos processuais e patrimoniais que influenciam a sucessão e a administração de bens são temas centrais desta análise. A possibilidade de um divórcio póstumo ser realizado extrajudicialmente também será considerada, trazendo à tona questões práticas e jurídicas que podem facilitar ou complicar o processo de dissolução após a morte.

Por fim, a relevância do divórcio *post mortem* transcende a esfera jurídica, refletindo as emoções e os desafios enfrentados pelas famílias em luto. A capacidade de lidar com as implicações legais de uma relação que se encerra na morte é fundamental para garantir o respeito aos direitos dos sobreviventes e a dignidade da memória do falecido. Assim, este estudo não apenas ilumina as particularidades legais do divórcio *post mortem*, mas também convida à reflexão sobre como as instituições jurídicas podem e devem acompanhar as transformações das relações familiares contemporâneas.

1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DO DIREITO MATRIMONIAL

Nos termos enunciados pela Professora Maria Helena Diniz¹, fonte jurídica é a origem primária do Direito e se subdivide nas esferas formal e material, devendo o jurista tê-la enquanto alicerce na consecução de suas atividades. O Professor Miguel Reale definiu as fontes do direito enquanto “os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia”². Assim, apesar de a doutrina conceituar as fontes de direito de diferentes formas, ora admitindo determinadas circunstâncias enquanto geradoras de direito e ora as excluindo, concluiu-se, mediante a edição do art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro³, que são fontes do direito as leis, os costumes, analogia e os princípios. Por tal razão, resta evidente que o estudo dos princípios que orientam o direito matrimonial é primordial para a correta interpretação daquilo que preceitua o ordenamento jurídico acerca do casamento e do divórcio, objeto do presente estudo.

1.1 Princípio da afetividade

O afeto é elemento essencial para a compreensão das relações humanas – e, conseqüentemente, para a compreensão do Direito das Famílias –, já que influencia na qualidade e profundidade das conexões experienciadas pelas partes. Conforme sustentou o Professor Flávio Tartuce⁴, o afeto pode ter carga positiva, quando a interação entre as pessoas é benéfica, como poderá ter carga negativa, quando o sentimento nutrido causa efeitos ruins para as partes. Nas palavras do Professor Rolf Madaleno⁵, o afeto deriva da liberdade que as pessoas possuem de afeiçoar-se umas às outras, fato natural que pode ocasionar influências no âmbito jurídico, como o casamento e o divórcio (afeto negativo). Conclui-se, dessa forma, que o afeto tem valor normativo e se constitui em verdadeiro princípio ao sistema jurídico

¹ DINIZ, Maria Helena. Fontes do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>

² REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 140.

³ Lei n.º 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

⁴ TARTUCE, Flávio. Direito de Família e Afetividade no Século XXI. Revista Consulex, Brasília-DF, Ano XVI, n.º 378, p. 28-29, Artigo publicado na Revista Consulex n.º 378, de 15 de outubro de 2012. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/859/O+princípio+da+afetividade+no+Direito+de+Família+>

⁵ MADALENO, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559648511, Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. p. 110

brasileiro, sendo o afeto elemento constitutivo da vontade de casar-se, como também da vontade de dissolver a união ali estabelecida, mediante o divórcio. Resta lembrar, por fim, o que preceituou a Professora Maria Berenice Dias⁶, que trouxe o conceito da quebra do *affectio societatis* para compreender a vontade de dissolver um matrimônio, embora este termo seja utilizado mais para tratar do vínculo existente entre os acionistas de sociedades, também poderá ser aplicado como ao direito de família, entendido como o afeto entre os consortes.

1.2 Princípio da solidariedade matrimonial

Sob a ótica da análise do presente trabalho, o princípio da solidariedade matrimonial está fundado em três dispositivos do Código Civil vigente, presentes no Título I, que se refere ao Direito Pessoal dos nubentes e no Título II, que se refere aos Direito Patrimonial dos alimentos. O art. 1.511 do Código Civil preceitua que o casamento estabelece a comunhão plena de vida, de modo que a contração de casamento representa a formalização da vontade de partilhar o cotidiano com a pessoa com quem se tem o afeto positivo. Assim, apesar de a vontade de conviver em conjunto explicar o motivo para estabelecer um casamento, deve se observar que, por ser negócio jurídico, existem deveres e obrigações mútuos, conforme a parte final do referido dispositivo legal. O Professor Rolf Madaleno⁷, inclusive, explica que os vínculos entre os membros da família “só podem sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário”. De tal modo, o princípio da solidariedade nada mais é do que o princípio orientador dessas obrigações dos cônjuges de prestar auxílio não só emocional, como financeiro.

Assim como no princípio anterior, em que a falta de afeto é capaz de ensejar a vontade de divorciar-se, o descumprimento de deveres ou obrigações que integram o princípio da solidariedade matrimonial também pode ensejar a vontade de divorciar-se, isso porque, as obrigações matrimoniais são requisitos de eficácia do casamento. O art. 1.566 do Código Civil é responsável por disciplinar os deveres dos cônjuges, quais sejam a **(i)** fidelidade recíproca, **(ii)** a vida em comum em domicílio conjugal, **(iii)** mútua assistência, **(iv)** sustento, guarda, e educação dos filhos, **(v)** respeito e consideração mútuos. Nessa senda, o princípio da solidariedade também se expressa no inciso III do art. 1.566, ao determinar a mútua assistência enquanto dever de ambos os cônjuges. Rolf Madaleno⁸ explica que o dever de

⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59

⁷ MADALENO, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. p. 104.

assistência imaterial entre os cônjuges “respeita a uma comunhão espiritual nos momentos felizes e serenos, tal qual nas experiências mais tormentosas da cotidiana vida de um casal.” Demonstrando o caráter pessoal do dever de assistência. Há também a expressão do princípio da solidariedade no art. 1.694 do Código Civil, ao dispor que os cônjuges podem requerer uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, o que demonstra o lado patrimonial das responsabilidades que os consortes possuem uns com os outros.

1.3 Princípio da liberdade

Por sua vez, o princípio da liberdade consiste na faculdade que o indivíduo possui de fazer ou deixar de fazer algo da sua vontade, desde que não vedado por lei, sendo um direito fundamental anteparado pela Constituição da República Federativa do Brasil, que buscou construir uma sociedade livre, justa e solidária. O princípio da liberdade garante que os indivíduos possam escolher constituir uma unidade familiar, mediante união estável ou casamento, impedindo-se que qualquer pessoa venha a intervir na comunhão de vida instituída pela família, nos termos definidos pelo art. 1.513 do Código Civil vigente.

Tal liberdade que os indivíduos gozam está, até mesmo, nas prerrogativas de escolhas **(i)** do planejamento familiar (art. 1.565, § 2º), **(ii)** do regime de bens (art. 1.639) e, conseqüentemente, **(iii)** de sua alteração ao longo da constância do casamento (art. 1.639, § 2º), **(iv)** da forma de divórcio – judicial ou extrajudicial – e extinção consensual da união estável (art. 733), todos presentes no mesmo diploma legal. O Professor Arnaldo Rizzardo define o princípio da liberdade aplicado ao direito da família atual como a possibilidade decisória livre de escolha mútua, em que não há interferências dos progenitores na escolha do companheiro⁹.

⁸ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. Acesso em: 12 set. 2024. p. 104

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. *E-book*. ISBN 9788530983062. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/>. Acesso em: 15 set. 2024. p. 24

2 DO DIREITO PESSOAL AO CASAMENTO

O casamento, enquanto instituição social e jurídica, é um tema que suscita diversas interpretações e abordagens no âmbito do Direito. Fundamentado na vontade mútua de estabelecer um vínculo afetivo e jurídico, o matrimônio transcende a simples união de duas pessoas, configurando-se como um negócio jurídico que implica a assunção de obrigações e direitos recíprocos. Neste capítulo buscou-se examinar a natureza dual do casamento, considerando sua dimensão contratual e institucional, destacando-se a importância do cumprimento de normas preestabelecidas para que essa relação adquira validade e eficácia. A partir da análise dos princípios orientadores do matrimônio, busca-se esclarecer os aspectos que caracterizam o casamento como um contrato bilateral e oneroso, revelando suas implicações no contexto jurídico.

2.1 Definição de casamento: verdadeiro direito pessoal

Partindo dos princípios orientadores do matrimônio percorridos nos capítulos antecedentes, o casamento nada mais é do que a vontade de estabelecer vínculo pessoal com alguém em razão de um afeto positivo, em que ambas as partes assumem obrigações e adquirem direitos, se tornando reciprocamente solidárias, vínculo este que gera efeitos diversos ao Direito, consistindo em verdadeiro negócio jurídico.

O fato de assumirem deveres e obrigações a partir da celebração do casamento provém do jaez de direito pessoal que o referido instituto possui. Diferentemente do direito real, em que existem os elementos: sujeito, objeto e domínio sobre o objeto; no direito pessoal há a relação entre sujeitos ou partes e a prestação devida (que pode ser onerosa, quando as vantagens/deveres são recíprocas, ou gratuitas, quando as vantagens/deveres são de apenas uma das partes). Por isso, há de se afirmar que o casamento é negócio jurídico bilateral e oneroso, pois há manifestação de ambas as partes e as vantagens são recíprocas, pelo princípio da solidariedade.

O casamento depende não só da autonomia da vontade das partes de assumirem vínculo jurídico, como também do cumprimento de um conjunto de regras preestabelecidas aos nubentes para que o negócio jurídico celebrado tenha validade e eficácia. Por isso é que existe conflito na doutrina acerca da natureza do casamento, já que em parte a doutrina o compreende na qualidade de relação contratual e, por outro lado, adota como critério de

classificação o seu aspecto institucional, intrínseco a toda espécie de família. Conclui-se que apesar da natureza dúplice, o casamento é verdadeiro contrato.

Isto posto, o casamento para existir, requer a manifestação expressa de vontade de ambas as partes (negócio bilateral e *inter vivos*), sendo válido, nos termos do art. 104 do Código Civil, apenas se celebrado entre pessoas capazes (maiores de 18 anos), ou relativamente capazes mediante autorização dos pais (art. 1.517 do Código Civil), em que as obrigações provenientes do negócio jurídico, e imposta aos nubentes, sejam lícitas, possíveis e determinadas (ou determináveis) e, por conter contraprestação do consorte, pode se afirmar que é negócio oneroso. Por fim refere-se a negócio jurídico formal ou solene, já que a lei determinou que imprescindivelmente precisa ser celebrado por juiz de fato ou de direito e registrado em cartório de registros civis (art. 1.514 do Código Civil).

2.2 A natureza jurídica do casamento

Conforme mencionado, a definição do instituto civil do casamento gerou bastante controvérsias na doutrina, que ora entendeu o casamento enquanto relação contratual, ora como relação institucional. Nos termos preceituados pelo Professor Carlos Celso Orcesi da Costa, “o casamento é instituto não somente jurídico, mas também ético, social, político, uma união não só de dois patrimônios, não só de corpos, mas também de espíritos”¹⁰.

Com outras palavras, embora a natureza negocial, tipicamente qualificada como contrato, esteja presente no instituto civil do casamento, também há de se notar a força da sua natureza institucional. O professor Rolf Madaleno menciona passagem interessante da doutrina de Pontes de Miranda ao tratar deste assunto em seu curso de direito de família¹¹, em que explica sobre a natureza híbrida do direito matrimonial, sendo considerado, portanto, um contrato especial em que há consequências não só materiais e econômicas, como afetivas e pessoais.

Diz ainda o Professor Madaleno que inexiste no Código Civil a discriminação da natureza jurídica do casamento, apenas há disciplinado no art. 1.511 que o principal pressuposto do matrimônio é o estabelecimento da comunhão plena de vida entre os cônjuges,

¹⁰ ORCESI DA COSTA, Carlos Celso. Tratado do Casamento e do Divórcio, São Paulo, Saraiva, 1987, vols. 1º, p. 131

¹¹ MADALENO, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. p. 115 e 116

em que se impera a igualdade de direitos e deveres dos nubentes, como já mencionado no capítulo que tratou do princípio da solidariedade.

2.3 Da capacidade e do consentimento

Para tratar da capacidade jurídica, requisito de validade do matrimônio, o Professor Rolf Madaleno introduz o tema em seu curso de direito de família afirmando que o ato solene de maior responsabilidade dos cônjuges dentro de sua sociedade conjugal é o casamento, já que produz efeitos diversos na vida social e patrimonial dos nubentes e, conseqüentemente, de sua prole. Por isso, afirma que a celebração do casamento de pessoas absolutamente incapazes seria impossível, porque ainda estão em fase de formação da sua cognição, sendo impossível praticar os atos da vida civil em toda a sua extensão e magnitude. É por isso que aqueles que são absolutamente incapazes não podem se casar, porque não tem o discernimento necessário para assunção das responsabilidades legais impostas aos nubentes (direitos e deveres), bem como são incapazes de consentir, enquanto não cessada a incapacidade civil, sendo necessária à sua representação legal (art. 1.517 do Código Civil).

Nos termos proferidos pelo professor Rolf Madaleno:

O consentimento é o elemento de formação do casamento e deve ser bilateral, pessoal e recíproco, manifestado pelo encontro de vontades dos nubentes que encarnam com as núpcias uma plena e total integração de seus corpos e de suas almas sob o signo único do amor; mas o seu exercício, depois de atingida a capacidade civil núbil, não pode ser restringido pela mera presunção de que com a idade a pessoa deva ser protegida economicamente.¹²

Compreende-se, portanto, que o consentimento é viga mestra ao entendimento do negócio jurídico do casamento, pois é em razão dessa vontade manifestada pelos nubentes de se vincularem, por comum acordo, que torna existente o casamento, o que não implica na sua validade. Diferente da união estável, em que basta o comportamento das partes e o decurso de tempo juntos, o casamento é ato solene que requer uma manifestação da vontade que precisa necessariamente ser declarada espontaneamente pelas partes, sem qualquer sombra de arrependimento, conforme os arts. 1.538, I, II e III do Código Civil (bem como deverá seguir estritamente o procedimento previsto nos dispositivos 1.520, 1.556, 1.558 a 1.561 do Código Civil). Isso porque, a existência de vícios da vontade (que tornam o negócio jurídico perfeitamente bilateral) são capazes de invalidar o casamento.

¹² MADALENO, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. Acesso em: 23 set. 2024. p. 122

2.4 Os direitos e deveres dos cônjuges

Os direitos e deveres dos cônjuges são concebidos dos princípios que regem o matrimônio e foram disciplinados no art. 1.566 do Código Civil, considerando o dever recíproco de fidelidade, coabitação, mútua assistência, sustento, o dever da guarda e da educação dos filhos havidos em comum e o dever de respeito e consideração mútuos enquanto obrigações – veja que a natureza negocial deste instituto jurídico se explicita por meio dos direitos e deveres, verdadeiras obrigações, revestidas por sua essência pessoal e patrimonial.

Diferentemente das relações puramente contratuais econômicas, o matrimônio admite a possibilidade de violação de quaisquer das obrigações previstas pelo Código Civil sem que haja, contudo, a vontade de divorciar-se. Isso porque, como já apontado anteriormente, o matrimônio é revestido de uma natureza dúplice ora contratual, ora institucional, em que não só o conjunto de regras são relevantes, mas a vontade dos consortes também importa. O que também não implica dizer que a falta do cumprimento de um desses deveres não pode ensejar o divórcio, já que a violação servirá como uma certa “motivação pessoal de efeito exclusivamente ético, de foro íntimo, para a proposição do divórcio judicial litigioso e não causal”¹³

No Código Civil de 1916, existia no Direito Civil o instituto da separação judicial litigiosa, que se pautava exclusivamente na falta do cumprimento de um dos deveres matrimoniais e no elemento da culpa de um dos cônjuges, gerando no outro a faculdade de propor em juízo a separação. Nessa toada, o professor Rolf Madaleno explica que os deveres não são suscetíveis de derrogação pela vontade dos cônjuges, isto é, os cônjuges devem seguir pelas regras conferidas pelo ordenamento jurídico pátrio, se curvando diante das normas cogentes da conduta conjugal, mas que inexistente uma punição jurídica pelo seu descumprimento, diferente das relações puramente negociais/contratuais em que há a imposição da multa contratual. Diz o professor Madaleno que são deveres que carecem de relevância jurídica, já que o descumprimento não importa em nenhuma consequência jurídica, se transformam, pois, em recomendações de cunho ético, moral ou social.

Com outras palavras, a quebra de qualquer dos deveres conjugais tem como consequência a faculdade do cônjuge lesado em promover a dissolução do casamento por

¹³ MADALENO, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. Acesso em: 28 set. 2024. p. 210

meio do divórcio, já que se trata de regra cogente de comportamento de recíproca observação, independe, portanto, da vontade dos cônjuges o seu estrito cumprimento. O que não significa dizer que a ruptura dos deveres tem como consequência necessária a dissolução do casamento, como mencionado, é uma faculdade do cônjuge. Os direitos e deveres assumidos pelos nubentes representam “a expressão máxima dos sentimentos de amor, de afeto, de respeito e de estima, cujos valores são materialmente imensuráveis, e atuam como elo de conexão entre duas pessoas que constituem sua entidade familiar. Aceitam atender aos deveres recíprocos quando formalizam oficialmente seu casamento na cerimônia de celebração”¹⁴.

¹⁴ MADALENO, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. Acesso em: 28 set. 2024. p. 211

3 OS EFEITOS PATRIMONIAIS

A escolha do regime de bens do casamento representa a definição das relações patrimoniais da sociedade conjugal, refletindo tanto a vontade individual quanto as normas estabelecidas pelo Código Civil. A escolha do regime influencia diretamente a administração e a divisão dos bens, além de estabelecer direitos e deveres de cada parte ao longo da união. Buscou-se analisar os regimes previstos no direito pátrio para ao final do presente trabalho se analisar se os efeitos do divórcio *post mortem* diferem para cada regime de bens adotados pelos consortes.

3.1 Do regime da comunhão parcial de bens

Conforme preceituado pelo art. 1.640 do Código Civil, quando não existir qualquer estipulação feita antes do casamento acerca dos bens entre os cônjuges, ou se a estipulação for nula ou ineficaz, o regime de bens havidos entre o casal será o da comunhão parcial de bens. Nos termos do professor Flávio Tartuce, “o regime da comunhão parcial é o *regime legal ou supletório*, que valerá e terá eficácia para o casamento se silentes os cônjuges ou se nulo ou mesmo ineficaz o pacto antenupcial”¹⁵. Neste regime há a comunicação dos bens havidos durante o casamento, exceto pelos incomunicáveis que estão dispostos nos arts. 1.658 e seguintes do Código Civil.

Assim, o professor Sílvio Venosa explica que existem três patrimônios na relação conjugal regida pela comunhão parcial de bens, e que na superveniência da morte, separação, divórcio ou anulação do casamento, se dissolverá o regime da comunhão dos bens. Isso implica dizer que, após aperfeiçoado o divórcio (ou qualquer das razões extintivas da comunhão de bens), cada cônjuge poderá retirar os bens adquiridos anteriormente ao casamento, e os bens comuns, adquiridos na constância do casamento, são divididos igualmente entre os cônjuges em processo de divórcio¹⁶.

Como consequência da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi reconhecida a igualdade entre homens e mulheres no que tange aos direitos e deveres matrimoniais, de

¹⁵ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. v.5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647132. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647132/>. Acesso em: 25 set. 2024. p. 175

¹⁶ VENOSA, Sílvio de S. Direito Civil: Família e Sucessões. v.5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774715. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774715/>. Acesso em: 25 set. 2024. p. 327

modo que a administração dos bens comuns dos cônjuges pode ser feita por um ou por outro consorte, nos termos do art. 1.663 do Código Civil, que inclusive protege o consorte que tem cônjuge que administra mal o patrimônio do casal (§ 3º do 1.663 do Código Civil).

3.2 Do regime da comunhão universal de bens

O regime da comunhão universal de bens pode ser escolhido por meio do pacto antenupcial, circunstância na qual os bens anteriores ao matrimônio e os obtidos em sua constância integram o patrimônio dos consortes. Tal regime implica não só na comunhão de patrimônio adquirido, como também na comunhão das dívidas obtidas durante o casamento o casamento. Maria Helena Diniz explica que se se instaura “estado de indivisão, passando a ter cada cônjuge o direito à metade ideal do patrimônio comum” explicitando que “há comunicação do ativo e do passivo, pois há na comunhão universal de bens uma espécie de sociedade (*lex*, 62:237), disciplinada por normas próprias e peculiares”¹⁷.

A comunhão universal de bens, assim como a comunhão parcial de bens, também apresenta uma série de exceções de bens comunicáveis, dentre eles (i) bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; (ii) bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, (iii) dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum, (iv) doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade, (v) bens de uso pessoal, (vi) proventos do trabalho pessoal de cada consorte, (vii) pensão, nos termos do art. 1.668 do Código Civil.

Carlos Roberto Gonçalves analisa a natureza da comunhão de bens, dizendo que:

No tocante à natureza jurídica da comunhão de bens, várias teorias foram formuladas.

Washington de Barros Monteiro, depois de comentar e afastar as que sustentam tratar-se de uma forma de condomínio, pessoa jurídica com patrimônio distinto dos bens próprios dos cônjuges, patrimônio separado e autônomo ou *universitas juris* e patrimônio destinado a um fim, aponta como verdadeira a teoria da sociedade *conjugal*, “que vislumbra na comunhão uma espécie de sociedade, com caracteres próprios, que lhe não retiram, todavia, a nota de verdadeira sociedade”.

Essa teoria, aduz, “é confirmada no novo regime do Código Civil de 2002, em que, assim como nas sociedades em geral, na sociedade conjugal os cônjuges têm

¹⁷ DINIZ, Maria H. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788553621453. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621453/>. Acesso em: 26 set. 2024. p.186

liberdade de confiar a qualquer deles a respectiva administração (art. 1.663, *caput*, c/c o art. 1.670)”, existindo ainda várias outras afinidades.¹⁸

3.3 Do regime da separação de bens

Na égide do regime da separação de bens, se impera a separação absoluta, em que há distinção de patrimônio dos cônjuges, de modo que seus bens permanecem em sua propriedade, posse e administração. Conforme bem pontuado pelo professor Caio Mário, neste regime, “cada um dos cônjuges conserva a posse e a propriedade dos bens que trazer para o casamento, bem como dos bens que forem a eles sub-rogados, e dos que cada um adquirir a qualquer título na constância do matrimônio”¹⁹.

O regime da separação de bens se subdivide em separação legal e separação convencional de bens. A separação legal, que tem sido bastante debatida quando da edição da proposta de lei do novo código civil, ainda não votado e/ou publicado, trata da imposição legal prevista no art. 1.641 do Código Civil deste regime de bens para pessoas maiores de 70 anos (inciso II), daqueles que dependem de suprimento judicial para se casar (inciso III) e pessoas que contraem casamento com inobservância das cláusulas suspensivas da celebração do casamento.

Questiona-se a legalidade do inciso II do artigo supra, em razão da ausência de determinação legal de que acima de 70 anos a pessoa se tornaria novamente incapaz, de modo que a imposição do regime pode ser considerada discriminatória, já que a partir do momento em que a pessoa se torna absolutamente capaz, a única forma de voltar a ser é na superveniência de algum problema de saúde que a torne sem discernimento, sendo necessária à sua representação após a interdição judicial (art. 1.767 e 1.782 do Código Civil).

A separação convencional, por sua vez, se refere a prerrogativa que os nubentes possuem de estipular em seu pacto antenupcial a deliberação conjunta pelo regime da separação de bens para o matrimônio que vem a se formar, sendo disciplinada principalmente pelos arts. 1.687 e 1.688 do Código Civil.

3.4 Do regime de participação final nos aquestos

¹⁸ GONCALVES, Carlos R. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. v.6. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786553628359. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628359/>. Acesso em: 27 set. 2024. p. 192

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da S. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. v.V. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643417/>. Acesso em: 28 set. 2024. p. 278

Nos termos de Caio Mário, no regime de participação final nos aquestos, na constância do casamento, os cônjuges vivem sob a separação de bens, em que cada um dos consortes possui seu patrimônio individual e incommunicável. Na hipótese destes consortes se divorciarem, isto é, a dissolução da sociedade conjugal:

reconstitui-se contabilmente uma comunhão de aquestos. Nesta reconstituição nominal (não *in natura*), levanta-se o acréscimo patrimonial de cada um dos cônjuges no período de vigência do casamento. Efetua-se uma espécie de balanço, e aquele que se houver enriquecido menos terá direito à metade do saldo encontrado.”²⁰

Rolf Madaleno compreende o regime de participação nos aquestos verdadeira separação de bens, sendo que cada consorte pode administrar o seu patrimônio pessoal (conforme art. 1.673) – aquesto –, de modo que poderá dispor livremente dos seus bens móveis, exceto pelos bens imóveis, os quais necessitam de outorga do cônjuge para produzir efeitos. A diferença entre os regimes da separação total e da participação final dos aquestos se verifica no momento de dissolução da sociedade conjugal, por qualquer motivo que for, seja a morte, separação judicial, ou o divórcio, pois, conforme o art. 1.683, deve se validar o montante final dos aquestos existentes até a data da cessação da convivência e cada cônjuge participará dos ganhos obtidos um pelo outro que foram celebrados a título oneroso durante o casamento.²¹

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da S. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. v.V. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643417/>. Acesso em: 02 out. 2024. p. 272

²¹ MADALENO, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. Acesso em: 28 set. 2024. p. 948

4 A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL EM RAZÃO DO DIVÓRCIO

O divórcio, um tema de crescente relevância no direito de família, carrega consigo uma trajetória histórica que reflete as transformações sociais e legais ao longo dos anos. Inicialmente condicionado a preceitos da Igreja Católica, que defendia a indissolubilidade do casamento, o divórcio no Brasil passou por profundas mudanças com a secularização das leis e a busca por igualdade nas relações conjugais.

Com a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, o conceito de divórcio ganhou nova dimensão, sendo reconhecido como um direito potestativo, que pode ser exercido unilateralmente por um dos cônjuges, independentemente da culpa ou de prazos anteriores. Esta evolução não apenas simplificou o processo de dissolução do vínculo matrimonial, mas também refletiu um avanço na autonomia individual, permitindo que os casais encerrassem sua união de forma mais célere e descomplicada.

A intenção é, pois, explorar a trajetória histórica do divórcio no Brasil, suas implicações jurídicas e a nova configuração trazida pela EC 66/2010, além de aflorar questões contemporâneas, como o falecimento de um cônjuge durante a ação de divórcio.

4.1 Do Divórcio: um breve histórico

Caio Mário pontuou em sua obra que o divórcio é instituto recente ao ordenamento jurídico pátrio, pois, embora historicamente a indissolubilidade do casamento nunca tenha sido regra, prevaleceu durante algum tempo no Brasil a concepção da Igreja Católica que determinava que os cônjuges deveriam estar juntos “até que a morte os separasse”. No período Imperial também era indissolúvel o casamento, já que as normas acerca deste instituto ainda eram fortemente influenciadas pela Igreja Católica, cujas regras estavam contidas no Concílio de Trento e na Constituição do Arcebispado da Bahia.

Naquela circunstância, o termo “divórcio” continha significado distante do que a concepção legal moderna, porque se referia apenas à separação de corpos, isto é, permitia a ausência de comunhão de vida, mas não tinha o condão de desfazer o casamento em si. Assim, o divórcio nesta época (ou melhor, a separação de corpos) só era concedido na hipótese de o cônjuge abandonar a sua fé católica ou praticar crença contrária à doutrina da

Igreja Católica, isto é, incidiria em apostasia ou heresia. Para impedir que o divórcio fosse aprovado por maioria no Congresso é que se editou o Decreto n.º 181 de 1890 durante o período Republicano, responsável por instituir o casamento civil sob a égide da indissolubilidade, tendo sido inserido posteriormente na Constituição de 1934 o princípio da indissolubilidade do casamento, de modo que passou a ser expressamente vedado pela Carta Magna.²²

Rolf Madaleno cimenta que a indissolubilidade do matrimônio é criação exclusiva do cristianismo e da Igreja, que lutaram contra as leis romanas e costumes germânicos, os quais autorizavam o divórcio. Nota-se que a manutenção do casamento sem o *animus* da comunhão afeta a autonomia e liberdade dos cônjuges, foi então que a Igreja propôs a figura da separação de corpos, em que ocorria apenas a separação da habitação, mas ainda estava longe de alcançar todos os efeitos que o divórcio tem na atualidade, eis que os cônjuges separados não mais poderiam casar-se.

O professor Gustavo Tepedino, por sua vez, relembra que durante a vigência do Código Civil de 1916 ainda era indissolúvel, sendo possível duas formas de desquitar-se da sociedade conjugal, uma delas consensual e a outra litigiosa (em que o elemento subjetivo da culpa, atestada por conjunto probatório, cujo ônus era do autor, eram essenciais para a sua concessão). E mais, a culpa não possuía caráter meramente exemplificativo, de modo que as espécies de condutas consideradas culposas estavam expressas no texto legal: adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave e o abandono voluntário do lar conjugal durante 2 anos.

A Emenda Constitucional 9, de 28 de junho de 1977, trouxe nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição e, regulamentada posteriormente pela Lei n. 6.515 de 1.977, foi responsável por introduzir ao ordenamento pátrio a possibilidade de dissolução do casamento após prévia separação judicial, por ao menos três anos ou por meio da separação direta, que poderia ser concedida na hipótese de os cônjuges já estarem separados de fato por pelo menos 5 anos quando da promulgação da Lei do Divórcio.²³

²² PEREIRA, Caio Mário da S. Instituições de Direito Civil: Direito de Família. v.V. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643417/>. Acesso em: 02 out. 2024. p. 296

²³ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina B. Fundamentos do Direito Civil - Vol. 6 - Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9788530994532. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994532/>. Acesso em: 03 out. 2024. p. 159

Assim, o Professor Carlos Roberto Gonçalves explicou que, atualmente, existem quatro modalidades de divórcio, o divórcio conversão, divórcio judicial litigioso, divórcio judicial consensual e o divórcio extrajudicial consensual. Nesta nova era do direito matrimonial houve a extinção dos prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, por meio da Emenda Constitucional n. 66/2010, que inclusive, deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF, extinguindo o prazo de um ano do decreto da separação judicial.

O Professor Gonçalves, ainda, discrimina a distinção entre sociedade conjugal e vínculo matrimonial para elucidar o instituto do divórcio, aduzindo que existem diversas causas extintivas da sociedade conjugal, dentre elas a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento, a separação judicial e o divórcio, nos termos já preceituados pelo art. 1.571 do Código Civil vigente. Isso porque, o casamento estabelece ao mesmo um conjunto de “direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges”, que consiste na sociedade conjugal, como também ao vínculo matrimonial que consiste no casamento válido, propriamente dito. Por isso é que com a separação judicial ou extrajudicial há apenas a dissolução da sociedade conjugal, mas o vínculo matrimonial subsiste, já que este só poderá ser extinto por meio do falecimento de um dos cônjuges ou do divórcio. O vínculo matrimonial impede, pois, a contração de novas núpcias pelos cônjuges separados.²⁴

Portanto, como se nota a partir da análise realizada pelos juristas mencionados neste trabalho conclusivo de curso, o elemento da culpa foi perdendo gradativamente sua consequência jurídica no âmbito do direito matrimonial. O elemento da culpa para a dissolução do vínculo conjugal só é indispensável no que concerne às hipóteses de anulabilidade do casamento por vício da vontade (coação, dolo, erro, conforme arts. 1.550, III c/c art. 1.556 a 1.558 do Código Civil), como reiterado pelo professor Madaleno.²⁵ A discussão acerca da culpa no direito de família permaneceu também na seara dos alimentos e da usucapião conjugal, conforme bem lembrado por Gustavo Tepedino.²⁶

²⁴ GONCALVES, Carlos R. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. v.6. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. ISBN 9786553628359. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628359/>. Acesso em: 04 out. 2024. p. 80

²⁵ MADALENO, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. Acesso em: 04 out. 2024. p. 439

²⁶ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina B. Fundamentos do Direito Civil - Vol. 6 - Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9788530994532. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994532/>. Acesso em: 04 out. 2024. p. 150

Diferentemente dos contratos, também espécies do gênero *negócio jurídico*, em que a resolução pode ser feita em razão de uma conduta cuja finalidade era diversa aos efeitos que o contrato almejava, no casamento não há a impositiva dissolução por conta da desatenção a uma ou outra cláusula. No casamento basta o afeto negativo para que seja resolvido de pleno direito, inclusive, podendo ser pretendido exclusivamente por uma das partes, já que tem caráter unilateral para o encerramento.

Nos termos preceituados por Rolf Madaleno:

Sendo a razão única do divórcio o fracasso da união conjugal, desimportava manter a fase transitória da separação e muito menos a sua exigência causal, principalmente quando sabido decorrer a ruptura do casamento de uma sucessão de motivos desencadeados de parte a parte, num nítido efeito cascata de agressão e retorsão. Ou, como diz com acerto Caren Becker de Sousa:¹⁰ “Não se desfaz um casamento em razão de um fato isolado. O processo de transição e de ruptura se compõe de vários pequenos momentos, embora, muitas vezes, os cônjuges não tenham consciência plena de sua ocorrência, já que muitas mágoas são geradas justamente pelo não dito”, e conclui ser o desamor o responsável pelo fim do casamento, e, para denúncia do desamor, o divórcio é instrumento suficiente e eficiente, porque cicatriza feridas e preserva os aspectos positivos da relação.²⁷

4.1.1 O divórcio e a EC 66/2010

A Emenda Constitucional 66 de 2010 foi responsável por grandes alterações na dissolução da sociedade conjugal, na medida em que extinguiu os requisitos temporais para a concessão do divórcio, de modo que deixou de vigorar a figura do divórcio direto, cujo período condicional para concessão era de no mínimo dois anos da separação de fato, bem como a figura do divórcio conversão, que era vinculado ao prazo de um ano, contado a partir do trânsito em julgado da decisão que concedeu a separação de corpos, ou da escritura pública de separação extrajudicial.

O Professor Tepedino disserta que a Emenda Constitucional 66 de 2010 gerou, ainda, as seguintes consequências:

(i) extinguiu-se a diferença antes existente entre o divórcio direto (condicionado à separação de fato por dois anos) e o divórcio por conversão (vinculado ao prazo de um ano contado do trânsito em julgado da decisão que concede a separação de corpos – desde que haja prévia separação do casal – ou da sentença que decreta a separação – ou da escritura pública de separação extrajudicial); (ii) afastou-se a vinculação da obtenção do divórcio por conversão ao requisito do cumprimento das cláusulas pactuadas na separação judicial ou à prévia partilha de bens; (iii) extinguiu-se a possibilidade da discussão relativa à culpa pelo fim do casamento,

²⁷ MADALENO, Rolf. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. Acesso em: 04 out. 2024. p. 440

uma vez que, diante da objetividade do divórcio e de não mais se exigir qualquer requisito temporal para concedê-lo, não faz mais sentido a possibilidade da separação litigiosa;¹³⁻¹⁴ (iv) em interpretação à referida emenda constitucional, o STF entendeu que o instituto da separação desapareceu do ordenamento jurídico como figura autônoma, ainda que de forma consensual.²⁸

Concluiu, também, que houve ampliação da autonomia privada no direito de família, isto é, os cônjuges têm liberdade para encerrar o casamento sem que lhes fosse imputada qualquer conduta considerada culposa. E mais, a referida alteração outorgou natureza jurídica de direito verdadeiramente potestativo ao divórcio, já que apenas importa a vontade de um dos cônjuges para que o instituto do casamento seja encerrado.

4.1.2 *Da atual definição do divórcio*

Conforme demonstrado no capítulo 3.1, o casamento é negócio jurídico que ora se reveste pelo viés de verdadeiro contrato, ora se reveste de seu viés institucional, é negócio bilateral, pois há a necessária manifestação de vontade de ambos os consortes, por trazer vantagens para os dois cônjuges, contendo contraprestações, é possível afirmar que se trata de negócio jurídico oneroso, se refere a instituto solene ou formal, pois é necessário que as partes se atentem a forma escrita e pública e, por fim, é celebrado *inter-vivos*.

O divórcio é instituto autônomo do direito civil, o que significa dizer que as suas características ou classificações diferem do instituto do casamento. Assim, é possível notar por meio da redação dos arts. 1.571 a 1.576, que o divórcio é negócio jurídico unilateral, na medida em que é necessária apenas a vontade de um dos consortes para que seja dissolvida a sociedade conjugal, isto é, trata-se de direito potestativo. Ainda, por gerar obrigações e deveres, ou mesmo vantagens, para ambas as partes, é possível se afirmar que o divórcio é negócio jurídico oneroso. Se trata de negócio jurídico solene, pois mesmo no divórcio extrajudicial, é necessário que os consortes se atentem às regras específicas para que a dissolução conjugal produza efeitos.

4.1.3 *Direito potestativo*

O direito potestativo é um conceito ou vocábulo jurídico em que o titular deste direito tem o a faculdade de interferir no âmbito jurídico de outra, independente da vontade dela,

²⁸ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina B. Fundamentos do Direito Civil - Vol. 6 - Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9788530994532. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994532/>. Acesso em: 03 out. 2024. p. 150

revestido de unilateralidade, já que é capaz de criar ou extinguir obrigações sem o consentimento de outras pessoas. O Superior Tribunal de Justiça em seu dicionário online de vocabulário jurídico define o direito potestativo enquanto “aquele em que seu titular tem poder de influir unilateralmente na situação jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo, tendo que se sujeitar à sua vontade”²⁹.

No mesmo sentido, preceituou o Professor Gustavo Tepedino:

Figura fundamental nas relações privadas, ao direito potestativo não se contrapõe dever ou prestação. Ao contrário da dinâmica do direito subjetivo, **a satisfação do seu titular dá-se pela interferência na esfera jurídica de outro titular, que se submete, pura e simplesmente, ao seu exercício**. Por esse motivo também designado de direito formativo, traduz o poder unilateral de constituição, alteração ou extinção de relação jurídica.³⁰ (grifos meus)

O Juiz fluminense Flávio Pimentel de Lemos Filho conceituou o direito potestativo enquanto a:

situação de necessidade em que se encontra o adversário de ver produzir--se forçosamente uma consequência na sua esfera jurídica por mero efeito do exercício do direito pelo seu titular. Em certas situações, **afeta-se, assim, a esfera jurídica de outrem sem o consentimento deste, consentimento que normalmente seria exigido**³¹(grifos meus)

A partir da correta compreensão do direito potestativo resta evidente que o divórcio é uma de suas espécies, já que a partir da Emenda Constitucional 66 de 2010 o legislador buscou ampliar a autonomia da vontade privada por meio da possibilidade de divorciar-se sem que haja o consentimento do outro consorte ou mesmo a identificação do elemento subjetivo da culpa. No mesmo sentido, entendeu o Dr. Tepedino ao dispor que “Reforçou-se, desse modo, a natureza jurídica de direito potestativo ao divórcio, na medida em que **basta o ato volitivo de um dos cônjuges para deflagrar o fim do vínculo matrimonial**.” (grifos meus)

Em igual sentido, o Dr. Rolf Madaleno aduz:

o acesso ao divórcio é direto e objetivo, sendo direito potestativo de quem é casado, sem necessidade de invocar qualquer causa e decurso de tempo, muito embora exista quem defenda a manutenção da separação judicial em razão dos efeitos jurídicos provenientes da culpa, com reflexo nos alimentos, e até na possibilidade de uma condenação por dano moral.³²

²⁹ STJ. **Vocabulário Jurídico**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/servlet/ThesMain?action=consultar&pesquisa=DIREITO+POTESTATIVO>. Acesso em: 8 out. 2024.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. TEPEDINO, G. Abuso do direito potestativo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 25, n. 03, p. 13, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/650>. Acesso em: 8 out. 2024.

³¹ LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. Direito potestativo. Rio Janeiro: **Lumen Juris**, 1999. p. 30

Diz ainda que antes da Emenda Constitucional 66 de 2010 sequer havia alguma oposição do cônjuge além da separação de fato cujo período era delimitado ou mesmo a inexistência de prévia separação judicial para o divórcio por conversão, de modo que o reconhecimento da natureza potestativa do divórcio é consequência lógica do instituto que é unilateral. Veja:

Constituindo-se o divórcio em direito potestativo da pessoa casada, ou seja, contra cujo pedido nunca coube nenhuma oposição que não fosse a ausência do prazo de separação de fato para o divórcio direto, ou a inexistência de prévia separação judicial para o divórcio por conversão.³³

Em sua obra, Madaleno inclusive destaca trecho relevante de uma das assertivas propostas pelo advogado e professor Conrado Paulino da Rosa, como também do Enunciado n. 18 do Instituto de Direito de Família (IBDFAM):

tratar-se o divórcio de um direito potestativo, que dispensa qualquer produção de prova para sua decretação, pendente apenas a vontade de um dos cônjuges, indiferente à eventual e inútil resistência do outro consorte, sendo imperiosa sua decretação, como sugere o Enunciado n. 18 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM): “Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com discussão de outros temas.

Caio Mário, ainda, por sua vez, reitera trechos dos juristas Gagliano e Pamplona Filho para demonstrar que hoje o entendimento majoritário da doutrina compreende o divórcio enquanto negócio de natureza unilateral, sendo um verdadeiro direito potestativo, eis que a autonomia privada passou a ser reconhecida no instituto matrimonial. *In verbis*:

o Estado busca se afastar da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante. É o reconhecimento do divórcio como o simples exercício de um direito potestativo.³⁴

Portanto, seja sob a compreensão de um ou de outro autor, o divórcio é instituto autônomo ao direito de constituir matrimônio, de modo que possui características específicas ao seu funcionamento, e que possui como viga mestra a natureza de direito potestativo, em que os consortes podem, unilateralmente, pleitear a dissolução do vínculo conjugal.

³² MADALENO, Rolf. Direito de Família. 13th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. p.442. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559648511/>. Acesso em: 08 out. 2024. p. 235

³³ MADALENO, Rolf. Direito de Família. 13th ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. p.442. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559648511/>. Acesso em: 08 out. 2024. p. 441

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo Divórcio**. São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 43.

4.1.4 *O falecimento do cônjuge no curso da ação de divórcio*

O art. 1.582 do Código Civil de 2002 preceitua que o pedido de divórcio é de competência exclusiva dos cônjuges, sendo a única exceção à regra a hipótese de incapacidade do cônjuge para pleitear direito próprio, de modo que poderão requerer divórcio em nome do incapaz aqueles representantes legais, seja o curador, o ascendente ou até mesmo o irmão de pessoa incapaz., conforme pré-determina o parágrafo único do referido dispositivo.

O Código Civil revestiu, portanto, a ação de divórcio com natureza personalíssima, uma vez que apenas poderá ser pleiteada por aqueles que constituem a sociedade conjugal a ser dissolvida. Tal disposição é bastante acertada quanto aos demais dispositivos legais que regem o processo civil brasileiro, já que apenas àqueles que tem causa de pedir e legitimidade é que poderão ingressar em juízo para reclamar algum direito próprio. Assim, não seria cabível o ingresso em juízo de pessoa estranha à sociedade conjugal requerendo o divórcio de outrem.

Por se tratar de direito personalíssimo é que se impediu durante muito tempo a substituição pessoal do polo ativo de demandas judiciais em que um dos consortes viesse a falecer no curso da ação de dissolução do vínculo conjugal. Em consonância, o art. 485, VI e IX do Código de Processo Civil dispõe que não haverá resolução do mérito quando for constatada a ausência de interesse processual ou na hipótese de a ação ser intransmissível por disposição legal e a parte falecer no curso da ação de divórcio:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

IX - em caso de **morte da parte, a ação for considerada intransmissível** por disposição legal; (grifos meus)

Veja que o Código de Processo Civil foi claro ao determinar pelo encerramento do processo sem resolução do mérito quando da superveniência do falecimento de um dos cônjuges no curso da ação de divórcio.

Ocorre que, recentemente, tem sido admitida a continuidade no trâmite da ação de divórcio, mesmo quando um dos consortes venha a falecer, inclusive, a matéria foi posta para apreciação do Superior Tribunal de Justiça, que confirmou a postura adotada pelos tribunais *a quo*. Isso porque, nos termos da fundamentação de um dos v. acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, a edição da Emenda Constitucional 66 de 2010 transformou o

divórcio em direito potestativo, o que significa dizer, como visto em capítulos anteriores, que depende apenas da manifestação da vontade da parte interessada em divorciar-se.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. FAMÍLIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. DIVÓRCIO. AUTOR. **MORTE SUPERVENIENTE**. RECONHECIMENTO PÓSTUMO. **POSSIBILIDADE. DIREITO POTESTATIVO**. DECLARAÇÃO DE VONTADE. SUFICIÊNCIA. CONTRAPARTE. SUBMISSÃO. NECESSIDADE. HERDEIROS. INTERESSE. LEGITIMIDADE. 1. A

Emenda Constitucional nº 66/2010 transformou o divórcio em um direito potestativo, que **depende unicamente da manifestação de vontade da parte interessada**, impondo à contraparte uma submissão jurídica, de modo a não haver contraposição viável ao direito material invocado. 2. Ajuizada a ação de divórcio, **o pedido de dissolução do vínculo pode ser julgado antecipadamente**, em cognição exauriente, nos termos dos arts.

355 e 356 do Código de Processo Civil, **independentemente do prosseguimento do feito para a definição de questões acessórias, como as ligadas ao patrimônio e à filiação**.

3. Não tendo sido apreciado o pedido de divórcio, e vindo a parte autora a falecer do curso do processo, **o reconhecimento da dissolução do vínculo, na forma como pleiteada, pode ser realizado postumamente**.

4. **Apesar de tratar de direito personalíssimo, a morte da parte autora no curso do processo de divórcio não implica a imediata extinção do feito e atribuição do estado de viúvo ao cônjuge réu, devendo prevalecer a vontade do autor manifestada em vida de não mais permanecer casado**.

5. Recurso especial provido.³⁵ (grifos meus)

No acórdão em apreço, verifica-se que o Ministro Relator afastou a aplicação do art. 485, IX do Código de Processo Civil, justamente fundamentando na natureza de direito potestativo que o instituto goza a partir da EC 66 de 2010, bem como partindo do entendimento que a natureza personalíssima da ação é concretizada a partir do momento em que em vida o cônjuge manifestou expressa vontade em dissolver a sociedade conjugal e que apenas em razão da demora no certame judicial é que não foi possível o divórcio. Ora, então para o prosseguimento do feito da ação de divórcio após o falecimento de uma das partes restou evidente que o julgador dispôs alguns requisitos para que haja a concessão.

Além da validade da ação do divórcio póstumo quando houver propositura em vida perante o judiciário, pretende-se analisar neste trabalho a possibilidade do divórcio póstumo mesmo sem que tenha sido manifestada a vontade do *de cujus* em vida e, conseqüentemente, de forma extrajudicial. Isso porque, ao menos em princípio, o STJ deixou evidente que a sua concessão só poderia se dar em Juízo e seguindo uma série de requisitos para ser válida a ação que tramita mesmo após o falecimento do consorte.

5 O DIVÓRCIO POST MORTEM

³⁵ REsp n. 2.154.062/RJ, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/8/2024, DJe de 30/8/2024.

O direito ao divórcio representa um marco essencial da autonomia privada, garantindo aos indivíduos a liberdade de encerrar vínculos conjugais quando estes não mais refletem sua vontade ou propósito. A partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, o divórcio passou a ser compreendido como um direito potestativo, afastando a necessidade de comprovação de culpa ou de separação judicial prévia. No entanto, a discussão jurídica sobre o alcance deste direito ganha novas nuances quando uma das partes falece durante a tramitação do processo de divórcio, dando origem ao conceito de divórcio *post mortem*.

O divórcio *post mortem* emerge de uma necessidade de compatibilizar a expressão de vontade dos cônjuges com a intervenção mínima do Estado nas relações familiares, um princípio consagrado pela Constituição Federal. Embora a jurisprudência tradicional entendesse que a morte de um dos cônjuges extinguiu a ação de divórcio por perda do objeto, decisão recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) indica uma evolução no entendimento, reconhecendo que, se houve manifestação inequívoca de vontade de dissolução do vínculo em vida, o falecimento não deve impedir a decretação do divórcio. Assim, o divórcio póstumo visa preservar não apenas a vontade do falecido, mas também garantir efeitos patrimoniais e sucessórios justos, evitando situações em que o cônjuge sobrevivente herdeiro seja beneficiado de maneira indevida.

Neste contexto, busca-se analisar a base jurídica e os impactos práticos do divórcio *post mortem* no Brasil. Partindo de decisões pioneiras, como a proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e consolidada por recentes julgados do STJ, examina-se em que medida a autonomia da vontade e a dignidade das partes podem ser respeitadas mesmo após o falecimento. A abordagem inclui ainda os aspectos processuais e patrimoniais da decretação póstuma do divórcio, bem como as implicações para os herdeiros e o espólio. O objetivo é contribuir para a compreensão e a consolidação do tema, alinhando-o aos princípios constitucionais e à dinâmica moderna das relações familiares.

5.1 Origem do instituto

O primeiro precedente brasileiro que concedeu o divórcio *post mortem* foi prolatado em 29 de maio de 2018, nos autos de uma ação de divórcio cumulada com partilha de bens e pedido de tutela cautelar pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em que houve a

atuação vivaz do grande jurista e advogado Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Na oportunidade do julgamento da apelação interposta pelo consorte sobrevivente, o Eminentíssimo Desembargador Relator Oliveira Firmo, entendeu que – embora a ação de divórcio seja intransmissível, já que o pedido só compete aos cônjuges, na forma do art. 1.582 do Código Civil – o direito foi exercido pessoalmente pelas partes ao pleitearem a declaração do divórcio. Abaixo, colaciono trechos relevantes do v. acórdão que são capazes de elucidar a fundamentação utilizada pela e. 7ª Câmara Cível do TJMG, ao reformar a sentença para decretar o divórcio *post mortem*³⁶. *In verbis*:

É intransmissível a ação de divórcio, cujo **pedido compete só aos cônjuges**, com exclusividade, na forma do art. 1.582, do CC. No caso, **porém, esse direito foi exercido pessoalmente pelas partes, que requereram, ambas, a declaração do divórcio**. O direito foi disposto personalíssimamente pelas partes, enquanto dele plenamente titulares exclusivos.

Desde a petição de concessão liminar de tutela cautelar, foi pedida a antecipação dos efeitos da tutela para que fosse imediatamente decretado o divórcio das partes, tão logo citada a requerida (doc. 2).

Vale destacar que a própria requerida se qualificou como "separada de fato" na procuração e na declaração de pobreza, datadas de 31.5.2016 e 7.6.2016, respectivamente (doc. 18). E, já na primeira oportunidade em que falou nos autos, admitiu como verdadeira a alegação da separação de fato do casal e manifestou igual vontade de dissolução do casamento, literalmente (doc. 27).

[...]

Vê-se que o fato da dissolução do casamento serviu à requerida tanto como pedido (de declaração do divórcio) quanto como causa de pedir (de partilha e alimentos). Além disso, há nos autos prova de que, durante o processo de separação, a requerida já se encontrava em outro relacionamento (doc. 70), havendo se declarado solteira em BOP lavrado em 5.1.2017 (doc. 146). Com a morte do requerente, passou a sustentar, contraditoriamente, a subsistência do casamento até aquele fato, quiçá por ter vislumbrado a oportunidade de alcançar situação jurídica mais vantajosa, na condição de beneficiária de pensão previdenciária paga pelo INSS (doc. 148) e herdeira de todo o acervo, em concorrência com os ascendentes (doc. 147).

Assim é que, aferrada na jurisprudência imediatista da intransmissibilidade da ação fundada em direito de natureza personalíssima, a requerida passou a defender, contradizendo a si mesma, que o casamento subsistia, o que importa sustentar que, na dicção do art. 1.511 do CC, (5) ainda havia "comunhão plena de vida" a ser desfeita antes da morte de P.C.N.

Contra a realidade dos fatos havidos no processo, contra toda alegação e prova dos autos de que **as partes já não mais se reconheciam mutuamente como consortes e companheiros; não mais dividiam a responsabilidade pelos encargos da família** (art. 1.565, do CC);(6) e **já não se cobravam obediência aos deveres matrimoniais de fidelidade, vida em comum no domicílio conjugal, mútua**

³⁶ Importante destacar que a ação se encontra em segredo de justiça, razão pela qual só nos é possível ter acesso a alguns trechos que compuseram o inteiro teor do julgamento.

assistência, respeito e consideração recíprocos (art. 1.566, do CC),(7) tortura-se com desassombro a norma de direito processual para o fim de alcançar os efeitos jurídicos, de cunho patrimonial, do estado de viuvez. A tese da subsistência do casamento até a morte do requerente tem motivação exclusivamente previdenciária e sucessória. Repugna ao princípio geral de direito da boa-fé processual, hoje positivado, (8) a manipulação do instrumento processual como um fim em si mesmo, dissociado de qualquer substrato de direito material, para obtenção de situações jurídicas intangíveis com fundamento só nos fatos demonstrados e na vontade livremente manifestada pelas partes, no âmbito do processo.

Sou, portanto, que a morte do requerente não importou a perda do objeto da ação do divórcio, pela razão de que o casamento terminara antes, por vontade unívoca dos cônjuges, diferido apenas o ato de homologação, por omissão do juízo, denegatória da prestação jurisdicional clamada e reclamada.

Impõe-se, no ponto, a reforma da sentença e, não havendo provas a produzir quanto à matéria, na forma do art. 1.013, I do CPC/2015, (9) passo ao julgamento.

V - b.1)

DECLARO QUE P.C.N E J.R.C.N. SEPARARAM-SE DE FATO EM 30.1.2016 E HOMOLOGO O PEDIDO DE DIVÓRCIO, COM EFEITOS RETROATIVOS NÃO A 15.4.2016, QUANDO DO AJUIZAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR DE BLOQUEIO DE BENS, NÃO DEDUZIDA AINDA A PRETENSÃO DE DIVÓRCIO (DOC. 2), MAS A 21.6.2016, DATA EM QUE EXERCIDO POR ELE O DIREITO POTESTATIVO DE TITULARIDADE (DOC. 33). DEFIRO À REQUERIDA O PEDIDO DE RETORNO AO NOME DE SOLTEIRA, CONFORME PLEITEOU, DIREITO SEU IGUALMENTE POTESTATIVO³⁷

(grifos meus)

Cuja ementa se encontra colacionada abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PROCESSUAL CIVIL - MORTE DO CÔNJUGE - SUCESSÃO: ESPÓLIO: LEGITIMIDADE. Em tese, o espólio é parte legítima para pedir a declaração do fim do casamento do de cujus pelo divórcio, se já exaurido o exercício do direito em vida, pelos cônjuges.

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Ausência de apreciação de matéria prejudicada pelo resultado do julgamento não caracteriza omissão sanável pela via dos embargos de declaração.

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PROCESSUAL CIVIL - MANIFESTAÇÃO DE VONTADE: MORTE DO CÔNJUGE - DIREITO POTESTATIVO - PERDA DO OBJETO: NÃO OCORRÊNCIA. É potestativo o direito do cônjuge ao divórcio. 2. A morte do cônjuge no curso na ação não acarreta a perda do objeto da ação se já manifesta a vontade dos cônjuges de se divorciarem, pendente apenas a homologação, em omissão do juízo.

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PROCESSUAL CIVIL - BENS: PARTILHA - COMPETÊNCIA: JUÍZO SUCESSÓRIO. Superado o debate acerca do divórcio e em curso o inventário dos bens deixados pelo cônjuge falecido, o juízo sucessório atrai a discussão sobre o pedido de partilha de bens.

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - ALIMENTOS - ALIMENTANTE: MORTE - OBRIGAÇÃO NÃO CONSTITUÍDA - CARÁTER

³⁷ Apelação Cível n. 5054067-56.2016.8.13.0024, Desembargador Relator Osvaldo Oliveira Araújo Firmo, 7ª Câmara Cível do TJMG, julgado em 29/05/2018, DJe de 05/06/2018.

PERSONALÍSSIMO: EXTINÇÃO. 1. A obrigação de prestar alimentos extingue-se com a morte do titular da relação jurídica. 7. O espólio só responde pelo crédito de alimentos já constituído antes da morte do alimentante e até a conclusão da partilha.

APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - DIVÓRCIO - PROCESSUAL CIVIL - GRATUIDADE DA JUSTIÇA - REQUISITOS. 1. Falta interesse processual no pedido de revogação do benefício da gratuidade da justiça a quem foi inadmitido no processo nem será condenado nos ônus respectivos, por efeito do provimento do recurso. 2. É sem objeto o pedido de revogação de benefício da gratuidade da justiça não concedido. 3. Ante a presunção de veracidade da declarada insuficiência de recursos, corroborada por prova documental não desconstituída, mantém-se o benefício da gratuidade concedido à pessoa natural.³⁸

É certo que o ilustre Desembargador Relator concedeu o divórcio – apesar de solicitado por meio de recurso de apelação de seus herdeiros após a morte do *de cujus* –, por ter sido requerido (i) por uma das partes legítimas, nos termos do art. 1.582 do Código Civil, (ii) quando ambos em vida, por entender que tratava-se de direito potestativo. O v. acórdão foi provido para reformar a sentença quanto a parte que julgou extinta a ação sem resolução de mérito (art. 485, IX do Código de Processo Civil) e declarar o divórcio póstumo com efeitos retroativos, eis que requerido por uma das partes quando ambos em vida.

No mesmo sentido, a Dra. Daniela Fedato, advogada especialista em Direito de Família e das Sucessões, explica que extinguir a ação de divórcio sem resolução de mérito na superveniência do falecimento de uma das partes, fere o princípio da autonomia da vontade:

Nesse sentido, à luz de entendimentos proferidos pelos Tribunais e, de forma mais recente pelo Superior Tribunal de Justiça, **demonstrou-se um possível prejuízo causado às partes nas ações de divórcio em que ocorreu a morte de um dos cônjuges**, tendo em vista que a decretação hermética e irrefletida da perda do objeto da ação, encontrando-se esta em curso, **acomete a vontade das partes e, por conseguinte, fere o princípio da autonomia da vontade** na dissolução da sociedade conjugal

O artigo 1.571 do Código Civil de 2002 enuncia que a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio.

No campo do direito processual civil, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência entendem que a superveniência do óbito de um dos consortes na pendência da ação de divórcio importa imediatamente a perda do objeto da demanda, a extinção imediata do casamento e por fim, a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso IV do CPC. Ainda que tenha sido proferida a sentença, antes do seu trânsito em julgado, o cônjuge sobrevivente adquire o estado civil de viúvo. E o casamento se dissolverá pela morte.³⁹

(grifos meus)

³⁸ Apelação Cível n. 5054067-56.2016.8.13.0024, Desembargador Relator Osvaldo Oliveira Araújo Firmo, 7ª Câmara Cível do TJMG, julgado em 29/05/2018, DJe de 05/06/2018.

³⁹ FEDATO, Daniela Rosa Pereira Motta. Artigo: Divórcio post mortem e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. Rota Jurídica. publicado em 19/09/2023.

Isso porque, conforme restou demonstrado no capítulo das circunstâncias extintivas da sociedade conjugal, a única modalidade resolutive do casamento que tem os seus efeitos imediatos é a extinção *mortis causa*, que torna o cônjuge sobrevivente, de maneira automática, viúvo.

Ora, há nítido caráter infringente ao desconsiderar manifestação expressa por qualquer uma das partes quando ambos em vida para apenas considerar a morte como circunstância resolutive da sociedade conjuga. Verifica-se, pois, que a extinção da ação de divórcio partindo da causa resolutive *mortis causa* deveras atroz ao princípio da autonomia da vontade, já que subsistiria a vontade institucional do Poder Judiciário, que por vezes deixou de apreciar o pedido formulado em sede de tutela de urgência para conceder o divórcio às partes.

A concessão do divórcio *post mortem* pareceu, à princípio, contraditória, já que o cônjuge sobrevivente se tornou viúvo no momento do falecimento do outro, como é que poderia desfazer-se pelo divórcio um casamento que já não mais subsiste, em razão do art. 1.571 do Código Civil?

A resposta à tal questionamento pode ser facilmente observada a partir da análise do mais recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 21 de maio de 2024, que determinou que o marco temporal de cada uma das causas extintivas da sociedade conjugal é condição fundamental de atenção para determinar qual situação foi responsável pela extinção do casamento: a morte ou a manifestação da vontade de divorciar-se, cuja ementa é exposta a seguir.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO POST MORTEM. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010. AUTONOMIA PRIVADA DOS CÔNJUGES. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO EM QUESTÕES AFETAS ÀS RELAÇÕES FAMILIARES. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO TITULAR. ÓBITO DO CÔNJUGE DURANTE A TRAMITAÇÃO DO PROCESSO. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO. DIREITO POTESTATIVO. EXERCÍCIO. DIREITO A UMA MODIFICAÇÃO JURÍDICA. DECLARAÇÃO DE VONTADE DO CÔNJUGE. RECONHECIMENTO E VALIDAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL DE DIVÓRCIO. PRETENSÃO RECONVENCIONAL. SOBREPOSIÇÃO AO CARÁTER PERSONALÍSSIMO DO DIREITO. HERDEIROS DO CÔNJUGE FALECIDO. LEGITIMIDADE. EFEITOS SUCESSÓRIOS, PATRIMONIAIS E PREVIDENCIÁRIOS. PEDIDO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. MODALIDADE DE EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE UM DIREITO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Trata-se de controvérsia jurídica sobre a **possibilidade de decretação do divórcio na hipótese do falecimento de um dos cônjuges após a propositura da respectiva ação.**
2. **Após a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010 é possível a dissolução do casamento pelo divórcio** independentemente de condições e exigências de ordem temporal previstas na Constituição ou por ela autorizadas, **passando a constituir direito potestativo dos cônjuges**, cujo exercício decorre exclusivamente da manifestação de vontade de seu titular.
3. Com a alteração constitucional, há **preservação da esfera de autonomia privada dos cônjuges, bastando o exercício do direito ao divórcio para que produza seus efeitos de maneira direta**, não mais se perquirindo acerca da culpa, motivo ou prévia separação judicial do casal. Origina-se, pois, do **princípio da intervenção mínima do Estado em questões afetas às relações familiares.**
4. A caracterização do divórcio como um direito potestativo ou formativo, compreendido como o direito a uma modificação jurídica, implica reconhecer que o **seu exercício ocorre de maneira unilateral pela manifestação de vontade de um dos cônjuges, gerando um estado de sujeição do outro cônjuge.**
5. Hipótese em que, **após o ajuizamento da ação de divórcio o cônjuge requerido manifestou-se indubitavelmente no sentido de aquiescer ao pedido que fora formulado em seu desfavor e formulou pedido reconvenicional, requerendo o julgamento antecipado e parcial do mérito quanto ao divórcio.**
6. **É possível o reconhecimento e validação da vontade do titular do direito mesmo após sua morte, conferindo especial atenção ao desejo de ver dissolvido o casamento**, uma vez que houve manifestação de vontade indubitável no sentido do divórcio proclamada em vida e no bojo da ação de divórcio. **Não se está a reconhecer a transmissibilidade do direito potestativo ao divórcio; o direito já foi exercido e cuida-se de preservar os efeitos que lhe foram atribuídos pela lei e pela declaração de vontade do cônjuge falecido.**
7. **Legitimidade dos herdeiros do cônjuge falecido para prosseguirem no processo e buscarem a decretação do divórcio post mortem.**
8. **A intenção do autor da ação em ver extinto o processo sem resolução do mérito revela comportamento contraditório com a anterior conduta de pretender a decretação do divórcio. O *nemo potest venire contra factum proprium* tem por efeito impedir o exercício do comportamento em contradição com a conduta anteriormente praticada**, com fundamento nos princípios da boa-fé e da confiança legítima, sendo categorizado como forma de exercício inadmissível de um direito. Nessa concepção, consubstancia-se em forma de limite ao exercício de um direito subjetivo propriamente dito ou potestativo.
9. **Possibilidade de decretação do divórcio post mortem reconhecida.**
10. Recurso desprovido.⁴⁰

Em outras palavras, o divórcio concedido de forma póstuma nada mais é do que um pedido feito em vida por qualquer das partes, seja pelo *de cuius* em vida, seja pelo sobrevivente, diferente do que fez crer a doutrina e jurisprudência anterior, de modo que a

⁴⁰ REsp n. 2.022.649/MA, Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/5/2024, DJe de 21/5/2024.

superveniência da morte antes da ação ser julgada pouco importa, já que a vontade de extinguir o casamento pelo divórcio foi manifestada em momento anterior ao acaso da morte.

Antes mesmo da prolação do v. acórdão acima, que desproveu o recurso especial interposto pelo cônjuge sobrevivente em face da decisão do TJMA que manteve a sentença para decretar o divórcio póstumo, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) já havia editado enunciado acerca do referido tema, no mesmo sentido que a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça.

Em primeiro lugar, há de se elucidar a força dos enunciados para o direito. O presidente da comissão de enunciados do IBDFAM, Dr. Marcos Ehrardt Jr. pontua que os enunciados são proposições doutrinárias que ajudam a esclarecer pontos controvertidos da legislação e apontar luzes para situações que ainda não têm regulamentação específica⁴¹.

Assim, nos termos do professor Dr. Flávio Tartuce,

os enunciados traduzem a posição doutrinária de um grupo de juristas ou de uma instituição, trazendo nortes interpretativos sobre determinados assuntos. Nessa oportunidade, as propostas aprovadas trataram de temas como as consequências jurídicas da pandemia, violência doméstica, herança digital, uso de imagem dos filhos, namoro qualificado, filiação socioafetiva, convivência familiar e divórcio.⁴²

Foi então que no enunciado 45 o IBDFAM concluiu que “a ação de divórcio já ajuizada não deverá ser extinta sem resolução de mérito, em caso do falecimento de uma das partes.

5.2 Definição de divórcio *post mortem*

O divórcio *post mortem*, diferente do que pode ser imaginado, não se trata de um novo instituto trazido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao ordenamento pátrio, nem mesmo uma exceção à regra do art.485 do Código de Processo Civil ou 1.571 do Código Civil, já que nada mais é do que o estrito cumprimento da decretação imediata do divórcio, a partir de sua livre expressão por parte de qualquer dos cônjuges enquanto ambos se

⁴¹ ANUNCIAÇÃO, Débora. Conheça os 10 novos Enunciados do IBDFAM; diretrizes foram apresentadas no primeiro dia do evento. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11266/Conhe%C3%A7a+os+10+novos+Enunciados+do+IBDFAM%3B+diretrizes+foram+apresentadas+no+primeiro+dia+do+evento>. Acesso em 18/10/2024. Publicado em 25/10/2023.

⁴² Enunciados doutrinários do IBDFAM - 2022/2023 [livro eletrônico] / coordenação Marcos Ehrardt Junior; prefácio Rodrigo da Cunha Pereira. - 1. ed. -- Belo Horizonte, MG: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2022. Disponível em: https://ibdfam.org.br/upload/ebook/ebook_enunciados.pdf

encontravam em vida. Desse modo, o divórcio *post mortem* consiste apenas na decretação ou formalização do divórcio, pleiteado previamente ao falecimento de um dos cônjuges.

Assim, consiste na possibilidade de dissolução do casamento após o falecimento de um dos cônjuges, desde que a vontade tenha sido expressa antes de seu falecimento, sendo baseado justamente na EC 66 de 2010 e no princípio da autonomia da vontade. O objetivo da decretação do divórcio póstumo, com os devidos efeitos retroativos, é respeitar a vontade do falecido ou do cônjuge sobrevivente, que se vincula ao princípio da intervenção mínima do Estado.

No mesmo sentido, a partir da análise do primeiro acórdão que concedeu o divórcio póstumo prolatado pelo e. TJMG e já abordado itens acima⁴³, o Dr. Rodrigo da Cunha Pereira reiterou que o divórcio *post mortem* é aquele que ocorre mesmo após a morte dos cônjuges e que produz efeitos retroativos ao óbito,

é possível decretar o divórcio após a morte de uma, ou de ambas as partes, **se já havia processo judicial em curso, e expressa e inequívoca manifestação de uma ou de ambas as partes pelo fim do casamento**, e especialmente se já havia separação de corpos e/ou de fato entre o casal.

[...]

O único requisito para o divórcio, após a Emenda Constitucional nº 66/2010, é a **vontade das partes**. Assim, se elas já haviam se manifestado neste sentido, a vontade do falecido deve ser respeitada. Sendo real a separação de fato, não existem razões para o status de viúvo do sobrevivente. Isso porque, **independentemente do regime de bens adotado quando do casamento, o cônjuge é herdeiro necessário. Assim, pode vir a concorrer na herança em igualdade com outros herdeiros necessários do *de cuius*, mesmo já não existindo mais qualquer comunhão de vida entre as partes.**

5.3 Requisitos para concessão

São escassos os estudos científicos contemporâneos que abordam o divórcio póstumo, o que torna a elucidação dos requisitos necessários para a referida concessão, tarefa complexa e, em certa medida, até mesmo enigmática. Nesse sentido, este trabalho visa entender e revelar quais são os verdadeiros requisitos postos pelo Judiciário – ou quais deveriam ser – para a concessão do divórcio póstumo.

Nas palavras da advogada Vivian de Assis,

⁴³ Apelação Cível n. 5054067-56.2016.8.13.0024, Desembargador Relator Osvaldo Oliveira Araújo Firmo, 7ª Câmara Cível do TJMG, julgado em 29/05/2018, DJe de 05/06/2018.

O divórcio *post mortem* assim como as demais modalidades de divórcio já reconhecidas necessita do cumprimento de alguns requisitos essenciais para a sua outorga. Posto isso, analisando cada caso concreto, são exigidas algumas “condições base”, quais sejam: a ação de divórcio precisa estar em curso, **os cônjuges devem estar comprovadamente de acordo com o fim da sociedade conjugal** e, as provas colacionadas aos autos precisam ser capazes de atestar a inexistência de união conjugal.⁴⁴

(grifos meus)

Em entendimento equivalente, a jurista Kelly Lisita, aduz que

Em relação ao divórcio denominado *post mortem* existem, no entanto, alguns requisitos para sua concessão: deve a ação de divórcio estar tramitando, **consenso dos cônjuges para o fim do casamento** e provas de não haver mais união entre o casal.⁴⁵

(grifos meus)

No mesmo sentido, a jurista Daniela Fedato, entendeu que

da análise dos entendimentos jurisprudenciais bem como, do REsp n. 2007285 – MG (2022/0172895-2), pode depreender-se três requisitos para o a concessão do divórcio *post mortem*: a) a demonstração do interesse dos herdeiros para a sucessão processual; b) ter sido o direito exercido pessoalmente pelas partes e, por fim, c) **que restasse configurada a vontade do de cujus em divorciar-se em vida.**⁴⁶

(grifos meus)

Conforme destaques realizados no corpo dos trechos acima elencados, as duas primeiras juristas entenderam que seria necessário o acordo ou consenso entre os cônjuges quanto ao desejo do divórcio, enquanto a terceira jurista entendeu que a vontade do *de cujus* seria um dos requisitos para a sua concessão, pensamentos lastreados nas decisões que concederam o divórcio póstumo até a redação de seus artigos acadêmicos.

Ainda, nos termos do v. acórdão prolatado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a concessão póstuma do divórcio seria possível somente se houvesse a manifestação da vontade do cônjuge falecido de se divorciar. *In verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO DE DIVÓRCIO POST MORTEM AJUIZADA PELA GENITORA DO CÔNJUGE VARÃO, JÁ FALECIDO** ANTES DA DISTRIBUIÇÃO, EM FACE DA VIÚVA. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM EXAME DO MÉRITO, NA FORMA DO ARTIGO

⁴⁴ ASSIS, Vivian Santos 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.

⁴⁵ LISITA, Kelly Moura de Oliveira. **Divórcio Post Mortem em breves considerações jurídicas.** IBDFAM. Publicado em 23/08/2021.

⁴⁶ FEDATO, Daniela Rosa Pereira Motta. Artigo: **Divórcio post mortem e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro.** Rota Jurídica. publicado em 19/09/2023.

485, INCISOS I E IV, DO CPC. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA QUE NÃO MERECE PROSPERAR.

DIREITO POTESTATIVO E PERSONALÍSSIMO DOS CÔNJUGES. EMBORA POSSÍVEL A DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO POST MORTEM, IMPRESCINDÍVEL A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO CÔNJUGE FALECIDO DE SE DIVORCIAR, O QUE NÃO RESTA COMPROVADO NO CASO. SEGUNDO OS ARTIGOS 2º E 6º DO CÓDIGO CIVIL, A PERSONALIDADE JURÍDICA DA PESSOA NATURAL TEM INÍCIO COM O NASCIMENTO COM VIDA E TERMINA COM O ÓBITO. OCORRENDO A MORTE, NATURALMENTE CESSA A CAPACIDADE JURÍDICA E, POR CONSEQUINTE, A LEGITIMIDADE DE ESTAR EM JUÍZO.

IMPOSSIBILIDADE DE SE PLEITEAR DIREITO ALHEIO EM NOME PRÓPRIO, NÃO SENDO HIPÓTESE DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 18 DO CPC. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NÃO SUJEITA À PRECLUSÃO.

SENTENÇA TERMINATIVA MANTIDA.

RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.⁴⁷

(grifos meus)

Com a devida vênia ao entendimento das renomadas juristas e dos MM. Desembargadores que julgaram a apelação cuja ementa encontra-se colacionada acima, não se vislumbra da análise do divórcio póstumo, em sua seara material de direito potestativo, de que haveria a necessidade da manifestação da vontade do *de cuius* em vida, e sequer o acordo ou consenso entre os cônjuges para que pudesse ser decretado postumamente o divórcio.

Isso porque, conforme já restou consignado, trata-se de direito potestativo, podendo ser requerido por qualquer dos consortes quando ambos em vida e, nos termos do *r. decisum*, determinou-se que seria imprescindível a manifestação do cônjuge falecido para que fosse concedido o divórcio póstumo. Entendo que, embora não adequadas as palavras postas na ementa, o d. Juízo quis afirmar que neste caso concreto seria necessária a manifestação da vontade do *de cuius*, já que o pleito foi formulado pelos seus ascendentes e requerido posteriormente ao seu falecimento, pois na hipótese de ter sido requerido pelo cônjuge sobrevivente enquanto ambos estariam em vida, seria impossível afirmar-se a necessidade do consenso entre eles ou mesmo a vontade do falecido.

Assim, afasta-se o requisito da necessidade de acordo ou consenso entre as partes, alegado pelas juristas Vivian de Assis e Kelly Lisita. Além disso, quanto à assertiva de

⁴⁷ Apelação Cível 0814889-18.2024.8.19.0021, Desembargador Relator Luiz Roldao de Freitas Gomes Filho, 9ª Câmara de Direito Privado, julgado em 23/09/2024.

Daniela Fedato, de que seria necessária a manifestação de vontade do *de cuius*, também há de ser afastado tal requisito, por se tratar de verdadeiro direito potestativo.

Desse modo, vislumbro que na verdade os requisitos estão postos pelos precedentes descritos abaixo, qual seja o v. acórdão prolatado pela 10ª Câmara do e. TJRJ e o v. acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO. ART. 485, IX DO CPC. IMPOSSIBILIDADE. DECRETAÇÃO POST MORTEM. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DA HERDEIRA PLEITEAR A SUA DECRETAÇÃO.

Sentença de extinção na forma do art. 485, IX do CPC. **Apelo da filha do autor** que requer ao final a gratuidade de justiça e **decretação do divórcio judicial entre as partes. A morte de um dos cônjuges no decorrer da demanda não acarreta a perda do objeto da ação de divórcio, eis que já manifestada a vontade de um dos cônjuges em se divorciar.** Possibilidade de decretação de divórcio post mortem. Autor faleceu no curso do feito. Filha na qualidade de herdeira tem legitimidade para figurar no polo ativo até porque há bens a serem partilhados e sobre tal poderá afetar a sua esfera jurídico-patrimonial. Recurso provido.⁴⁸

(grifos meus)

* * *

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO POST MORTEM. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010. AUTONOMIA PRIVADA DOS CÔNJUGES. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO EM QUESTÕES AFETAS ÀS RELAÇÕES FAMILIARES. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO TITULAR. ÓBITO DO CÔNJUGE DURANTE A TRAMITAÇÃO DO PROCESSO. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO. DIREITO POTESTATIVO. EXERCÍCIO. DIREITO A UMA MODIFICAÇÃO JURÍDICA. DECLARAÇÃO DE VONTADE DO CÔNJUGE. RECONHECIMENTO E VALIDAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL DE DIVÓRCIO. PRETENSÃO RECONVENCIONAL. SOBREPOSIÇÃO AO CARÁTER PERSONALÍSSIMO DO DIREITO. HERDEIROS DO CÔNJUGE FALECIDO. LEGITIMIDADE. EFEITOS SUCESSÓRIOS, PATRIMONIAIS E PREVIDENCIÁRIOS. PEDIDO DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. MODALIDADE DE EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE UM DIREITO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Trata-se de controvérsia jurídica sobre a **possibilidade de decretação do divórcio na hipótese do falecimento de um dos cônjuges após a propositura da respectiva ação.**

2. **Após a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010 é possível a dissolução do casamento pelo divórcio** independentemente de condições e exigências de ordem temporal previstas na Constituição ou por ela autorizadas, **passando a constituir direito potestativo dos cônjuges**, cujo exercício decorre exclusivamente da manifestação de vontade de seu titular.

3. Com a alteração constitucional, **há preservação da esfera de autonomia privada dos cônjuges, bastando o exercício do direito ao divórcio para que**

⁴⁸ Apelação Cível 0018964-46.2022.8.19.0008, Desembargadora Relatora Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira, 10ª Câmara de Direito Privado, Julgado em 21/03/2024.

produza seus efeitos de maneira direta, não mais se perquirindo acerca da culpa, motivo ou prévia separação judicial do casal. Origina-se, pois, do **princípio da intervenção mínima do Estado em questões afetas às relações familiares**.

4. A caracterização do divórcio como um direito potestativo ou formativo, compreendido como o direito a uma modificação jurídica, implica reconhecer que o seu exercício ocorre de maneira unilateral pela manifestação de vontade de um dos cônjuges, gerando um estado de sujeição do outro cônjuge.

5. Hipótese em que, após o ajuizamento da ação de divórcio o cônjuge requerido manifestou-se indubitavelmente no sentido de aquiescer ao pedido que fora formulado em seu desfavor e formulou pedido reconvenicional, requerendo o julgamento antecipado e parcial do mérito quanto ao divórcio.

6. É possível o reconhecimento e validação da vontade do titular do direito mesmo após sua morte, conferindo especial atenção ao desejo de ver dissolvido o casamento, uma vez que houve manifestação de vontade indubitável no sentido do divórcio proclamada em vida e no bojo da ação de divórcio. Não se está a reconhecer a transmissibilidade do direito potestativo ao divórcio; o direito já foi exercido e cuida-se de preservar os efeitos que lhe foram atribuídos pela lei e pela declaração de vontade do cônjuge falecido.

7. Legitimidade dos herdeiros do cônjuge falecido para prosseguirem no processo e buscarem a decretação do divórcio post mortem.

8. A intenção do autor da ação em ver extinto o processo sem resolução do mérito revela comportamento contraditório com a anterior conduta de pretender a decretação do divórcio. O *nemo potest venire contra factum proprium* tem por efeito impedir o exercício do comportamento em contradição com a conduta anteriormente praticada, com fundamento nos princípios da boa-fé e da confiança legítima, sendo categorizado como forma de exercício inadmissível de um direito. Nessa concepção, consubstancia-se em forma de limite ao exercício de um direito subjetivo propriamente dito ou potestativo.

9. Possibilidade de decretação do divórcio post mortem reconhecida.

10. Recurso desprovido.⁴⁹

(grifos meus)

Ante o exposto, o requisito essencial para a concessão do divórcio póstumo é o marco temporal do requerimento por qualquer das partes competentes – que, conforme o art. 1.582 do Código Civil, são os próprios cônjuges, isto é, os partícipes da sociedade conjugal (ou o seu curador, ascendente ou irmão, na hipótese de parte incapaz) – pedido este que deverá ser feito enquanto ambos os cônjuges estiverem vivos e por qualquer um deles. Além do marco temporal, a circunstância em que é solicitada importa para a respectiva concessão, já que uma manifestação de vontade extrajudicial de divorciar-se (quando ambos os cônjuges estiverem vivos) não é suficiente hoje para a concessão do divórcio póstumo, porque os tribunais ainda entendem que a expressão da vontade deverá ser feita no curso da ação do divórcio.

⁴⁹ REsp n. 2.022.649/MA, Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/5/2024, DJE de 21/5/2024.

5.4 Legalidade do divórcio póstumo

Evidente que as decisões que concederam o divórcio *post mortem* estão em estrito cumprimento das regras e normas já postas no ordenamento jurídico, lhes dando interpretação mais coerente e eficaz no resguardo aos princípios da honra, dignidade e autonomia da vontade, bem como à Emenda Constitucional 66 de 2010, já que garante a natureza de direito potestativo que de fato é o divórcio.

Para afastar qualquer sombra de dúvida acerca da validade da concessão judicial do divórcio *post mortem* é necessária digressão aos artigos 1.582 do Código Civil e 485, VI e IX do Código de Processo Civil, com o objetivo de verificar eventual confronto aos referidos dispositivos que possam colocar em risco a validade ou legalidade das decisões recentes que têm deferido o divórcio póstumo.

Em primeiro lugar, dispõe o art. 1.582 do Código Civil que o divórcio é de competência exclusiva do cônjuge, evidenciando a natureza personalíssima da ação processual, cuja exceção é a incapacidade do cônjuge, que autoriza a representação por curador, ascendente ou irmãos. Veja:

Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.

Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão.

Noutro lado, os incisos VI e IX do art. 485 do Código de Processo Civil preceituam, respectivamente, que o processo não terá seu mérito resolvido, sendo extinto, caso se verifique que não há legitimidade ou interesse processual daquele que pretende o prosseguimento da ação, e em caso de morte de qualquer das partes, quando a ação for considerada intransmissível:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

Ocorre que nas ações que tiveram pleno prosseguimento, mesmo após falecimento da parte, com resolução de mérito para conceder o divórcio *post mortem* com efeitos retroativos até a data da propositura da ação, em nada ferem aos respectivos diplomas legais supracitados, de modo que a sua validade é medida que se impõe.

Embora o art. 1.582 do Código Civil disponha que a ação é personalíssima, nota-se que a manifestação da vontade foi expressa no momento da propositura da ação e, se tratando de direito potestativo, não há necessidade de comum acordo dos dois cônjuges para que o divórcio seja concretizado.

Além disso, quanto ao disposto no inciso VI do art. 485 do CPC, também não mereceria prosperar qualquer entendimento de que o divórcio póstumo estaria em confronto ao disciplinado, já que mesmo os herdeiros legais possuem interesse processual para suceder o cônjuge falecido em razão dos efeitos patrimoniais que a concessão ou não do divórcio gerados à herança. E mais, o inciso IX do art. 485 do CPC também não tem o condão de impedir a concessão póstuma do divórcio porque, apesar de a ação ser personalíssima e intransmissível, a manifestação da vontade foi externada por qualquer dos cônjuges enquanto os dois estariam vivos.

A grande questão que se chega após a correta interpretação da validade do divórcio *post mortem* é se a vontade de qualquer dos consortes necessariamente precisa ser expressa em sede processual. Com outras palavras, a dúvida alcançada após a análise do instituto do divórcio *post mortem* é se em alguma medida poderia ser permitido em sua modalidade extrajudicial pelas vias administrativas em cartório, o que se verá adiante.

5.5 Efeitos pessoais: Proteção ao direito personalíssimo à honra

Nos termos preceituados pela jurista Bruna Altoe, o divórcio diz respeito à liberdade afetiva, protegendo, em certa medida a dignidade da pessoa humana, além de ser uma verdadeira expressão dos direitos da personalidade. *In verbis*:

A tutela dos direitos da personalidade é mais ampla do que o sentido clássico de jurisdição originariamente poderia sugerir. Partindo-se do senso crítico do acesso à justiça, os direitos da personalidade, desde que a medida não implique em riscos, podem ser efetivados no plano extrajudicial se a celeridade e a eficiência assim recomendarem.

O instituto do divórcio é, por exemplo, mecanismo de concretização das liberdades afetivas, predicados da personalidade na compreensão do sujeito como ser relacional. Tal instrumento, dada sua essencialidade, conta, por isso, com constante aprimoramento e mutação. **Desde a edição da EC 66/2010, por exemplo, o rompimento da sociedade conjugal por vontade das partes tem sido um tema constantemente revisitado a partir das sensíveis repercussões práticas que carrega.**

A posição majoritária da doutrina, nesse sentido, atribuindo especial valor à liberdade afetiva como um predicado da condição humana reconhece que o divórcio deve ser exercido de forma unilateral, como verdadeiro direito potestativo. No

mesmo sentido, reconhecendo que o rompimento da sociedade conjugal não se confunde com outras questões externas, como a partilha, a jurisprudência tem admitido que o divórcio seja decretado em sede de liminar nas demandas judiciais.

Ocorre, porém, que o exercício unilateral dessa vontade, como verdadeira expressão da personalidade, só vinha sendo exercido no plano judicial, tal qual se dava quando um cônjuge estava em local incerto e não sabido, ou ainda quando, a par de não existir nenhum patrimônio partilhável e incapazes, o outro cônjuge simplesmente se recusava a realizar a assinatura da Escritura Pública. Forçava-se o cônjuge, mesmo detentor de um direito potestativo, a buscar os caminhos do Poder Judiciário, subtraindo espaço de análise da jurisdição que poderia ser encaminhada para outras demandas de maior complexidade.⁵⁰

Embora o excerto acima trate unicamente do divórcio à ser concedido em vida, importante é notar que a concessão do divórcio até mesmo postumamente, tem como objetivo resguardar não só a vontade do consorte de divorciar-se, mas a sua própria honra e dignidade de não querer ser vinculado mais a uma pessoa, mesmo que no jaez de viúvo de alguém que não ama mais.

Assim, nos termos do parágrafo único do art. 12 do Código Civil os parentes têm legitimidade para proteger os direitos da personalidade, exigindo que cesse, portanto, qualquer forma de lesão aos direitos à honra do falecido, assim como o cônjuge sobrevivente tem a legitimidade para ver afastada ameaça aos direitos da personalidade que estariam sendo feridos ao não se conceder postumamente o divórcio, com seus devidos efeitos retroativos.

De tal sorte, o divórcio *post mortem* revela-se essencial para a garantia dos direitos pessoais do cônjuge que não mais quer vincular-se à imagem de seu ex afeto, por isso, a extinção da ação de divórcio sem resolução do mérito quando do superveniente falecimento de qualquer das partes ameaçaria o direito mais caro à personalidade, qual seja a dignidade da pessoa humana e a sua honra.

Para elucidar tal risco, me dou a liberdade de fazer uma abstração e narrar uma hipotética situação na qual o cônjuge é traído e decide dar cabo à sociedade conjugal por meio da propositura da ação de divórcio, e após alguns meses de tramitação do processo, o cônjuge-réu falece, sem que seja julgado o pedido de divórcio pleiteado pelo autor. Sabe-se que naturalmente com o falecimento ocorreria a imediata alteração do estado civil do cônjuge-autor de casado para viúvo. Ora, não era da sua vontade estar vinculado a alguém que, em vida, lhe causou enorme sofrimento proveniente de uma traição, de modo que injusta seria a

⁵⁰ ALTOE, Bruna Agostinho Barbosa; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A manifestação dos direitos da personalidade pelo prisma do divórcio unilateral: do exercício potestativo judicial ao “divórcio impositivo” (extrajudicial)**. Revista Direitos Culturais, v. 17, n. 42, p. 37-54, 15 set. 2022

não concessão tardia do divórcio, retrocedendo os seus efeitos para a data da propositura da ação.

A Constituição da República Federativa do Brasil foi, inclusive, cristalina ao dispor que um dos fundamentos caros ao ordenamento pátrio é a dignidade da pessoa humana, em seu inciso III do art. 1º. Assim, resta evidente que a concessão do divórcio *post mortem* tem o condão de alcançar um dos deveres básicos da Carta Magna, afastando ameaças à dignidade da pessoa humana.

5.6 Efeitos processuais

De maneira breve, necessário é o destaque de que o falecimento de um dos cônjuges no curso da ação de divórcio tem ainda seus efeitos processuais: a sucessão do autor pelos seus herdeiros legais, que não a figura do cônjuge sobrevivente, pois a decretação do divórcio *post mortem* implica no montante a ser considerado na herança a ser partilhada, além dos efeitos pessoais à honra e dignidade do *de cuius*. Por isto, é essencial que a ação seja sucedida pelos herdeiros, para que possam dar impulso ao feito para que o magistrado conceda o divórcio póstumo, eis que a vontade foi manifestada na propositura da ação.

5.7 Efeitos patrimoniais ou sucessórios

Antes de se adentrar aos efeitos patrimoniais na hipótese da concessão do divórcio *post mortem*, é indispensável pontuar os efeitos intrínsecos ao divórcio em cada um dos regimes de bens mencionados no capítulo 3, para depois analisar detidamente os efeitos sucessórios na hipótese de falecimento de uma pessoa e, ao final, constatar quais efeitos provém do falecimento do cônjuge no curso da ação de divórcio com a sua decretação póstuma.

Quando um cônjuge casado sob o regime da separação total de bens se divorcia, cada qual retira o montante do patrimônio pertencente a si, dissolvendo a sociedade conjugal sem haver uma partilha dos bens, eis que os bens de cada um dos consortes são comunicáveis. Já na comunhão parcial de bens, cada cônjuge leva consigo os bens recebidos antes da contração de casamento, que são de titularidade particular de cada um, e são divididos pela metade os bens havidos após a contração do matrimônio, assim como na participação final dos aquestos, já que tem caráter híbrido – separação total de bens durante o casamento e comunhão parcial de bens para a divisão. Por sua vez, no regime da comunhão total de bens, todos os bens dos

cônjuges, adquiridos antes ou depois do casamento integram o patrimônio a ser dividido pela metade.

Com relação a sucessão mortis causa, Rolf Madaleno aduz que

Morta uma pessoa, o conjunto de seus direitos e de suas obrigações precisa ser transmitido a uma ou mais pessoas, que são seus herdeiros e, por terem sobrevivido ao falecido, tomam o lugar do morto na titularidade das relações jurídicas dos direitos e das obrigações materiais que ele deixou como herança proveniente da finitude de sua existência.

É o conjunto das relações jurídicas do defunto que passa para seus herdeiros, formando um todo ideal, uma *universitas iuris*, que significa um complexo de coisas, direitos e obrigações, todos eles concebidos como um objeto único e que justifica a sucessão do ativo e do passivo deixados pelo falecido, recordando, inclusive, que, antigamente, a responsabilidade dos herdeiros abrangia a assunção ilimitada do seu passivo, que se tornava, pela transmissão hereditária, uma dívida pessoal dos herdeiros.⁵¹

Nessa toada, a partir do falecimento de alguém, imediatamente se abre a sucessão legítima, a qual, por força do art. 1.829 do CC, é deferida primeiro aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente – exceto se o casamento for regido pela comunhão universal de bens, em que primeiro os bens são meados e o restante é dividido aos herdeiros legais (que não o cônjuge) ou na separação obrigatória de bens. E, na hipótese de inexistência de descendentes, sucedem os ascendentes em concorrência ao cônjuge, ou na hipótese de inexistência de ascendentes vivos, aos cônjuges sobreviventes ou, por fim, aos colaterais.

Estabelece, ainda, o art. 1.845 do CC que o cônjuge é herdeiro necessário ao lado dos descendentes e ascendentes. Assim, metade dos bens que constituem a herança devem ser deixados aos herdeiros necessários, que constituem a legítima, nos termos do art. 1.846 do CC.

Resta evidente que na circunstância da concessão do divórcio *post mortem* se aplicam as mesmas regras da concessão do divórcio em vida, em que os bens são divididos nas mesmas condições dispostas nos parágrafos anteriores, de modo que o cônjuge sobrevivente divorciado postumamente não concorrerá com os demais herdeiros necessários, eis que ao tempo do falecimento do autor já havia manifestação da vontade de qualquer um dos consortes de divorciar-se. Com outras palavras, não há sucessão nesta forma de ruptura da sociedade conjugal.

⁵¹ MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. 2nd ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. p.255. ISBN 9788530990558. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530990558/>. Acesso em: 20 out. 2024.

5.8 Análise acerca da possibilidade do divórcio póstumo extrajudicial

O divórcio extrajudicial foi estabelecido pela lei n. 11.441 de 4 de janeiro de 2007, cujo objetivo foi alterar dispositivos do Código de Processo Civil, para possibilitar a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual pela via administrativa. Assim, passou a constar no art. 1.124-A que o divórcio pode ser realizado por escritura pública, contendo a descrição de todos os bens comuns e a disposição acerca da partilha de tais bens, além das disposições sobre eventual pensão alimentícia e o acordo de manutenção do nome de casado ou retomada ao nome de solteiro.

A extrajudicialidade implica dizer que não há necessidade de homologação do divórcio perante o Poder Judiciário, sendo a escritura pública título hábil para registro civil e registro de imóveis. Apenas se mostra imprescindível a presença do advogado das partes, cuja assinatura e qualificação devem constar no ato notarial. Veja como restou disciplinado o referido diploma:

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Conquanto haja previsão expressa de que somente o divórcio consensual pode ser feito pela via administrativa, já existem diversos questionamentos na doutrina no que concerne a possibilidade de se formalizar referido instituto pela via administrativa sem a necessidade da consensualidade.

Uma das juristas que, com maestria, escreveu sobre o divórcio unilateral extrajudicial foi a Doutoranda em Ciências Jurídicas com ênfase em Direitos da Personalidade pela UNICESUMAR, Bruna Agostinho Barbosa Altoe, sob orientações do Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira,

Tamanha é a **importância do exercício da autonomia da vontade como exercício da personalidade que o divórcio deve ser entendido como potestativo, não se submetendo ao domínio de qualquer outra pessoa a não ser o próprio titular da liberdade afetiva**. Nesse aspecto, em razão do valor essencial que a escolha representa, é possível dizer que se a vontade foi exercida em vida, mas o manifestante venha a falecer antes do fim do procedimento, deve-se operar o chamado divórcio *post-mortem*.

Reconhecendo essa particular importância o cenário nacional, que já reconhecia o divórcio potestativo no contexto judicial, passou a reclamar pela necessidade de que essa liberdade essencial fosse também exercida extrajudicialmente. Caso exista algum litígio extra a ser ponderado – como aspectos patrimoniais – isso poderia ser discutido em juízo pela ação de partilha, mas o divórcio em si, rompendo a sociedade conjugal, poderia ser realizado sem maiores dificuldades diretamente no registro civil. Esse raciocínio faz com que alguns até apelidem o divórcio *impositivo* (extrajudicial) de “divórcio do amanhã”.

Surgido no plano positivo nacional a partir do Provimento n. 6/2019, do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ/PE), **o instituto em questão buscava uma consecução prática mais acentuada do exercício unilateral do divórcio, por meio do uso do direito potestativo, permitindo-se que o rompimento da sociedade conjugal se desse no plano extrajudicial** (como já autorizado pela EC 66), **ainda que sem a concordância do outro nubente, desde que não se tratassem de outras questões** (como a partilha) e desde que não existissem incapazes envolvidos.

A Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Pernambuco, responsável por regulamentar a atuação do foro extrajudicial naquela unidade da federação, **editou o mencionado Provimento nº. 06/2019 criando o que se denominou de “Divórcio Impositivo”, caracterizado pela possibilidade de que, por meio de um ato unilateral derivado da autonomia da vontade de um dos cônjuges, no exercício do seu direito potestativo, na ausência de filhos incapazes e na falta da anuência do outro cônjuge, requeira diretamente perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais a averbação de seu divórcio, à margem do respectivo assento de casamento**.

A partir de então, o cônjuge não anuente será notificado (pessoalmente ou por edital) sobre a intenção do outro. Reproduzindo a medida, a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Maranhão editou norma semelhante.

A inovação promovida pelo mencionado provimento reside no fato de que **atualmente, embora entendido como direito potestativo, o divórcio só pode assumir a feição extrajudicial quando haja consensualidade, não se admitido, ao menos em termos formais, um divórcio puramente unilateral no plano extrajudicial**, mesmo quando presentes maiores e capazes apenas e mesmo quando não haja outras questões litigiosas para além do divórcio em si. Havendo discordância de um dos cônjuges, a unilateralidade do divórcio será exercida no plano judicial, o que, na prática, indica que o direito potestativo ainda é preservado, mas pressupondo o uso dos entraves judiciais.

O provimento em questão, todavia, teve sua eficácia sobrestada. No final do mês de maio de 2019, o Corregedor-Geral do Conselho Nacional de Justiça decidiu suspender os provimentos estaduais, recomendando que novas normas administrativas no mesmo sentido não voltem a ser editadas pelos tribunais estaduais. O ministro Humberto Martins encontrou dois empecilhos sobre a questão do divórcio impositivo: o primeiro deles, de ordem processual, diz respeito à falta de consenso entre os cônjuges, o que faz com que seja imprescindível a prolação de uma sentença pelo Poder Judiciário, tirando a questão do âmbito extrajudicial.

[...]

O outro óbice, do ponto de vista material, encontrado pelo ministro seria a falta de padronização da questão em âmbito nacional, pois se tratam de normas editadas por tribunais estaduais. Como derivação prolatada no mencionado Pedido de Providências²⁸, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação 36/2019, aderida pelos Tribunais de Justiça, com a previsão de seu primeiro artigo nos seguintes termos⁵²

(grifos meus)

Conforme perfeitamente explicado pela Dra. Bruna Altoe, o exercício da autonomia da vontade no contexto do divórcio é fundamental para garantir a liberdade afetiva e a dignidade individual, consolidando o divórcio como um direito potestativo que não deve depender de terceiros. A possibilidade de o divórcio *post mortem* assegurar a manifestação de vontade expressa em vida demonstra um avanço importante no Direito de Família brasileiro. No entanto, a tentativa de ampliar essa autonomia para o âmbito extrajudicial, como no caso do divórcio impositivo, enfrentou barreiras tanto processuais quanto materiais.

Nos termos da Dra. Bruna, embora os provimentos estaduais buscassem facilitar o acesso ao divórcio de forma unilateral, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) suspendeu essas normas devido à falta de padronização nacional e ao entendimento de que o consenso é indispensável para a ruptura extrajudicial. A suspensão evidencia a necessidade de ajustes legislativos para que o direito potestativo seja plenamente exercido sem a imposição de entraves judiciais, resguardando tanto a liberdade dos cônjuges quanto a segurança jurídica. Assim, o caminho para um divórcio verdadeiramente alinhado aos princípios de autonomia e intervenção mínima ainda depende da harmonização normativa e de maior maturidade nas práticas extrajudiciais.

A partir da precisa análise da Doutora Bruna Altoe, despontou-se enorme vontade de buscar analisar a possibilidade da formalização do divórcio póstumo pela via extrajudicial. Isso porque, ao que tudo indica, por se tratar o divórcio de verdadeiro direito potestativo, não se vislumbraria quaisquer empecilhos para a concessão póstuma, mesmo que inexistia ação judicial que pretenda o divórcio.

Os requisitos apontados pelo STJ parecem levar em consideração muito mais o marco temporal da manifestação da vontade do que a necessidade de ter sido feita em juízo, sendo essencial que (i) a vontade seja expressa por pessoa competente para o pleito (art. 1.582 do CC), (ii) quando ambos estejam em vida, de modo que pouco importaria se foi expresso em juízo ou não.

Conclui-se pela necessidade de análise pormenorizada do legislador acerca da possibilidade da formalização extrajudicial do divórcio *post mortem*, eis que por força do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, o divórcio tem natureza de direito potestativo, cuja manifestação da vontade pode ser unilateral. Nesta circunstância, contudo, deveria prezar-se pela demonstração cabal nas vias administrativas de que a vontade de encerrar o casamento houvesse sido feita quando ambos em vida.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo aprofundou-se na análise do divórcio *post mortem* no contexto do Direito Civil brasileiro, observando os seus impactos nos direitos patrimoniais e sucessórios, bem como a sua compatibilidade com o sistema jurídico e os princípios constitucionais. Esse instituto surge como uma resposta às demandas sociais contemporâneas, em que a dissolução dos vínculos conjugais transcende a morte, rompendo com antigas noções de indissolubilidade matrimonial que prevaleciam no ordenamento jurídico nacional.

Historicamente no Brasil, o casamento foi considerado um vínculo indissolúvel que somente se encerrava com a morte. No entanto, com a secularização do Direito e o avanço das normativas constitucionais, especialmente com a Emenda Constitucional 66/2010, o direito potestativo ao divórcio foi fortalecido, permitindo que a vontade individual se sobreponha ao direito do outro consorte. Esse direito é exercido de maneira unilateral, dispensando justificativas de culpa ou prazos de separação e garante que qualquer dos cônjuges possa requerer o divórcio, independentemente do consentimento do outro.

Nesse contexto, o divórcio *post mortem* representa um passo natural e necessário para garantir a plena eficácia da manifestação de vontade dos cônjuges em vida. Como demonstrado, os tribunais brasileiros, especialmente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), têm reconhecido a validade desse instituto em casos em que a vontade de dissolução conjugal foi claramente expressa antes do falecimento de um dos cônjuges. Essa evolução jurisprudencial atende aos princípios constitucionais de autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana, ao assegurar que o desejo de um indivíduo em vida, no sentido de pôr fim ao vínculo conjugal, prevaleça mesmo após a sua morte.

Um dos principais desafios trazidos pelo divórcio *post mortem* reside nos seus efeitos patrimoniais e sucessórios. A decretação do divórcio após o falecimento de um dos cônjuges afeta diretamente a condição do sobrevivente, que, em vez de ser considerado herdeiro, vê seus direitos sucessórios modificados. Essa mudança é crucial para evitar que o cônjuge sobrevivente obtenha vantagens indevidas, especialmente em situações em que a relação afetiva e matrimonial já estava extinta de fato.

Os efeitos patrimoniais são, sem dúvida, o ponto mais sensível dessa modalidade de divórcio. O STJ tem consolidado o entendimento de que, em casos em que já havia uma separação de fato ou o litígio judicial pelo divórcio, a partilha de bens deve ocorrer de acordo com os parâmetros estabelecidos para casais divorciados, e não como se o cônjuge sobrevivente fosse herdeiro do *de cujus*. Isso resguarda a integridade da vontade do falecido e assegura que os herdeiros legítimos, descendentes ou ascendentes, recebam sua justa parcela dos bens.

Além dos aspectos patrimoniais, este trabalho também explorou os efeitos processuais e pessoais do divórcio *post mortem*. O caráter personalíssimo da ação de divórcio, embora protegido pelo Código Civil, foi reinterpretado pela jurisprudência à luz do princípio da autonomia privada, permitindo que o processo de dissolução conjugal continue, mesmo após a morte de uma das partes, desde que a vontade do falecido tenha sido claramente manifestada. Essa flexibilização das normas processuais reflete a adaptação do Direito às mudanças sociais e familiares, garantindo que a justiça seja feita de forma a respeitar o desejo de dissolução manifestado em vida.

Outro ponto analisado foi a possibilidade de formalização extrajudicial do divórcio *post mortem*, uma alternativa que poderia trazer celeridade e eficiência ao procedimento de dissolução. No entanto, tal proposta ainda carece de maior amadurecimento legislativo e jurisprudencial, uma vez que envolve não apenas questões formais, mas também de segurança jurídica, especialmente quando se trata de patrimônio e sucessão.

A evolução do instituto do divórcio, culminando no reconhecimento do divórcio *post mortem*, representa uma mudança paradigmática no Direito de Família brasileiro. O avanço desse instituto é uma resposta à pluralidade das novas configurações familiares e às demandas sociais por maior autonomia na vida privada, frente às transformações nas relações conjugais. A decretação de um divórcio após o falecimento de um cônjuge não é apenas uma questão jurídica, mas uma medida de justiça, que visa honrar a vontade daqueles que, em vida, não mais desejavam manter o vínculo matrimonial.

Por fim, conclui-se que o divórcio *post mortem*, ao ser devidamente regulamentado e consolidado, serve não apenas como uma proteção patrimonial, mas também como um resguardo da dignidade e da autonomia das partes envolvidas. A sua aplicação prática, ainda que recente, sempre com o intuito de garantir que a justiça seja feita, mesmo após a morte de

um dos cônjuges. A continuidade desse debate no âmbito legislativo e judicial é fundamental para garantir que o Direito brasileiro evolua de forma coerente e equilibrada, respeitando tanto a autonomia privada quanto os direitos patrimoniais e sucessórios dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Fontes do direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

BRASIL. Lei n.º 12.376, de 30 de dezembro de 2010, que alterou dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em 20/10/2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família e Afetividade no Século XXI**. Revista Consulex, Brasília-DF, Ano XVI, n.º 378, p. 28-29, Artigo publicado na Revista Consulex n.º. 378, de 15 de outubro de 2012. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/859/O+princípio+da+afetividade+no+Direito+de+Família+>.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559648511, Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530983062. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/>. Acesso em: 15 set. 2024.

ORCESI DA COSTA, Carlos Celso. **Tratado do Casamento e do Divórcio**, São Paulo, Saraiva, 1987, vols. 1º.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647132. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647132/>. Acesso em: 25 set. 2024.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Família e Sucessões**. v.5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774715. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774715/>. Acesso em: 25 set. 2024.

DINIZ, Maria H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788553621453. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621453/>. Acesso em: 26 set. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. v.V. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559643417. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643417/>. Acesso em: 02 out. 2024.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v.6. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786553628359. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628359/>. Acesso em: 27 set. 2024.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina B. **Fundamentos do Direito Civil - Vol. 6 - Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9788530994532. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994532/>. Acesso em: 03 out. 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo Divórcio**. São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

REsp n. 2.154.062/RJ, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/8/2024, DJe de 30/8/2024.

STJ. **Vocabulário Jurídico**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/servlet/ThesMain?action=consultar&pesquisa=DIREITO+POTESTATIVO>. Acesso em: 8 out. 2024.

TEPEDINO, Gustavo. TEPEDINO, G. Abuso do direito potestativo. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 25, n. 03, p. 13, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/650>. Acesso em: 8 out. 2024.

LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. **Direito potestativo**. Rio Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Apelação Cível n. 5054067-56.2016.8.13.0024, Desembargador Relator Osvaldo Oliveira Araújo Firmo, 7ª Câmara Cível do TJMG, julgado em 29/05/2018, DJe de 05/06/2018.

FEDATO, Daniela Rosa Pereira Motta. **Artigo: Divórcio post mortem e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro**. Rota Jurídica. publicado em 19/09/2023.

REsp n. 2.022.649/MA, Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 16/5/2024, DJe de 21/5/2024.

ANUNCIAÇÃO, Débora. **Conheça os 10 novos Enunciados do IBDFAM; diretrizes foram apresentadas no primeiro dia do evento**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11266/Conhe%C3%A7a+os+10+novos+Enunciados+do+IBDFAM%3B+diretrizes+foram+apresentadas+no+primeiro+dia+do+evento>. Acesso em 18/10/2024. Publicado em 25/10/2023.

EHRARDT, Marcos; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Enunciados doutrinários do IBDFAM - 2022/2023** [livro eletrônico] / coordenação Marcos Ehrhardt Junior; prefácio Rodrigo da Cunha Pereira. - 1. ed. - Belo Horizonte, MG: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2022. Disponível em: https://ibdfam.org.br/upload/ebook/ebook_enunciados.pdf

ASSIS, Vivian Santos 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. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2024.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 out. 2024.

ALTOE, Bruna Agostinho Barbosa; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A manifestação dos direitos da personalidade pelo prisma do divórcio unilateral: do exercício potestativo judicial ao “divórcio impositivo” (extrajudicial)**. Revista Direitos Culturais, v. 17, n. 42, p. 37-54, 15 set. 2022

BRASIL. Lei n. 11.441 de 4 de janeiro de 2007, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em: 20/10/2024.

Referências complementares

SANTANA, Eder Fernandes; VIEIRA, Luana Roussin Brasil. **O divórcio *post mortem*: uma análise da jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. 20 anos do Código Civil: diálogo da doutrina com a jurisprudência do TJMG. EJEF. Biblioteca digital do TJMG. p. 677 a 690

JÚNIOR. Alier Baptista Freire; BATISTA, Lorraine Andrade. **Divórcio *post mortem* como efetivação de um direito potestativo**. Revista Vox, n. 12, p. 48-64. 2021. ISSN 2359-5183

OLIVEIRA. Nayla Leite Barreto de; PIRES, Fernanda Ivo. **A decretação do divórcio *post mortem* e os reflexos sucessórios**. Revista Seara Jurídica, v.1, n.20, 2022.

MADALENO, Rolf. **O fim da legítima**. Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 16. jul.-ago. 2016.