

DIVÓRCIO POTS MORTEM E OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA NAS AÇÕES JUDICIAIS

POST-MORTEM DIVORCE AND THE LIMIT OF PRIVATE AUTONOMY IN LAWSUITS

Nicolle Borges D'avila¹

Resumo: O casamento é um contrato entre as partes que para ocorrer, basta a livre manifestação de vontade. O divórcio, atualmente, ocorre no mesmo viés, isto é, basta que uma ou ambas as partes manifestem o seu desejo em divorciar-se. A morte é um instituto que extingue o casamento e que permite ao cônjuge supérstite, a realização de novas núpcias. No entanto, pela interpretação literal da legislação processual, quando um consorte já ingressou com ação judicial para o seu divórcio e vem a falecer no curso da demanda, a ação deverá ser extinta sem a resolução do mérito. Por conta disso, ao consorte sobrevivente, se dará o status de viúvo e não divorciado. Entretanto, por ser o divórcio um direito potestativo, não deveria caber a extinção do feito sem resolução do mérito, mas sim, o julgamento da demanda, com a concessão do divórcio, mesmo após a morte de um dos consortes. O Código Civil precisa ser atualizado neste ponto e os operadores do direito precisam refletir acerca deste tema.

Palavras-chaves: Divórcio. Divórcio após a morte. Direito Potestativo. Divórcio Liminar.

Abstract: Marriage is a contract between the parties that, in order to occur, the free expression of will is enough. Now a days, divorce occurs in the same way, that is, it is enough for one or both parties to express their desire to divorce. Death is an institute that extinguishes the marriage and that allows the surviving spouse to perform new marriage. However, by the literal interpretation of the procedural legislation, when a spouse has already filed a lawsuit for his divorce and dies in the course of the demand, the action must be extinguished without resolution of the merits. Because of this, the surviving spouse will be given the status of a widower in instead of divorced. However as the divorce is an uncontroversial right, it should not be possible to extinguish the act without resolving the merits, but rather, the judgment of the demand, with the granting of divorce, even after the death of one of the consortes. The Civil Code needs to be updated at this point and law operators need to reflect on this topic.

Keywords: Divorce. Divorce after death. Potestative Right. Injunction Divorce.

INTRODUÇÃO

O casamento se trata se um ato solene que, em virtude de alguma circunstância futura, será dissolvido e terá o seu vínculo rompido. O divórcio é uma das hipóteses dessa dissolução

¹ Advogada inscrita na OAB/RS 121.904, formada pelas Faculdade Integradas São Judas Tadeu, pós-graduada em Direito de Família e Sucessões.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

e desde 2010, tornou-se um direito potestativo, isto é, não admitindo maiores discussões, produção de provas e sequer, a oposição por parte do outro cônjuge.

Por conta da sua força como um direito irrefutável à parte que o pleiteia, sobreveio a discussão acerca do divórcio *post mortem*, o qual seria, em breve síntese, a possibilidade de conceder o divórcio após a morte de determinado cônjuge, quando este já houvesse manifestado a sua vontade em se divorciar em juízo.

Por haver uma carência de discussão sobre este assunto, de impacto significativo para o direito, é que o seu estudo se torna ainda mais necessário, pois será capaz de se obter maior perceptibilidade sobre o tema e incentivar reflexões e outras pesquisas acadêmicas.

Em regra, quando uma ação de divórcio encontra-se em trâmite e um dos cônjuges vem a falecer, a ação é extinta e o status do cônjuge sobrevivente transforma-se em viúvo. Mas a questão a ser aqui levantada neste estudo é: não deveria prevalecer a vontade do morto? É justo que a ação seja extinta e deixe de ser concedido o divórcio já pleiteado pela parte quando em vida? Extinguir a ação de divórcio, sem o julgamento do mérito, não seria afrontar os limites da vontade do indivíduo?

Em face de tais questionamentos, verifica-se que se faz imperioso um debate acadêmico acerca do tema, possibilitando que assim, haja segurança jurídica para os operadores do direito, que deverão ser esclarecidos sobre o assunto e conhecer as bases legais, jurisprudenciais e doutrinárias para aplicação deste instituto na prática.

1 HIPÓTESES DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

A codificação civil atual, representada pela Lei 10.406/02, à luz do art. 1.571, assevera que a sociedade conjugal termina em razão da morte de um dos cônjuges, em virtude de nulidade ou anulabilidade do casamento, pela separação judicial ou ainda, pelo divórcio.

O término da sociedade conjugal em razão de nulidade ou anulabilidade do casamento é a medida que se impõe, diante da previsão das causas de invalidade do casamento, previstas nos artigos 1.548 e 1.550 do Código Civil (CC/02). Inclusive, a possibilidade de decretar o fim do casamento por nulidade ou anulação, causará a desconstituição da união e os seus efeitos poderão retroagir a data do casamento, salvo em relação aos filhos advindos da relação, se contraída de boa-fé, a teor do art. 1.561 do CC.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

O parágrafo 1º do art. 1.571 do Código Civil, por sua vez, destaca que o casamento válido, isto é, aquele que não está impedido em virtude do art. 1.548, só poderá ser dissolvido pela morte ou pelo divórcio, abrangendo aqui a presunção de morte quanto ao ausente.

Destarte, a morte poderá se ser tanto real quanto presumida, sendo a primeira hipótese quando o falecimento ocorreu em virtude de morte encefálica, a qual é verificada através da identificação do cadáver e o atestado pela certidão de óbito (ROSA; 2021, p. 25). Por sua vez, a morte presumida trata-se daquela em que não há a presença do cadáver, podendo ser decretada com ou sem a declaração de ausência. A primeira hipótese, encontra-se prevista no art. 7º do Código Civil, enquanto a segunda, encontra-se legislada pelo artigo 22 e seguintes do CC/02.

Seja diante da morte real ou presumida, ao cônjuge sobrevivente lhe é permitido que contraia novas núpcias, eis que além de dissolvida a sociedade conjugal, a morte extingue o vínculo entre os cônjuges, passando o supérstite ao então status de viúvo. Entretanto, o que se pretende aqui estudar é primordialmente a morte como encerramento do casamento, quando esta ocorrer após a abertura da ação de divórcio, isto é, quando um ou ambos os cônjuges já houverem manifestado a sua vontade perante um juízo.

2 A SEPARAÇÃO E A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

É interessante relembrar que a construção do Código Civil ocorreu ao longo de duas décadas, para então entrar em vigor no ano de 2002. Até a sua promulgação, vigia a Lei 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio, a qual regulamentava as possibilidades e procedimentos para a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, exigindo inclusive, que para a decretação do divórcio, era necessária a separação por determinado período, para somente após, ser concedido o divórcio. Como primeira alternativa, a legislação determinava que o cônjuge deveria manifestar, em juízo, a sua vontade de se divorciar e aguardar o prazo de 2 anos para a decretação do divórcio. Neste período de dois anos, os consortes se encontrariam com o status de “separados judicialmente”. De forma alternativa, poderiam os cônjuges comprovar que já estavam separados de fato há mais de 2 (dois) anos e assim, ao ingressarem com a ação de divórcio, lhes seria concedido o pedido. Verifica-se que a luz da legislação pretérita, era necessário primeiro ocorrer a separação dos cônjuges, para somente após, lhes ser concedido o divórcio. A ideia, evidentemente, era de forçar a manutenção da sociedade conjugal e a indissolubilidade da família.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

A Constituição Federal, ao ser promulgada em 1988, igualmente manteve o entendimento de que o casamento civil somente poderia ser dissolvido pelo divórcio “após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos” (Constituição Federal, art. 226, §6º).

Nesta seara, considerando a possibilidade de primeiro separar-se, para depois divorciar-se, os artigos subsequentes ao 1.571 do CC/02, carregaram a mesma ideologia da Lei do Divórcio e da Carta Magna, ou seja, o §1º do art. 1.572, por exemplo, exigia que os cônjuges demonstrassem a prova da ruptura da vida comum há mais de um ano e a sua impossibilidade de reconstituição, para que então lhes pudesse ser concedida a separação judicial. Por sua vez, o art. 1.574 previa a possibilidade da separação judicial consensual, mas desde que os consortes fossem casados há mais de um ano e manifestassem a sua vontade de separar-se perante o juiz.

Neste sentido, em 2010, restou estabelecida a Emenda Constitucional 66, cuja redação alterou o §6º do art. 226 da Constituição Federal, passando a determinar o chamado “divórcio direto”, ou seja, ao invés de conter em sua redação, a exigência pela separação anterior ao divórcio, o §6º do art. 226 da Constituição Federal passou apenas a constar como “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Assim, se tornou possível dissolver o casamento pelo divórcio, sem a necessidade de provar anteriormente a separação de fato ou judicial. Em sendo extinta a necessidade de prova da separação, igualmente se viu abolida a obrigação dos cônjuges em provar a impossibilidade da continuidade da vida em comum, ou ainda, a culpa de um dos cônjuges, como motivo do término do casamento. Neste mesmo entendimento, foi proferido o Enunciado 01 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), asseverando que “A Emenda Constitucional 66/2010, ao extinguir o instituto da separação judicial, afastou a perquirição da culpa na dissolução do casamento e na quantificação dos alimentos”.

Neste viés, com a referida Emenda, o divórcio se tornou um direito potestativo, isto é, restou definido que o único requisito para a concessão do divórcio é a vontade das partes, não cabendo ao Estado investigar a razão da dissolução e não havendo sequer, contestação oponível, capaz de indeferir o pedido de divórcio. Parece-nos então, que a Emenda 66/2010 surgiu para fazer jus ao art. 1.513 do Código Civil, cujo teor prevê a vedação a qualquer pessoa, seja de direito público ou privado, em interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Não obstante, sobreveio o Enunciado 514 das Jornadas de Direito Civil, o qual asseverou que “A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”, ou seja, ainda que possibilitado o divórcio direto, também se manteve viável a escolha pela separação judicial ou extrajudicial, cujos efeitos são diversos. Importante lembrar que a separação judicial é uma das causas da dissolução do casamento e permite que, com a sua decretação, os cônjuges estejam desobrigados dos deveres do casamento, encerrando-se inclusive, o regime de bens, tal como prevê o Enunciado 02 do IBDFAM ao mencionar que “A separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre cônjuges e entre companheiros”.

Separar-se de forma judicial ou extrajudicial, exclui os deveres do casamento, mas não permite que a pessoa separada, se case novamente. Em que pese as demais hipóteses de dissolução da sociedade e vínculo conjugal, a separação é a única que não extingue o vínculo conjugal, eis que, enquanto no divórcio e na morte, o cônjuge divorciado ou sobrevivente poderá casar-se novamente, o mesmo não ocorre na separação. O cônjuge separado para casar-se novamente, precisa primeiro se divorciar, eis que o art. 1.521 do CC/02 é expresso em afirmar que não podem se casar, as pessoas casadas (inc. VI), sob pena de ser um casamento nulo, a teor do art. 1.548, I do CC/02.

Imperioso que sobre este tema, faça-se uma ressalva: o indivíduo separado judicialmente não poderá se casar novamente com outra pessoa, mas poderá reestabelecer o vínculo com o cônjuge que se separou. Isto significa dizer, que a pessoa que se separou, mesmo que judicialmente, poderá retornar ao *status quo ante* e voltar a ser casada com o seu mesmo consorte. Inclusive, a teor do art. 1.577 do Código Civil, é lícito aos cônjuges separados, o reestabelecimento da sociedade conjugal, com simples requerimento judicial, enquanto tal possibilidade não existe no divórcio, eis que neste caso, querendo os cônjuges divorciados reestabelecerem a sua união, deverão casar-se novamente, cumprindo todos os requisitos de habilitação e celebração do casamento.

Apesar de ainda vigor a possibilidade de se separar-se judicialmente, tal instituto perdeu força com o passar dos anos, mas ainda poderá ser uma possibilidade a ser adotada pelas partes, tal como foi determinado pela Quarta Turma do STJ, no julgamento de Recurso Especial julgado em 2017, cuja decisão previu que A Emenda Constitucional de 66/2010 “não aboliu a

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

figura da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas facilitou aos cônjuges o exercício pleno de sua autonomia privada”.

Neste viés, tendo a Emenda Constitucional nº 66/2010 favorecido a realização do divórcio direto, pelo simples desejo da parte, resta analisarmos como o divórcio passou a ser visto desde então e quais as foram os efeitos que a mudança constitucional gerou para o Direito de Família.

3 O DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Como mencionado alhures, em 2010, tornou-se o divórcio um direito incontroverso. Antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, era possível a concessão do divórcio sem que houvesse partilha de bens, a teor da Súmula 197 do STJ, a qual previa que “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens”.

Evidente que, decretar o divórcio sem a partilha, acarreta uma consequente jurídica, denominada como uma “causa suspensiva” para o casamento, pois a teor do art. 1.523, III do CC/02, o divorciado, enquanto não obtiver a homologação ou a decisão da partilha de bens do seu casamento, não deverá se casar novamente. Observa-se que a determinação é de que este cônjuge divorciado não deva se casar, mas não que não o possa fazer. No entanto, cumulativamente, o art. 1.641, I do CC/02, impõe que se isto ocorrer, o novo casamento deverá ser feito pelo regime da separação de bens, justamente com o intuito de evitar maior confusões patrimoniais.

Mais uma vez então, nos deparamos com a dúvida de que, se há a possibilidade de divorciar-se independente de oposição do cônjuge e mesmo sem realizar partilha de bens, porque ainda assim, as ações de divórcio judiciais abertas são extintas e sentenciadas para decretar o divórcio, quando do falecimento de uma das partes?

4 A AÇÃO DE DIVÓRCIO E SUA EXTINÇÃO COM A MORTE DA PARTE

Em regra, dispõe o art. 485, IX do CPC, que o juiz não resolverá o mérito quando a parte morrer e a ação for considerada intransmissível por disposição legal.

É sabido, a teor do art. 1.582 do CC/02, que a lei assevera que o divórcio compete somente aos cônjuges e mesmo nas hipóteses de incapacidade da parte, caberia a sua representação através de curador, ascendente ou irmão. Frisa-se que a lei trata de representação

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

e não substituição da parte, sendo o curador, o ascendente ou o irmão, alguém que estaria pleiteando direito alheio (ROSA; 2022, p. 183).

Primeiramente, cabe observar que talvez, por um cochilo do legislador, deixou de se elencar os descendentes, como possíveis representantes do cônjuge incapaz, deixando o encargo apenas para ascendentes, irmãos ou curador. É necessário refletir que por uma ordem cronológica natural, os pais tendem a falecer primeiro do que os filhos. Portanto, se estamos tratando de uma pessoa incapaz, que busca se divorciar, parece-nos fazer mais sentido que sejam representados por seus filhos, do que por seus pais, ou quiçá irmãos.

Ademais, se as pessoas que poderão representar a parte incapaz somente poderão pleitear direito alheio, isto é, o divórcio do requerente, presume-se, pela lei, que com a morte da parte, haveria a perda do objeto da ação, impossibilitando que os seus herdeiros o substituíssem para dar prosseguimento ao feito e pleitear o divórcio.

Apesar disso, a ideia deste estudo é a de justamente analisarmos a situação por outro ângulo, levando em consideração o direito de uma pessoa capaz de manifestar a sua vontade, que já ingressou com a ação de divórcio e vem a falecer no curso da demanda, antes que fosse proferida a sentença de parcial ou total mérito, para conceder o divórcio.

Nesta circunstância, faria sentido possibilitar aos herdeiros que dessem continuidade a ação de divórcio *post mortem* e pleiteassem a decretação do divórcio, isto porque, independente da parte ré ter contestado o feito ou não, o direito ao divórcio é incontroverso e a sua concessão ou não, traz diversos efeitos tanto em direito sucessórios, quanto previdenciários, conforme será visto na sequência.

Imperioso registrar que com o ingresso da ação de divórcio, houve a manifestação inequívoca da parte em dissolver a união e extinguir o vínculo com o seu cônjuge. Porque não admitir que a sua sucessão dê seguimento a sua vontade, revelada em vida?

O IBDFAM, em consonância ao tema, proferiu o Enunciado 45, arguindo que “A ação de divórcio já ajuizada não deverá ser extinta sem resolução de mérito, em caso do falecimento de uma das partes”. Em harmonia a este enunciado, outras decisões caminham no mesmo sentido, inclusive de reconhecer de forma retroativa o divórcio de indivíduo que já havia ingressado com ação judicial de divórcio e falecido no curso da demanda. Os tribunais vêm observando e destacando que “[...] A morte do cônjuge no curso na ação não acarreta a perda

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

do objeto da ação se já manifesta a vontade dos cônjuges de se divorciarem, pendente apenas a homologação, em omissão do juízo” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2018).

O Tribunal de Justiça Paulista, igualmente apontou em decisão recente que a concessão do divórcio *post mortem* é uma hipótese constitucional de uma rara verdade jurídico-absoluta, observando que é uma “Particularidade que suprime a possibilidade de oposição de qualquer tese de defesa, salvo a inexistência do casamento, fato incogitável. Detalhe que excepciona, inclusive, a necessidade de contraditório formal” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2021).

Em consonância a isto, sobreveio ainda o Projeto de Lei nº 4.288/2021, em tramitação na Câmara dos Deputados, cujo teor objetiva o acréscimo do artigo 1.582-A, com a determinação de que “se iniciada a ação de divórcio antes da morte de um dos cônjuges, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo”. Em que pese ainda pareça ser um Projeto de Lei conciso acerca do assunto, aparenta por outro lado, ser um início de prospecção sobre a importância deste tema.

4.1 Ação dissolução do vínculo conjugal nas uniões estáveis

Faz-se necessário entender de forma extensiva também, a possibilidade de ser decretada a dissolução da união estável quando do falecimento de uma das partes, no curso da demanda, pois apesar de nada influenciar quanto ao status de viuvez ou solteiro, a decisão adotada igualmente modificará o direito de o companheiro supérstite ingressar ou não como herdeiro do falecido.

A dissolução da união estável, quando já iniciada em juízo, igualmente deverá ter o mérito julgado, e não a extinção do feito, tal como seria a previsão do art. 485, IX do CPC/15.

5 O DIVÓRCIO COMO CAUSA PARA JULGAMENTO PARCIAL DA DEMANDA

O artigo 356 do Código de Processo Civil (CPC), traz a possibilidade de que o juiz decida parcialmente o mérito do processo quando um dos pedidos requeridos seja incontroverso, ou ainda, a teor do artigo anterior, o qual prevê que o feito possa ser julgado imediatamente quando não houver a necessidade de produção de outras provas ou seja observada a revelia do réu.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Passando a ser o divórcio um direito unilateral, o qual independe de maiores dilações probatórias ou, quiçá, a controversa da parte contrária, não há razões para que se deixe de admitir que o divórcio seja julgado como causa parcial de mérito.

Como já mencionado, o divórcio por si só, não admite a possibilidade sequer de reconvenção. Evidente que, quanto a partilha, alimentos e demais disposições, é plenamente cabível a oitiva da parte contrária e até mesmo a produção de outras provas, mas a determinação pelo divórcio não o é.

Após a Emenda 66/2010, não há mais situação em que a parte ré possa impugnar, ou buscar imputar a culpa ao seu consorte. Desde então, não existe mais a possibilidade de um cônjuge “não dar o divórcio” a outrem.

Não parece razoável exigir que para o julgamento parcial do mérito para concessão do divórcio, sejam as partes obrigadas a tratar sobre a partilha de bens, uma vez que o próprio Código Civil manifesta em seu art. 1.581 que “O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”, em consonância com a Súmula 197, conforme já mencionado.

Mesmo que, com o julgamento parcial do mérito, houvesse eventual discussão sobre a concessão do divórcio, ainda assim, o Código Processual Civil oportuniza à parte que se sentir lesada, a interposição de recurso de Agravo de Instrumento, com fulcro no art. 1.015, II do CPC/15.

Na esteira deste entendimento, o IBDFAM proferiu o Enunciado 18, cuja redação destaca que “Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas”.

Se nos parece possível então, obter o julgamento parcial do mérito, para decretar o divórcio, por que não haveria a possibilidade de pleitear o divórcio em caráter liminar?

6 O DIVÓRCIO LIMINAR

Diante da mesma perspectiva de que uma pessoa pode casar-se por livre e espontânea vontade, o divórcio tornou-se um direito potestativo extintivo, no sentido de que as partes têm o direito de se divorciar com a simples sinalização da sua vontade, a qualquer tempo, sem mais esclarecimentos. O divórcio é um instrumento que encerra o vínculo e a sociedade conjugal,

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

mas os seus efeitos não ocorrem da data da decisão que o decreta, mas sim, do registro desta sentença ou escritura pública junto a certidão casamento do indivíduo (ROSA; 2022, p. 175).

Por sua vez, o Código de Processo Civil, especificamente em seu art. 311, transcreve que é possível a parte autora requerer a tutela de evidência, que será concedida mesmo em situações que não exista o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, diferenciando-se, portanto, da tutela de urgência. No entanto, a tutela de evidência só será concedida se, a teor do inc. IV do art. 311, a petição inicial for instruída com provas documentais que sejam suficientes para provar os fatos constitutivos do autor e ainda, que sejam provas das quais o réu não seja capaz de se opor ou gerar dúvida razoável.

Ao interpretar a norma, parece-nos que o divórcio se encaixa perfeitamente nesta situação, já que por ser um direito incontroverso, em tendo a parte autora pleiteado o divórcio em juízo, a parte ré não será capaz de trazer qualquer prova contrária que impeça a concessão do divórcio. Mesmo que se trate de cônjuge incapaz – o que poderia ser alegado pelo réu em defesa, como forma de tentar impedir a concessão do divórcio – o Código Civil já previu no parágrafo único do art. 1.582, a possibilidade de que o cônjuge incapaz poderá propor ação de divórcio por meio de seu curador, ascendente ou irmão. Aliás, inclusive já houve decisões neste mesmo sentido, de que mesmo quando da existência de um cônjuge interditado, que por sua vez, não seria capaz de exprimir a sua vontade, poderá fazê-la por meio de curador e ter o seu divórcio decretado (IBDFAM, 2022).

A doutrina ainda compreende que seria possível a decretação do divórcio em caráter liminar, por meio de tutela de urgência, nas hipóteses em que exista a intenção do cônjuge em celebrar novas núpcias (ROSA; 2022, p. 176), pois aguardar até a sentença, poderá gerar prejuízos a parte que pleiteia o divórcio liminarmente, visto que um processo poderá levar anos para ser concluído.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em situação análoga, já entendeu por acolher o pedido para decretação antecipada do divórcio, permitindo que quanto a partilha, o feito tomasse o seu devido prosseguimento, nada prejudicando a concessão liminar do divórcio (TJSP, 2020).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2021, igualmente se posicionou favorável a concessão do divórcio *post mortem*, momento em que o Ministro Antonio Carlos Ferreira destacou que uma vez requerida a dissolução do vínculo conjugal “que, aliás, foi objeto da

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

pretensão inaugural da autora, o outro cônjuge não pode se opor ou contestar, mas tão somente se sujeitar, pouco importando se existe qualquer discordância especificamente quanto ao pedido de divórcio” (STJ, 2021).

7 OS EFEITOS DA CONCESSÃO DO DIVÓRCIO *POST MORTEM*

Imaginemos uma situação em que o autor busca em juízo o divórcio litigioso contra a sua esposa, sem que haja bens comuns a partilhar. O autor, no entanto, possuía bens particulares, mas em virtude do regime de bens por eles adotados – neste caso hipotético, o regime supletivo legal (comunhão parcial) – os bens particulares não seriam comunicados a ré. Entretanto, no decorrer da demanda, antes de ser proferida decisão para decretação do divórcio, o autor vem a falecer.

Com o seu falecimento, será aberta a sua sucessão e, se a ação de divórcio for extinta, sem julgamento do mérito, a sua esposa passará a ser viúva e não divorciada. Na condição de viúva, a esposa do consorte falecido terá direito à sua herança, como sua herdeira legítima, no que tange aos bens particulares deixados pelo *de cujus*, o que não ocorreria se a ação de divórcio tivesse o seu mérito julgado e concedido o divórcio, pois ao invés de viúva, a ré seria divorciada e, portanto, não faria jus a herança.

Nesta situação hipotética, haveria interesse dos filhos do falecido de que a esposa de seu pai não ingressasse na partilha dos bens, sob a defesa de que, se o autor estivesse vivo até o momento da sentença, o divórcio teria sido decretado, independentemente de eventual oposição da ré. E a requerida, por sua vez, não teria herança a receber.

Aliás, mesmo que pensássemos em uma situação em que autor e réu estivessem em comum acordo com o divórcio e ingressassem em juízo para pleiteá-lo, mas, por infortúnio, um deles viesse a óbito, nós estaríamos – pela lei – diante de uma situação de extinção da ação sem julgamento do mérito, o que se seria ilógico, já que havia expressa vontade inequívoca das partes em se divorciar.

Ora, permitir a extinção da ação de divórcio já em curso, deixando de ser apreciado o mérito e aceitando que o cônjuge viúvo passe a ter direito a herança do consorte falecido – situação que não teria ocorrido se tivesse sido declarado divorciado – é também enriquecer a parte ilicitamente. O Código Civil, em seus artigos 884 e seguintes, afasta a possibilidade do

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

enriquecimento sem causa. E parece-nos que permitir que alguém receba um patrimônio a que não faria jus, se insere como uma situação de enriquecer-se sem justa causa.

Cabe ainda pontuar, que igualmente poderia a parte sobrevivente a ação de divórcio, por motivos de foro íntimo, ter o desejo de ter o seu status como divorciada e não viúva, motivo pelo qual deveria fazer jus a sentença com julgamento de mérito para decretação do divórcio e não a extinção da demanda.

Por conta de situações como estas é que os operadores do direito precisam refletir sobre a concessão do divórcio *post mortem* e precisamos estudar o caso, para que o Código Civil seja atualizado neste sentido.

7.1 Os efeitos do divórcio *post mortem* na esfera previdenciária

Além das situações já mencionadas, merece destaque as consequências da concessão (ou não) do divórcio após a morte do indivíduo para fins previdenciários, pois a pensão por morte é o benefício devido ao conjunto de dependentes do segurado, a teor do art. 74 da Lei 8.213/91. O conjunto de dependentes, por sua vez, vem elencado no art. 16 da mesma lei, enumerando no inciso I, o cônjuge como um dos titulares do direito a esta prestação.

Aliás, se à consorte sobrevivente caberá o título de “viúva” e não “divorciada”, o direito ao benefício de pensão por morte lhe será livremente concedido, pois bastará que junte à Previdência Social a certidão de casamento, hábil a provar a sua condição de consorte. A dependência econômica do cônjuge com o segurado é presumida pela lei e incontestável, dispensando maiores provas para a concessão do benefício.

Há quem possa defender que se o cônjuge já estivesse separado de fato do falecido, não faria jus a pensão por morte. Entretanto, tal premissa precisa ser visualizada à luz do caso concreto, pois se o cônjuge separado provar que dependia economicamente do de cujus, este fará jus ao benefício, tal como já foi decidido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4, 2021).

Diante do que foi apresentado, será então, que não estaríamos também diante de locupletamento indevido do consorte sobrevivente, perante os institutos previdenciários?

7.2 Efeitos das ações já transitadas em julgado

Evidente que, na hipótese de se reconhecer a concessão do divórcio *post mortem*, via legislação ou até mesmo diante do julgamos de temas de recursos repetitivos, admitir que o seu direito com efeito *ex tunc*, poderia causar prejuízos consideráveis as ações já transitadas em julgado. A concessão dos seus efeitos de forma retroativa, permitiria a reabertura de inúmeras ações de inventário, com o intuito de reaver partilhas feitas a cônjuges viúvos, que deveriam ter sido somente cônjuges divorciados, sem qualquer direito a herança.

Entende-se, pois, que o melhor caminho adotado, seria conceder tal entendimento às ações já em trâmite ou as abertas após o reconhecimento do divórcio *post mortem*.

8 DIVÓRCIO *POST MORTEM* E OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada é assunto que reverbera frequentemente nas ações de direito de família e também sucessórias, visto que por diversas vezes, tal instituto termina sendo motivo de violação, principalmente, quando diante de direito póstumos. Justamente por conta de tal circunstância, a temática precisa ser constantemente estudada em conjunto com novos assuntos que dia após dia surgem em debate para os operadores do direito, tal como é o caso da recente tese acerca da concessão do divórcio *post mortem*.

Para Antônio Amaral (2011) a autonomia privada é o “poder que o particular tem de criar, nos limites legais, normas jurídicas” e em que pese a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), não obtenha expressamente a previsão legal quanto a autonomia privada em si, tal instituto faz-se presumir através das demais proteções manifestas na Carta Magna, como o direito de liberdade (art. 5º, caput), o direito de herança (art. 5, XXX), o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV), o princípio da proteção da família, do casamento e da união estável (art. 226, caput, §1º a 4º), entre outros (CRFB, 1988).

Os direitos de personalidade são conhecidos mesmo às pessoas falecidas, conforme o parágrafo único do art. 12 do Código Civil, cuja previsão estipula que terão legitimidade para defender o morto os parentes em linha reta e colaterais até o quarto grau. Trata-se, pois, do princípio da dignidade da pessoa falecida.

A priori, o divórcio não se encontra elencado como um direito do morto, pois se trata de direito personalíssimo, no entanto, considerando que tal instituto é responsável por materializar

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

o direito de cada pessoa de promover o encerramento de uma comunidade de vida em comum, por motivos que não interessam a terceiros ou nem mesmo ao Estado (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2021), o divórcio deveria ser um direito póstumo, cabendo a sucessão dar-lhe seguimento.

Aliás, após a Emenda Constituição 66/2010, restou estabelecido que o único requisito para a concessão do divórcio é a vontade das partes. Assim, se há a manifestação das partes acerca da vontade em dissolver a união e, por infelicidade uma dessas vêm à óbito durante o período em que ainda não houve a homologação do divórcio, porque não se poderia admitir a continuidade da demanda, com a representação da sua sucessão?

Rodrigo da Cunha Pereira (2021), advogado e membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família, muito bem asseverou a tese de que “O divórcio *post mortem* é aquele que se dá mesmo após a morte dos cônjuges e produz efeitos retroativos ao do óbito” e que “a vontade do falecido deve ser respeitada. Sendo real a separação de fato, não existem razões para o status de viúvo do sobrevivente”.

Apesar de sobrevir o evento morte, isto não significa que a vontade do postulante em divorciar-se tenha sido alterada. Evidente que, com a morte, poderia se abrir uma discussão quanto a data exata do fim do vínculo entre as partes, entretanto, se houve a sua manifestação de vontade de dissolver a união, imperioso que a sentença assim decida, até mesmo porque, o divórcio trata-se de um direito potestativo desde a Emenda Constitucional 66/2010.

Imagina-se as diversas ações de divórcio que foram abertas durante o período de Pandemia por COVID-19 e, por conta do entendimento ainda precário, diante das milhões de mortes, as ações de divórcio foram extintas, ignorando severamente a vontade das partes em concretizar a dissolução da sua união.

E por conta de tais circunstâncias, permitir que seja dada continuidade a ações em curso, quando já manifesta a vontade das partes em assim proceder, parece ser o caminho mais adequado para que se preserve os princípios da autonomia privada, liberdade e dignidade da pessoa falecida, principalmente, considerando o divórcio como um direito incontroverso.

CONCLUSÃO

O tema do divórcio *post mortem* ainda é incipiente e, por isso, a escolha por estudá-lo, justifica-se por conta de embrionárias perspectivas que vem compreendendo pela decretação do divórcio no curso de demandas judiciais, mesmo quando a parte pleiteante venha a falecer. Deve-se, portanto, optar por substituir a extinção do feito, pelo julgamento do mérito e concessão do divórcio. Assim, quando do falecimento de uma das partes, ao invés de extinguir ações judiciais em curso, deve ser admitida a habilitação da sua sucessão para concluir a demanda, perfazendo a vontade do *de cujus*.

Entender o tema e as suas razões, serve como reflexão e base argumentativa para aqueles operadores do direito, que buscam soluções jurídicas práticas para discutir os seus requisitos, os efeitos processuais deste instituto, bem como, as suas consequências jurídicas.

Diante de tudo o que aqui foi exposto, se pode concluir que deixar de conceder o divórcio após a morte da parte que já manifestou a sua vontade é ultrapassar os limites da autonomia privada do indivíduo e que o divórcio *post mortem* precisa ser legitimado no direito de família atual, eis que é a solução mais viável para que se mantenha um sistema jurídico justo e confiável.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica - perspectivas estrutural e funcional. p. 3. *Revista dos Tribunais Online*. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. v. 2. out. 2010. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. v. 1. out. 2011.

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. *Divórcio consensual é decretado e plano de partilha é homologado com um dos cônjuges interditado*. IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Notícias. 24 mar. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9489/Div%C3%B3rcio+consensual+%C3%A9+decretado+e+plano+de+partilha+%C3%A9+homologado+com+um+dos+c%C3%B4njuges+interditado?utm_source=sendinblue&utm_campaign=Boletim%20IBDFAM%20706%20Divrcio%20consensual%20decretado%20e%20plano%20de%20partilha%20homologado%20com%20um%20dos%20cnjuges%20interditado&utm_medium=email>. Acesso em 24 mar. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 07 out. 2022.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 07 out. 2022.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 07 out. 2022.

BRASIL. *Lei 6.515/1977*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm#:~:text=1.796%20do%20C%C3%B3digo%20Civil.&text=Art%2024%20%2D%20O%20div%20C%C3%B3rcio%20p%C3%B5e,por%20curador%20%20ascendente%20ou%20irm%C3%A3o>. Acesso em 15 out. 2022.

BRASIL. *Lei 8.213/1991*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.213%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201991&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Planos%20de,Social%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias>. Acesso em 20 out. 2022.

BRASIL. *Projeto de Lei 4.288/2021*. Câmara dos Deputados. Gabinete do Deputado Carlos Bezerra. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2310358>>. Acesso em 30 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial*. Quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, STJ, 22 mar. 2017. Relatora: Ministra Isabel Gallotti. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-03-22_08-43_Quarta-Turma-define-que-separacao-judicial-ainda-e-opcao-a-disposicao-dos-conjuges.aspx#:~:text=Quarta%20Turma%20define%20que%20separa%C3%A7%C3%A3o%20judicial%20ainda%20%C3%A9%20op%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20disposi%C3%A7%C3%A3o%20dos%20c%C3%B4njuges>. Acesso em 26 out. 2022.

Conselho de Justiça Federal. *Enunciado 514*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/583>>. Acesso em 30 out. 2022.

Enunciados do IBDFAM. *IBDAFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>>. Acesso em 13 out. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Volume único*. 6. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSA, Conrado Paulino da. *Direito de Família na Prática – Comentado Artigo por Artigo*. São Paulo: Editora JusPodvim, 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 1.0000.17.071266-5/001*. Sétima Câmara Cível, Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, MG, 29 maio 2018. Relator: Desembargador Oliveira Firmo. Disponível em <<https://tj->

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/915123092/apelacao-civel-ac-10000170712665001-mg/inteiro-teor-915123142?ref=juris-tabs>. Acesso em 25 out. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *TJMG concede divórcio post mortem a pedido da filha*; tese que prevaleceu é do presidente do IBDFAM. IBDAFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <[PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *É possível decretar o divórcio após a morte de um dos cônjuges ou companheiros?* Entenda o que é o divórcio post mortem. Disponível em: <\[ROSA, Conrado Paulino da, RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e Partilha* 2 ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2020.\]\(https://www.rodrigodacunha.adv.br/e-possivel-decretar-divorcio-apos-a-morte-de-um-dos-conjuges-ou-companheiros-entenda-o-que-e-divorcio-post-mortem/>. Acesso em 15 out. 2022.</p></div><div data-bbox=\)](https://ibdfam.org.br/noticias/8846/TJMG+concede+div%C3%B3rcio+post+mortem+a+pedido+da+filha%3B+tese+que+prevaleceu+%C3%A9+do+presidente+do+IBDFAM#:~:text=Home-,TJMG%20concede%20div%C3%B3rcio%20post%20mortem%20a%20pedido%20da%20filha%3B%20tese,%C3%A9%20do%20presidente%20do%20IBDFAM&text=Atualizado%20em%2027%2F08%2F2021,concedido%20o%20div%C3%B3rcio%20do%20pai.>. Acesso em 15 out. 2022.</p></div><div data-bbox=)

SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível 5022520-52.2017.4.04.7200*. Turma Regional Suplementar, Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, SC, 23 nov. 2021. Relator: Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz. Disponível em: <

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1032535-74.2020.8.26.0224*. 7ª Câmara de Direito Privado, Poder Judiciário do Estado de São Paulo, SP, 28 jul. 2021. Disponível em: <

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Agravo de Instrumento 2190994-53.2020.8.26.0000*. 2ª Câmara de Direito Privado, Poder Judiciário do Estado de São Paulo, SP, 23 set. 2020. Disponível em: <