

## A DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO *POST-MORTEM* E OS REFLEXOS SUCESSÓRIOS

Nayla Leite Barreto de Oliveira<sup>1</sup>

Fernanda Ivo Pires<sup>2</sup>

**Resumo:** O divórcio *post-mortem* consiste na concessão de decisão judicial decretando o fim do vínculo matrimonial quando uma das partes formulou pedido de divórcio, mas veio a óbito antes da prolação da decisão. O divórcio e a morte são as principais formas de finalização da sociedade conjugal, mas produzem efeitos e consequências jurídicas muito distintas. Enquanto o divórcio põe fim a comunhão de vida e de bens, constituindo o estado de divorciado e promovendo a partilha dos bens do casal, a morte encerra a vida e abre a sucessão, constituindo o estado de viúvo e procedendo-se com a partilha dos bens do *de cujos*, observando-se a ordem de vocação hereditária e o *status* de herdeiro necessários do supérstite. Os efeitos patrimoniais da morte e do divórcio, portanto, se diferenciam e se projetam para terceiros, com a eventual concorrência sucessória do viúvo com os descendentes e ascendentes do falecido. A decretação do divórcio *post-mortem* surge, nesse cenário, como um importante instrumento de respeito à vontade dos nubentes, manifestada em vida em sua petição inicial ou contestação, se alinhando aos princípios da autonomia privada, da boa fé e da dignidade da pessoa humana.

**Palavras chave:** divórcio *post-mortem*; autonomia privada; morte.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Da indissolubilidade do vínculo matrimonial ao divórcio: breves comentários históricos; 3. Natureza jurídica do casamento; 3.1 a superação do casamento-instituição; 4. O divórcio enquanto negócio jurídico: plano da existência, validade e eficácia; 4.1. A dúplici natureza material e processual do divórcio; 5. O divórcio *post-mortem*; 5.1 aspectos patrimoniais; 5.2. A postura do cônjuge supérstite e a proibição do comportamento contraditório; 6. Considerações finais - Referências

### 1. Introdução

No ordenamento jurídico brasileiro, o casamento pode ser dissolvido de três maneiras: pela nulidade ou anulação, pela morte e pelo divórcio. As hipóteses de nulidade e anulabilidade do matrimônio estão relacionadas ao não atendimento de requisitos legais que condicionam a validade do ato; a morte, enquanto termo incerto, é quase sempre uma surpresa; o divórcio, por

---

<sup>1</sup> Graduada em Bacharelado Interdisciplinar em Humanidades (UFBA). Graduada em Direito (UNIJORGE). Contato: naylaleite@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> Orientadora do artigo acima intitulado, o qual foi submetido como Trabalho de Conclusão de Curso no curso de graduação em Direito do Centro Universitário Jorge Amado.  
Fernanda Ivo Pires – mestra e doutora em Direito Civil pela PUC/SP, professora universitária, advogada, presidente da Comissão Especial de Responsabilidade Civil da OAB/BA. Contato: fpires@uol.com.br

outra via, é fruto de um ato deliberado de vontade. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, a feição do divórcio foi sensivelmente alterada, de modo que, atualmente, o único requisito para não permanecer casado é a vontade de se separar. Não há que se cogitar em prazos ou prévia separação. Para romper o vínculo matrimonial, também não há que se discutir culpa: basta a externalização da vontade do divórcio.

Por isso, afirma-se que o divórcio foi elevado à categoria dos chamados direitos potestativos, que, como tais, independem da aceitação de quem quer que seja. É um direito incontroverso, ao outro cônjuge não cabe objeção. Basta a chancela judicial ou administrativa, com a comunicação ao cartório competente para fins de averbação da certidão de casamento, e estará desfeita a comunhão de vida. Quanto à comunhão de bens, não se aplica o mesmo raciocínio, vez que a ação continuará tramitando até o julgamento final da partilha.

Esse procedimento, no entanto, nem sempre é célere. De acordo com o “Justiça em Números”, levantamento anual realizado pelo Conselho Nacional de Justiça para aferir o tempo médio de duração do processo judicial no Brasil, os processos eletrônicos pendentes de julgamento contabilizados até o final de 2021 levariam uma média de 3 anos e 4 meses para serem julgados. Este número aumenta se considerados apenas os processos tramitando na justiça comum estadual. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por exemplo, lidera a lista, com 5 anos e 4 meses de espera, enquanto o Tribunal de Justiça da Bahia possui um tempo médio de espera de 4 anos e 5 meses.<sup>3</sup>

Um período de espera como esse, certamente colide com o princípio da duração razoável do processo e causa lentidão na entrega da prestação jurisdicional, mesmo em casos como o divórcio, que dispensa maiores dilações probatórias, sobretudo quando não há litígio envolvendo menores ou partilha de patrimônio comum. Isto porque o divórcio, como direito incontroverso que é, pode ser concedido por decisão interlocutória, antes do término do processo, mediante requerimento de qualquer uma das partes. O fato é que o grande volume de processos, aliado aos poucos recursos humanos disponíveis, torna muito difícil a prolação de decisões em curto espaço de tempo, estendendo indefinidamente a marcha processual.

Dentro dessa realidade, não é raro o falecimento dos litigantes durante o curso dos processos. Em geral, o óbito de qualquer uma das partes permite aos herdeiros do falecido a habilitação nos autos, nos termos dos arts. 687 e seguintes do Código de Ritos, com vistas ao prosseguimento da causa. Este, todavia, não é o caso do divórcio, pois a sua própria natureza

---

<sup>3</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso: novembro de 2022, p. 55.

não permite a sucessão processual. Isto porque o divórcio é uma ação personalíssima; significa dizer, portanto, que somente são partes legítimas para a propositura e continuidade da ação os próprios cônjuges, conforme a prescrição do art. 1.582 do Código Civil, que consagra a intransmissibilidade do instituto.

Diante do clássico dilema entre a morosidade da justiça e a necessidade de um julgamento célere, aliada à natureza personalíssima do divórcio, surge o questionamento: o que ocorrerá com a ação de divórcio se um dos cônjuges falecer no curso do processo? E quais seriam as consequências disso?

Tradicionalmente, e em virtude mesmo da natureza personalíssima da ação de divórcio, tem-se aplicado o art. 485, IX do Código de Processo Civil, com a extinção do processo sem resolução do mérito, vez que a ação é considerada intransmissível por expressa disposição legal. Com a extinção do processo sem resolução do mérito, o casamento ter-se-ia como findo diante do evento morte, e o divórcio, portanto, não seria decretado. Nessa ordem de ideias, o viúvo não perderia o *status* de herdeiro necessário, mesmo com a vontade de se separar manifestada em vida pelo *de cujos*, e a si seriam atribuídos todos os direitos sucessórios, salvo se já separados de fato há mais de dois anos, a contar do evento morte, nos termos do art. 1.830 do Código Civil.

As repercussões desse provimento são diversas. O julgamento do divórcio sem exame do mérito diante do falecimento de um dos cônjuges (ou ambos) ultrapassa o âmbito da reflexão teórica e já se tornou pauta em alguns dos principais tribunais do país, como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com dois acórdãos publicados acerca do tema somente em 2021, e ainda, o Tribunal de Justiça de São Paulo. Trata-se de acórdãos pioneiros que, na melhor interpretação do processo civil contemporâneo, julgaram o mérito da ação no que diz respeito ao pedido de dissolução do casamento, em respeito à vontade do *de cujos*, e decretaram o divórcio *post-mortem*.

A possibilidade da decretação do divórcio *post-mortem* reclama uma reflexão sobre a própria natureza do instituto. O divórcio após a morte é sobretudo uma forma de respeito à honra do falecido, que deve ter sua vontade considerada, vontade esta manifestada com a propositura da inicial de divórcio.

Nesse horizonte, para iniciar as reflexões sobre tema, serão traçados comentários sobre o histórico da dissolução do casamento no Brasil desde a instituição do desquite, em 1942, até a possibilidade de concessão do divórcio. A facilitação da obtenção do divórcio será relacionada com a evolução do processo civil a partir da possibilidade de sua concessão em momento

liminar, sem olvidar, é claro, que o divórcio representa e sempre representou uma evolução no tratamento dado aos direitos das mulheres no país.

Em seguida, será desenvolvida uma análise histórica sobre a natureza jurídica do casamento e do divórcio, buscando evidenciar uma superação do matrimônio enquanto uma instituição patriarcal até o seu tratamento enquanto um negócio jurídico. A partir da teoria do fato jurídico, será evidenciado os três planos do divórcio, quais sejam, existência, validade e eficácia, analisando em qual deles se situa a decretação judicial da ruptura do vínculo e quais são os seus elementos essenciais.

Ato contínuo, será analisada a possibilidade de aquisição do direito ao julgamento de mérito na ação de divórcio independentemente de quaisquer pressupostos processuais de validade que digam respeito às partes, supervenientes à propositura da ação. Aqui, através de análise jurisprudencial, será inserida a problemática do falecimento do cônjuge, com o prosseguimento da ação pelo supérstite de formas distintas a depender do estágio do processo em que o evento morte ocorra.

Após, serão tratados os aspectos patrimoniais da decretação do divórcio após a morte de um dos cônjuges, buscando obter um panorama geral dos efeitos patrimoniais deste provimento em cada um dos regimes de bens existentes no direito de famílias brasileiro. Serão feitos, também, breves comentários sobre as questões previdenciárias envolvidas no que tange à possibilidade de concessão de benefícios junto à Previdência Social.

Para finalizar, será tratada a postura processual do cônjuge supérstite em prosseguir no divórcio sozinho. A partir do pressuposto de que o cônjuge sobrevivente também possui direito ao julgamento de mérito daquele processo, a depender do momento processual do óbito do consorte, poderá ser utilizada a teoria do *venire contra factum proprium*, corolário da boa fé objetiva, para sustentar a impossibilidade de desistência ou abandono da causa, evitando qualquer uma das hipóteses de extinção do processo sem exame do mérito de que trata o art. 485 do Código de Ritos.

## **2. Da indissolubilidade do vínculo matrimonial ao divórcio: breves comentários históricos**

Em um tempo não tão distante, o casamento formava um vínculo indissolúvel entre o casal. A influência direta da religião nos países de tradição católica é apontada pela doutrina como uma das causas impeditivas do divórcio, pois “vigorava a máxima: o que Deus uniu, o

homem não separa.”<sup>4</sup> O Código Civil Brasileiro de 1916, que, como bem observa Maria Berenice Dias<sup>5</sup>, refletia uma visão discriminatória e hierarquizante da família, foi outorgado sem a previsão do instituto. Os primeiros esboços do divórcio somente foram inseridos no ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional nº 09, de 28 de julho de 1977, que modificou a redação do art. 175 da Constituição Federal de 1967 para prever a possibilidade de dissolução do casamento após prévia separação judicial; após, o procedimento de separação e divórcio foi disciplinado pela Lei nº 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio. Em termos gerais, enquanto os efeitos da separação judicial importavam a cessação dos deveres conjugais e a separação de bens, era apenas com o divórcio que o casamento conhecia o seu termo final.

A tendência legislativa em diferenciar separação e divórcio, colocando-as em relação de prejudicialidade, dificultando a dissolução e outrora impossibilitando o fim da vida em comum, sem dúvidas era reflexo da sociedade e das instituições da época, marcadas pelo conservadorismo, pelo papel social limitante e autoritário endereçado às mulheres, e pela misoginia institucionalizada. Conforme observa a jurista gaúcha,

(...) a mulher, ao casar, perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, tal como são considerados os índios, os pródigos e os menores com idade entre 16 e 18 anos. Para trabalhar ela precisava da autorização do marido. A família identificava-se pelo nome do varão, sendo a esposa obrigada a adotar o sobrenome dele. O casamento era indissolúvel. O desquite, rompia o casamento, mas não dissolvia a sociedade conjugal.<sup>6</sup>

No direito processual, a subtração da capacidade plena às mulheres as impossibilitava de litigarem com o marido. É que a mulher casada era considerada, pela redação originária do art. 6º, II, do Código Civil de 1916<sup>7</sup>, como relativamente incapaz, ao passo em que o art. 82 do Código de Processo Civil de 1939<sup>8</sup> negava o direito de ação à mulher sem autorização do marido, salvo em defesa do mesmo, para evitar revelia, ou quando expressamente autorizada por lei. Nesses termos, como uma mulher poderia ser parte numa ação em que, no polo passivo, figuraria o marido, se sua capacidade processual estaria condicionada à autorização daquele que litigaria com a mesma? Sem dúvidas um evidente conflito de interesses e uma negativa explícita de acesso à justiça à jurisdicionada casada.

<sup>4</sup> CHAVES; Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Vol.6. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 400

<sup>5</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 25

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>7</sup> Art. 6º São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer: II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

<sup>8</sup> Art. 82. A mulher casada não poderá comparecer a juízo sem autorização do marido, salvo: I – em defesa do mesmo, quando revel, nos casos de citação por edital ou com hora certa; II – nos casos expressos em lei.

Nos primórdios da legislação aplicada à matéria, no ano de 1942, foi instituído o desquite. O desquite foi o gérmen da separação: cessava os deveres matrimoniais, promovia a separação dos bens e da convivência do casal, mas não permitia que o desquitado contraísse novas núpcias. Como bem observa Santana, Rios e Araújo, o desquite era

(...) uma modalidade de separação do casal e de seus bens materiais, sem romper o vínculo conjugal, o que impedia novos casamentos. Assim, o desquite rompia a sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e de fidelidade recíproca e ao regime de bens, mas mantinha incólume o vínculo matrimonial. Nesse contexto, o termo desquite – significando não quites, em débito para com a sociedade – remete ao rompimento conjugal em uma época em que o casamento era perpétuo e indissolúvel.<sup>9</sup>

O desquite foi previsto na modalidade amigável e litigiosa. Neste caso, a instrução processual se voltava à discussão de quem foi que deu causa à separação, e o assim considerado culpado poderia sofrer consequências gravosas em relação à prole em comum, como a perda ou limitação da guarda ou do tempo de convívio com os filhos. Os motivos para requerer o desquite, no entanto, eram vinculados: a insatisfação com o relacionamento não era o suficiente, era preciso que ocorresse alguma das hipóteses do art. 317 do Código Civil da época, a saber: tentativa de homicídio, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos ou mais e adultério. No caso do adultério, o art. 319 ainda previa que esta causa deixaria de ser motivo para o desquite se o autor concorreu para que o réu cometesse a infidelidade ou se o cônjuge inocente perdoou o ilícito. O perdão, inclusive, poderia ser tácito, entendido como a mera continuidade da habitação em comum a despeito da ciência do adultério.

Com a chegada da Lei 6.515/77, um novo capítulo surgiu no direito das famílias, tornando possível a ruptura do vínculo conjugal. No entanto, originalmente o divórcio não foi previsto enquanto um direito potestativo. A natureza jurídica do divórcio somente foi alterada décadas depois, em 2010, através da Emenda Constitucional nº 66. A legislação de 1977 conferiu ao divórcio a natureza jurídica de direito subjetivo comum. Conforme leciona Reis Friede, cumpre salientar que os direitos subjetivos são representados

(...) pela confrontação de sujeitos que ostentam, em uma determinada relação jurídica, posições contrapostas, quais sejam, a possibilidade de se exigir algo de um (X) e o respectivo dever inerente a outro (Y). Destarte, consiste o direito subjetivo na facultas agendi, isto é, na possibilidade, conferida pela norma jurídica, de se exigir determinado comportamento de outrem.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> SANTANA, Inês Helena Batista de; RIOS, Luis Felipe & Menezes, Jaileila de Araújo. (2017) Genealogia do Desquite no Brasil. In: **Psicologia Política**, 17(39), p. 340-350. Acesso: novembro de 2022.

<sup>10</sup> FRIEDE, Reis. Breves considerações sobre as clássicas dicotomias do direito. ISSN 1982-4858, v. 21, nº. 46, p. 67-80, set./dez. 2017. In: **Revista Jurídica – CCJ**. Acesso: novembro de 2022.

Em cotejo com os direitos subjetivos, explana o desembargador carioca que os direitos potestativos têm o condão de alterar situações jurídicas que envolvam terceiros sem que nenhum deles possa se opor, conferindo ao seu titular o poder de, mediante ato próprio de vontade, “atuar em relação ao outro (sujeito passivo), a quem cabe tão somente suportar a ação do titular do direito.”<sup>11</sup>

Por conta da natureza de direito subjetivo, o divórcio ainda estava submetido a prazos, a requisitos, e somente era admitido um divórcio por pessoa; vale dizer: o direito de requerer o divórcio era concedido apenas uma vez. Se o segundo casamento não teve sucesso, o cônjuge outrora divorciado não poderia requerê-lo novamente.<sup>12</sup> Com a chegada da Carta de 1988, a conversão da separação judicial em divórcio teve o lapso temporal diminuído para apenas 1 ano. Além disso, foi criada a possibilidade do ‘divórcio direto’, que dispensava o requisito da separação judicial prévia. Assim, provada a separação de fato por pelo menos 2 anos consecutivos, o magistrado deveria decretar o divórcio.

A evolução da Ciência do Direito sopra na mesma direção da evolução da sociedade. Fenômeno social que é, o cotidiano e os acontecimentos sociais não lhe são alheios. Se os direitos são conquistados no campo da vida e trasladados para a dogmática jurídica, esta lhe empresta discurso técnico-científico e o fenômeno jurídico ganha contornos normativos; mas isto não significa que o Direito é anterior a vida, antes, lhe é contemporâneo.

A indissolubilidade do vínculo matrimonial é fruto de uma época impregnada pelo moralismo e papéis sociais hierarquizantes, e a ruptura de qualquer paradigma somente ocorre a passos lentos. Assim, o desquite marcou o início de uma tímida trajetória que findou, finalmente, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, adicionando o §6º ao art. 226 da Carta Magna, com a seguinte redação: “o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.”

Como apontam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald<sup>13</sup>, a redação originária da proposta prescrevia que o divórcio seria concedido “na forma da lei”. Este trecho, que foi suprimido durante a tramitação da PEC, evidencia ser a norma autoaplicável, ou seja, não necessita de nenhuma regulamentação posterior para a produção de efeitos jurídicos. Andou bem o constituinte, pois se o casamento é fruto de um ato deliberado de vontade, o divórcio também deve sê-lo, sendo ambos reflexos do princípio da autonomia da vontade, plenamente

---

<sup>11</sup> FRIEDE, Reis. Breves considerações sobre as clássicas dicotomias do direito. ISSN 1982-4858, v. 21, nº. 46, p. 67-80, set./dez. 2017. In: **Revista Jurídica – CCJ**. Acesso: novembro de 2022.

<sup>12</sup> CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 426.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 402

aplicável em matéria de famílias. O divórcio, portanto, é um direito fundamental, e, como tal, tem aplicabilidade direta e imediata; trata-se de uma norma de eficácia plena, autoaplicável.

O poder reformador modificou a natureza do divórcio, que passou a ser um legítimo direito potestativo, eliminando prazos e tornando inadmissível a discussão da causa da dissolução nupcial, com a atribuição de um culpado. Não significa dizer, com isso, que os deveres conjugais de que trata o art. 1.566 do Código Civil desapareceram ou que se tornaram meras recomendações. É possível discutir a responsabilidade civil do cônjuge infiel em autos apartados, por exemplo, mas não se admite condicionar o divórcio à observância dos ditames do art. 1.566. É dizer: ainda que o cônjuge tenha transgredido todos os deveres conjugais, o direito de se divorciar não lhe poderá ser negado.

Diante da Emenda Constitucional nº 66/2010, a doutrina questiona se a separação judicial desapareceu do ordenamento ou se ainda é possível requerê-la. Autores como Maria Berenice Dias<sup>14</sup> e Flávio Tartuce<sup>15</sup> se posicionam no sentido do esvaziamento do instituto. Há julgados de tribunais de diversas regiões do país, que, absorvendo essa tendência doutrinária, se manifestaram pelo desaparecimento da separação judicial.<sup>16</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, em Recurso Especial cuja numeração não foi divulgada, julgado em 2017 pela 4ª Turma, com relatoria da Ministra Isabel Gallotti, firmou o entendimento de que ainda é possível aos interessados optarem pela separação judicial. Segundo o Tribunal, a Emenda Constitucional nº 66/2010 apenas facilitou a exercício do divórcio, com a supressão do requisito temporal e a eliminação do sistema bifásico para a dissolução do casamento, prestigiando a vontade do cônjuge, mas sem revogar a separação judicial.

Neste cenário de fomento à autonomia privada, desponta a possibilidade de requerimento do divórcio em processo de pedido único, podendo o requerente se reservar para discutir as demais questões atinentes ao casal em outra ação. O divórcio também pode ser requerido cumulativamente ao pedido de partilha dos bens, alimentos, guarda de filhos e regime de convivência, por exemplo. Neste caso, a apreciação e o julgamento do pedido de divórcio será feito em cognição exauriente, mediante julgamento parcialmente antecipado da lide, nos

---

<sup>14</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 94.

<sup>15</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 76.

<sup>16</sup> Vide, dentre outros: TJDF. Ap. Civ. 2010.01.1.064251-3. Rel. Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito, j. 29.9.10, Publicação: 07.10.10, p. 221; TJMG, Ac. 4ª Câm. Civ., Ap. Civ. 1.0028.12.0016432/001, Rel. Desa. Ana Paula Caixeta, Publicação: 10.07.13; TJDF. Ac. 2ª T. Civ., Acórdão 568131, Ap. Civ. 2008.0110004768, Rel. Des. Sérgio Rocha, j. 29.2.12. Publicação: 02.03.12, p. 112.

termos do art. 356, II, do CPC<sup>17</sup>, proferido em decorrência da desnecessidade de dilação probatória. O demandante também pode, em cumulação de pedidos, requerer a decretação do divórcio para ser apreciado em sede de tutela provisória, em caráter *inaudita altera pars*, sem prejuízo da análise dos outros pedidos após a concessão da medida. Acerca da tutela provisória, Cássio Scarpinella Bueno dispõe:

A expressão “tutela provisória”, que acabou rotulando o Livro V da Parte Geral do Código de Processo Civil, merece ser compreendida como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidência”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem prévia oitiva do réu.<sup>18</sup>

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira sugerem o estudo da tutela provisória em três dimensões: conteúdo, modo de requerimento e pressupostos. Na dimensão do conteúdo, analisa-se o objeto do direito tutelado provisoriamente<sup>19</sup>, dividindo-se em satisfativa/antecipada ou cautelar; se o objeto da tutela for a satisfação de um direito material através da antecipação de seus efeitos, será satisfativa; se, pelo contrário, o objeto for assegurar a futura satisfação de um direito, será cautelar.<sup>20</sup> No que tange ao modo de requerimento, a tutela provisória pode ser incidental ou antecedente. Será incidental se for formulada ao longo do processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva<sup>21</sup>; será antecedente se for formulada antes do pedido de tutela final. Por fim, a tutela provisória também pode ser examinada a partir dos pressupostos que autorizam a sua concessão, vale dizer, da urgência ou da evidência dos fatos jurídicos subjacentes à demanda.

De acordo com a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, a tutela jurisdicional provisória pode se basear na urgência ou na evidência do direito cujos efeitos se deseja antecipar. Para a concessão da tutela de urgência, o magistrado deve ser convencido da probabilidade do direito que se pleiteia e do perigo de dano que a demora no deferimento da medida importaria ao jurisdicionado. Já a tutela provisória de evidência limita-se à

---

<sup>17</sup> Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

<sup>18</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** – volume 1: teoria geral do direito processual civil – parte geral do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p 325.

<sup>19</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael de. **Curso de Direito Processual Civil** – volume 2. Salvador: JusPodivm, 2020, p.700.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 692.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 703.

demonstração da probabilidade do direito, e suas hipóteses de concessão encontram-se dispostas no rol exemplificativo do art. 311 do Código de Ritos.

O instrumento correto para requerer o divórcio em momento liminar é a tutela provisória de evidência.<sup>22</sup> Esclareça-se, outrossim, que “evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda uma tutela jurisdicional, mediante técnica de tutela diferenciada. Evidência é um pressuposto fático de uma técnica processual para a obtenção da tutela”<sup>23</sup>. Assim, a evidência é uma qualidade da pretensão deduzida em juízo, composta pela “prova das alegações de fato e probabilidade de acolhimento da pretensão processual”<sup>24</sup>. Para concessão da tutela de evidência, dispensa-se o *periculum in mora*. Basta o *fumus boni juris*, vale dizer, o elevado estado de evidência das alegações deduzidas pela parte. Considerando a previsão constitucional do divórcio e sua natureza potestativa, muito embora a ausência de disciplina legal, não há dúvidas da probabilidade de acolhimento do direito de dissolver o casamento.

### 3. Natureza jurídica do casamento

Rios de tinta foram derramados na tentativa de conceituar o casamento. E antes mesmo de chegar ao conteúdo material do conceito, preliminarmente se impõe a reflexão: o casamento é uma instituição ou um negócio jurídico? A resposta a esse questionamento é muito relevante na construção do conceito de matrimônio. Segundo o Dicionário Michaelis, instituição, em sentido amplo, é o “ato ou efeito de instituir ou estabelecer; instauração”<sup>25</sup> ou “a própria coisa estabelecida”<sup>26</sup>. Termo plurívoco que é, pode ser utilizado em diversos sentidos. Na ciência política, designa uma “estrutura social, estabelecida por lei, que tem vigência em certo Estado ou para certo povo”<sup>27</sup>, e, em sentido figurado, “qualquer pessoa ou

<sup>22</sup> A possibilidade de concessão do divórcio através de tutela provisória não foi disciplinada no Código de Processo Civil, muito embora ele tenha inovado ao prever Capítulo próprio para tratar das Ações de Família (Capítulo X). Na doutrina, autores como Fernanda Tartuce (2020) defendem a concessão do divórcio mediante tutela de evidência e não de urgência, vez que o art. 311 do CPC, que disciplina a tutela de evidência, dispensa o requisito do perigo de dano, e o direito ao divórcio sem dúvidas é um direito evidente. A tutela provisória de urgência, por sua vez, reclama a demonstração do *periculum in mora*, que deve ser iminente e contemporâneo à ação. Fundamentar o perigo de dano no próprio direito de se divorciar é confundi-lo com o requisito do *fumus boni juris*. Aliás, o perigo de dano é requisito a ser aferido apenas circunstancialmente, em cada caso concreto. Tal debate, no entanto, não possui repercussões práticas significativas, pois tanto a tutela provisória de urgência quanto a de evidência permitiria ao magistrado a antecipação parcial do mérito em cognição sumária, com a apreciação e julgamento do pedido de divórcio antes dos demais pedidos porventura formulados.

<sup>23</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael de. Op. cit., p. 757.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 758.

<sup>25</sup> INSTITUIÇÃO. In: Michaelis. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Editora Melhoramentos, 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=institui%C3%A7%C3%A3o>. Acesso: novembro de 2022.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> Ibidem.

coisa de grande representatividade utilizada como referencial”<sup>28</sup>. Esse debate, como bem observam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, “sempre pertenceu à área cinzenta do Direito”<sup>29</sup>, no que traçaram, didaticamente, uma síntese dos principais pontos controvertidos no que tange à conceituação da natureza jurídica do matrimônio: i) natureza negocial, com destaque ao elemento volitivo, seu pressuposto de existência; ii) natureza institucional, no que se aproxima da definição utilizada pela ciência política, com obediência a parâmetros previamente estabelecidos pelo legislador, e iii) a natureza mista ou eclética, que, na tentativa de conciliar as duas anteriores, reconhece elementos contratuais e institucionais simultaneamente.

### 3.1 A superação do casamento-instituição

Em decorrência do caráter indissolúvel do vínculo marital, haviam posicionamentos que, filiados à corrente institucionalista, sustentavam o entendimento segundo o qual o casamento é disciplinado por um conjunto de regras pré-definidas sem participação direta dos nubentes, pois impostas anteriormente pelo Estado. Na doutrina brasileira, Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva costumam ser lembrados como entusiastas desta corrente, defendendo que o casamento é “uma grande instituição social, a qual, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos”<sup>30</sup>. Percebe-se que, malgrado a iniciativa de casar caiba aos cônjuges, a eles não caberiam o poder de influir no próprio matrimônio, pois teriam sempre de respeitar a “disciplina estatuída pela lei”<sup>31</sup>. Ora, do que adianta conferir aos cônjuges a liberdade de contrair matrimônio se não lhes admite o poder de influir em todos os termos da sociedade conjugal por eles estabelecida? Ainda no ano de 2022, há uma parte da doutrina que elenca como condição de existência do ato a diversidade de sexos<sup>32</sup>, mesmo ciente da histórica decisão

---

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 187.

<sup>30</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>32</sup> Cite-se, por todos, Maria Helena Diniz. Em seu curso de Direito de Família (2022, p.28), a autora dispara: “O casamento tem como pilar o pressuposto fático da diversidade de sexo dos nubentes (CC, arts. 1.514, 1.517, 1.565; CF, art. 226, § 5º). Se duas pessoas do mesmo sexo, como aconteceu com Nero e Sporus, convolarem núpcias, ter-se-á casamento inexistente, uma farsa. Absurdo seria admitir, no estado atual do direito, que o matrimônio de duas mulheres ou de dois homens tivesse qualquer efeito jurídico, devendo ser invalidado por sentença judicial. Se, porventura, o magistrado deparar com caso dessa espécie, deverá tão somente pronunciar sua inexistência, negando a tal união o caráter matrimonial”. Maria Helena Diniz, que expressamente se filia à corrente institucionalista do casamento (p. 24), após tecer as mencionadas considerações, reconhece, com certa recalitrância, que “o Enunciado n. 601 admitiu como existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo (aprovado na VII Jornada de Direito Civil), bem como o CNJ, Res. n. 175/2013, com base nos acórdãos do STF prolatados em

do Supremo Tribunal Federal na ADI 4.277/DF, que deu interpretação conforme a constituição aos arts. 226, §3º da CF/88 e 1.723 do Código Civil, para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar passível de proteção do Estado e merecedora da tutela jurídica representada pelo casamento.

Fica clara a insuficiência da corrente institucionalista do casamento à vista da diversidade social e dos diferentes núcleos familiares. Não há área tão próxima da realidade da vida quanto o direito das famílias; todo ser humano nasce inserto na comunidade familiar e o Direito, enquanto ciência social, não pode ignorar a complexidade e a pluralidade dos núcleos familiares no mundo pós-moderno. Engessar a família dentro de princípios e regras pré-estabelecidos é negar a necessária construção interdisciplinar e multifacetária do conceito de famílias na sociedade contemporânea:

O fenômeno familiar não é uma totalidade homogênea, mas um universo de relações diferenciadas que atingem cada uma das partes nela inseridas de modo diferenciado, necessitando, via de consequência, de um enfoque multidisciplinar para a sua compreensão global. Do contrário, é possível que se enxergue menos do que a ponta do *iceberg*.<sup>33</sup>

---

julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF, reconheceu a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.” (p. 28). Finalmente, a autora indaga: “Não estaria tal Resolução (norma inferior) diante da CF e do CC (normas superiores) eivada de inconstitucionalidade e ilegalidade? O caminho normativo correto, para tanto, não seria uma Emenda Constitucional?”. De fato, o legislador dispõe que “o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados” (art. 1.514, CC) e o constituinte prescreve que “é reconhecida a união estável entre homem e mulher” (art. 226, §3º, CF/88), de modo que uma interpretação literal poderia levar a conclusão de que a diversidade de sexos é condição de existência para a constituição dessas entidades familiares. No entanto, a adoção de uma interpretação teleológica e sistêmica do ordenamento jurídico implica aceitar que, a despeito da redação dos artigos acima mencionados, a união homoafetiva estável, duradoura e com ânimo marital também é uma entidade familiar. Há quem aceite essa proposição, mas discorde da forma em que a união homoafetiva foi reconhecida no Brasil, vez que foi necessário que o Supremo Tribunal Federal tratasse do tema, que deveria, segundo essa opinião, ser fruto de iniciativa parlamentar. É claro que a existência de uma emenda constitucional para alterar a redação do §3º do art. 226 e deixar expressa a possibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo viria em ótima hora. No entanto, o fato de o STF ter tratado da união homoafetiva não é deve ser considerado uma forma de ativismo judicial. Trata-se de dar interpretação conforme a constituição das diversas entidades familiares existentes e reconhece-las enquanto tal. Ora, se em geral ninguém se opõe em reconhecer como entidade familiar as famílias monoparentais, ou famílias cujos avós são os responsáveis pela criação dos netos, qual seria o motivo jurídico para rechaçar a união homoafetiva? Negar que casais homoafetivos tenham a proteção do direito das famílias com base no que diz o art. 226 da Constituição é usar a Constituição contra a própria Constituição, vez que ela estatui, expressamente, que todos são iguais perante a lei (art. 5º, caput) e que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º, §1º). Por fim, vale menção ao voto irretocável do Ministro Relator da ADI 4.277, Ayres Britto: “(...)interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico” (p. 39).

<sup>33</sup> ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. Op. cit., p. 36.

#### 4. O divórcio enquanto negócio jurídico: plano da existência, validade e eficácia

Escolher casar não esgota a participação dos cônjuges no ato jurídico do matrimônio. A continuidade do vínculo estabelecido e, principalmente, a deliberação sobre o término do vínculo, são escolhas únicas e exclusivas dos consortes. Não significa dizer, com isso, que as normas que disciplinam o casamento são dispositivas, pois são de fato normas de ordem pública e o casamento é, sem dúvidas, um ato solene precedido de publicidade e apto à produção de efeitos tendentes à alteração do estado familiar e individual da pessoa natural, além de efeitos patrimoniais, sucessórios, processuais e muitos outros que atravessam a sociedade conjugal desde a sua constituição até seu termo final. Por isso, é correto afirmar que o casamento é um negócio jurídico bilateral e gratuito, sujeito ao preenchimento de requisitos legais quanto à forma e celebração, cujo conteúdo material é a comunhão de vida e afeto, reconhecido mediante ato administrativo vinculado e insuscetível de submissão a termo, condição ou encargo. A ênfase desta definição é o caráter volitivo do matrimônio não apenas na constituição, mas na continuidade e dissolução da sociedade conjugal. O próprio Código Civil parece entusiasta da natureza negocial do matrimônio; nos arts. 1.533<sup>34</sup>, 1.534<sup>35</sup>, 1.535<sup>36</sup>, 1.538<sup>37</sup> e 1.540<sup>38</sup>, por exemplo, utiliza a expressão “contraentes” para se referir aos interessados na celebração do casamento.

Na doutrina, comumente o casamento é analisado sob a ótica da teoria do fato jurídico, com a tripartição clássica kelseniana introduzida no Brasil por Pontes de Miranda, de plano da existência, validade e eficácia.<sup>39</sup> Os pressupostos ontológicos de um ato constituem o plano da existência, a validade é condicionada ao preenchimento de requisitos legais para a higidez do negócio, e o plano da eficácia, acidental que é, diz respeito à aptidão do ato à produção de efeitos jurídicos.

---

<sup>34</sup> Art. 1.533. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531.

<sup>35</sup> Art. 1.534. A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutro edifício público ou particular.

<sup>36</sup> Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

<sup>37</sup> Art. 1.538. A celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes: (...)

<sup>38</sup> Art. 1.540. Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau.

<sup>39</sup> ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. Op. cit., p. 232.

Em relação ao casamento, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald argumentam que o plano da existência do matrimônio é formado pelo consentimento dos noivos, aliado à celebração do ato pela autoridade<sup>40</sup>; o plano da validade perfaz-se pelo consentimento livre e consciente e inexistência de impedimentos matrimoniais<sup>41</sup>; já o plano da eficácia é acidental e não se verifica na hipótese, pois o casamento não se sujeita a condição, termo ou encargo, de modo a produzir efeitos a partir do momento em que a autoridade declara os interessados casados (art. 1.514, CC).

Neste sentido, considerando o casamento enquanto ato jurídico da espécie negócio jurídico, o direito de dissolução do vínculo é exercido mediante o divórcio. A natureza negocial do divórcio, portanto, é efeito direto da natureza jurídica do próprio casamento em que se pretende dissolver.

Recorrendo às lições de Marcos Bernardes de Mello, tem-se que, “ao sofrer a incidência de norma jurídico juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência”<sup>42</sup>. Analogamente ao que ocorre no casamento, no divórcio, a declaração de vontade encerra os pressupostos ontológicos para a ocorrência do ato, constituindo o plano da existência. A vontade manifestada em obediência a uma determinada forma, vez que o casamento é constituído e dissolvido de maneira solene, é o suporte fático de existência dos arts. 226, §6º da Constituição e 1.571, IV do Código Civil, que dispõem que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio. Assim, o objeto desta vontade é a separação, com o término da comunhão de vida estabelecida no casamento, além de alcançar, potencialmente, divisão patrimonial, questões envolvendo a manutenção do sobrenome do cônjuge (art. 1.571, §2º, CC) e alimentos (art. 1.694, CC). Tal forma, que é o meio pelo qual a declaração de vontade se exterioriza, deve ser feita pela via administrativa ou judicial. Vale dizer: a intenção de se separar encerrada na mente de agente emissor ou exteriorizada perante alguém sem autoridade para proclamar um divórcio não interessa ao direito e não basta para satisfazer o plano da existência do negócio. É preciso exteriorizar em juízo ou perante tabelião competente a vontade de desfazer o matrimônio e isto decorre do próprio caráter solene do casamento a ser dissolvido. Se o casamento só existe se houver obediência quanto à forma prescrita em lei, nos termos do art. 107 do Código Civil, só existirá divórcio com obediência à forma legal.

---

<sup>40</sup> ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano. Op. cit., p. 235.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 238.

<sup>42</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 161.

Por sua vez, o plano da validade é uma qualidade atribuída a algo que lhe é anterior: “se não há ato jurídico para qualificar como válido ou inválido, eficaz ou ineficaz, não há o ser ao qual imputar a qualificação”<sup>43</sup>. O plano da validade, portanto, pressupõe o plano da existência e está umbilicalmente relacionado a ele, vez que “é logicamente impossível falar em validade e/ou eficácia sem que se tenha o fato jurídico, mais propriamente o ato jurídico, no plano da existência”<sup>44</sup>. Assim, existindo certo ato jurídico, investiga-se a sua higidez e aptidão à produção de efeitos.

No caso do casamento, a lei é taxativa ao prever as situações de nulidade (art. 1.548, CC) e anulabilidade (1.550, CC). O rol taxativo, diga-se, é reflexo de uma política de intervenção mínima do Estado nas relações familiares conhecida como Direito das Famílias mínimo, a valorizar a autonomia da vontade<sup>45-46</sup>. Exceto nas situações de impedimento, que evitam o matrimônio de nulidade absoluta insuscetível de convalidação, consoante art. 169 do Diploma Civil, as hipóteses de que trata o art. 1.550 podem ser convalidadas se o ato não for anulado nos prazos decadenciais enunciados pelo art. 1.560. Celebrado casamento anulável, não tendo caducado o direito de desconstitui-lo, deve ser intentada a ação própria, não se cogitando do divórcio na hipótese. No entanto, convalidado o vício pelo decurso do tempo, o casamento outrora anulável poderá ser dissolvido pelo divórcio. Assim, o plano da validade do divórcio não guarda perfeita simetria com o plano de validade do casamento, vez que o matrimônio celebrado a despeito das situações de nulidade relativa, se convalidadas, poderá ser alcançado por esta hipótese de dissolução do casamento. Outrossim, o casamento absolutamente nulo (celebrado a despeito dos impedimentos matrimoniais de que trata o art. 1.521), desvalioso por excelência, por infringir norma cogente, jamais poderá ser dissolvido pelo divórcio. Assim, deve ser declarado nulo, sendo que a sentença produzirá efeitos *ex tunc*, como se o ato nunca tivesse existido.

---

<sup>43</sup>MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 156.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>45</sup> Art. 1.513, CC. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

<sup>46</sup> Sobre o Direito das Famílias mínimo, consultar: ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Por um direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. 2009. 227 f. Dissertação (mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Rio de Janeiro, 2009.

#### 4.1. A dúplice natureza material e processual do divórcio

Nessa ordem de ideias, tem-se que o divórcio, que é o exercício do direito de dissolver o casamento, guarda autonomia em relação a este, produzindo efeitos materiais e processuais que lhe são próprios. Diante disso, percebe-se que o divórcio possui uma nítida faceta contratual, vez que o elemento volitivo representado pela vontade de se separar é essencial, e pode ser conceituado como um negócio jurídico bilateral e gratuito, sujeito ao preenchimento de requisitos legais quanto à forma e celebração, cujo conteúdo material é a declaração do fim de uma sociedade conjugal e dos efeitos daí decorrentes, reconhecido mediante ato administrativo ou judicial e insuscetível de submissão a termo, condição ou encargo. Além desta natureza, os efeitos do divórcio em juízo constituem direitos processuais autônomos, a teor do art. 200 do CPC, que consagra:

Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

Assim, correto afirmar que o divórcio possui híbrida natureza jurídica: ao mesmo tempo que se constitui enquanto o meio legal para o desfazimento de um negócio jurídico anterior, qual seja, o casamento, seu exercício em juízo produz, de plano, um direito processual autônomo, que é o direito ao julgamento final de mérito independentemente de quaisquer pressupostos processuais supervenientes à manifestação da vontade de se divorciar.

Deste modo, não há que se falar em perda do interesse processual ou da legitimidade; também não poderá ser arguida preliminar de litispendência, que é meramente dilatória e não impediria mesmo o exame do mérito, mas somente a extinção da ação litispendente; também não deve ser arguido vício de regularidade, custas pendentes de ação anterior, ou até mesmo existência de convenção de arbitragem, vez que estas situações não impedem o exame do mérito de demanda alguma, sendo vícios sanáveis. Como, pela lógica, também não poderia ser cogitada preliminar de coisa julgada na contestação de divórcio, correta a acepção de que nenhum pressuposto processual superveniente à propositura da ação teria o condão de subtrair das partes o direito a ter o divórcio decretado; a aquisição do direito ao julgamento do mérito da ação nasce com a sua propositura, consoante o art. 200 supramencionado, e não se extingue nem mesmo com a morte dos nubentes.

## 5. O divórcio *post-mortem*

Em 05/08/2021, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais se reuniu para julgar o Agravo de Instrumento nº 0627881-31.2021.8.13.0000. O recurso em questão visava a reforma de decisão que julgou extinto, sem resolução do mérito, os pedidos de divórcio e alimentos formulados pela ex-esposa. O juízo *a quo* constatou que o varão tinha falecido no curso do processo, atraindo, nessa linha de raciocínio, o disposto no art. 1.571, I, do CC *c/c* art. 485, IX, do CPC, muito embora tenha reconhecido que o feito foi contestado e o *de cujus*, antes do óbito, havia concordado com a procedência do pedido de divórcio. Assim, a única filha do falecido recorreu da decisão terminativa e pugnou pela homologação do divórcio *post-mortem*, uma vez que, anteriormente ao óbito, as partes já haviam expressamente requerido sua decretação e já estavam separadas de corpos, tendo a agravada, inclusive, pleiteado o afastamento do varão do lar conjugal. Assim, a filha argumentou que não havia motivos para que a agravada permanecesse residindo no imóvel de propriedade única do falecido, e muito menos se justificava o bloqueio de 50% de seus bens, vez que a Agravada não possuiria qualquer direito à meação:

Verifica-se dos autos que a ora agravada ajuizou AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C SEPARAÇÃO DE CORPOS, ALIMENTOS, ARROLAMENTO DE BENS, RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, MANUTENÇÃO NO IMÓVEL E OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA em face de Mauro Augusto Sieiro Ribeiro.

Na fase ainda inicial do processo o réu veio a falecer vítima de covid. Ato contínuo, seu espólio representado por sua filha Rafaela Sieiro Ribeiro anexou petição de nº 160 requerendo: a homologação do pedido de divórcio; a partilha do único bem havido na constância do casamento, um veículo Suzuki Grand Vitara, placa JIE-3517, que está na posse da Autora; a extinção do feito em relação ao pedido de alimentos em favor da autora; que a autora desocupasse voluntariamente o imóvel adquirido exclusivamente pelo de cujus, ou no mínimo, pague aluguel; e o desbloqueio dos bens localizados através do sistema SISBAJUD.

A magistrada *a quo* indeferiu os pedidos do espólio, gerando a sua insurgência.

Conforma acima relatado, ajuizada a ação de divórcio cumulada com reconhecimento de união estável, partilha de bens, alimentos o réu chegou a oferecer contestação, concordando com a decretação do divórcio, insurgindo-se, no entanto, em relação aos demais pontos levantados pela autora, no que diz respeito aos bens, união estável e alimentos. Antes mesmo de realização a instrução, o Sr. Mauro veio a óbito.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (4ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 0627881-31.2021.8.13.0000**. Rel. Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, Rel. do acórdão Des.(a) Ana Paula Caixeta. 4ª Câmara Cível, disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/imprimirEspelho.do>. Julgado em: 05/08/2021. Publicação: 06/08/2021. Acesso: novembro de 2022.

O destino deste Agravo de Instrumento seria o não provimento. No entanto, após sustentação oral ocorrida em julho de 2021, a Desembargadora Ana Paula Caixeta pediu vistas dos autos para melhor análise do feito, no que teceu oportunas considerações sobre a possibilidade da decretação do divórcio *post-mortem* com fulcro no princípio da autonomia da vontade:

Quando o término da sociedade conjugal se dá por meio do divórcio, deve ser observada a manifestação de vontade autonomamente manifestada pelos cônjuges no processo. Em outras palavras, importa prestar tutela adequada à autonomia privada das partes, igualmente incidente no campo das situações subjetivas não-patrimoniais, de natureza pessoal e existencial.<sup>48</sup>

O fundamento maior para o reconhecimento do divórcio após a morte é, certamente, a vontade manifestada em juízo, privilegiando o princípio da autonomia privada. A Desembargadora ainda registrou que ambas as partes manifestaram essa vontade: a autora em sua petição inicial; e o réu, antes de falecer, em sua contestação. O pedido de divórcio, portanto, era reconhecido e incontroverso nos autos. Veja-se outro trecho do acórdão:

(...) a parte Autora, ora Agravada, em sede de sua petição inicial, apresentada na data de 04/05/2020, expressamente manifestou sua vontade no sentido de que "requer a parte autora o divórcio, como medida adequada para a dissolução do casamento" (f. 41, doc. único); de igual forma, a parte Ré, ora Agravante, em sede de sua contestação, apresentada na data de 21/06/2020, afirmou que, "não havendo oposição do Requerido quanto à dissolução do matrimônio, requer seja julgado procedente o pedido de divórcio realizado pela Autora" (f. 256, doc. único) (...) Por essa razão, implica reconhecer que a superveniência da morte de um dos cônjuges no curso do processo ação não acarreta a perda de seu objeto, quando já existe manifestação de vontade de ambos os cônjuges de se divorciarem.<sup>49</sup>

A vontade manifestada em juízo produz efeitos processuais autônomos, consoante art. 200 do Código de Ritos. Além disso, a não objeção ao pedido de divórcio formulado na exordial caracteriza o reconhecimento da procedência do pedido, autorizando o julgamento antecipado do mérito pela ausência de pretensão resistida, aliado a desnecessidade de dilação probatória (art. 487, III, "a" c/c art. 355, I, CPC). Foi justamente na data da apresentação da contestação, onde o pedido se tornou incontroverso, que foi fixado o termo inicial da produção de efeitos do divórcio no caso em questão. Isto porque, com a morte do cônjuge, necessário saber quando o divórcio seria decretado e sua aptidão à produção de efeitos retroativos. Assim, considerando

<sup>48</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (4ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 0627881-31.2021.8.13.0000**. Rel. Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, Rel. do acórdão Des.(a) Ana Paula Caixeta. 4ª Câmara Cível, disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/imprimirEspelho.do>. Julgado em: 05/08/2021. Publicação: 06/08/2021. Acesso: novembro de 2022.

<sup>49</sup> Ibidem.

que o reconhecimento da procedência do pedido ocorreu com a apresentação de contestação, a decretação do divórcio deve retroagir para alcançá-la:

Em outras palavras, a superveniência da morte de um dos cônjuges, não é suficiente para superar ou suplantar o acordo de vontades anteriormente manifestado, o qual possui valor jurídico e deve ser respeitado, mediante a atribuição de efeitos retroativos à decisão judicial que decreta o divórcio do casal, especificamente porque existe pedido formulado nesse sentido.<sup>50</sup>

A 7ª Câmara Cível do tribunal mineiro já havia enfrentado o tema no julgamento da Apelação nº 5054067-56.2016.8.13.0024, dando primazia ao princípio da autonomia da vontade ao reformar sentença terminativa que julgou extinto o divórcio sem resolução do mérito. A apelação em questão, julgada em 29/05/2018 com relatoria do Des. Oliveira Firmino, ainda tratou de importante questão processual: o direito do espólio de permanecer na ação. Isto porque, nos termos do art. 1.582 do Código Civil, o divórcio possui natureza personalíssima. Significa dizer que, falecido o cônjuge, o divórcio perderia seu objeto. Questionou-se, então, se o espólio do cônjuge falecido possuiria legitimidade para dar andamento a ação, no que a resposta foi positiva:

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.<sup>51</sup>

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi o primeiro tribunal do país a enfrentar e conceder o divórcio *post-mortem*. O precedente é a Apelação Cível 1.0000.17.071266-5/001, julgada em 29/05/2018, também com relatoria do Desembargador Oliveira Firmino. O voto da Desembargadora Alice Birchal, além de trazer à baila a natureza jurídica do divórcio, ainda sustenta a legitimidade do espólio do falecido em dar continuidade ao processo, e a impossibilidade de o magistrado proferir decisão de improcedência do pedido de divórcio:

É irrefutável o argumento de que o divórcio é um direito potestativo, nos termos da redação dada ao §8º do art.226, CR/88 pela EC/66 que, exercido, torna obrigatório o julgamento de procedência deste pedido, ainda que o Autor tenha falecido após o ajuizamento da ação, pois a pretensão foi por ele formulada ao juízo competente para tanto e, com sua morte, seu Espólio tem interesse processual, porque o resultado do divórcio pode influenciar no

<sup>50</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (4ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 0627881-31.2021.8.13.0000**. Rel. Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, Rel. do acórdão Des.(a) Ana Paula Caixeta. 4ª Câmara Cível, disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/imprimirEspelho.do>. Julgado em: 05/08/2021. Publicação: 06/08/2021. Acesso: novembro de 2022.

<sup>51</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível n. 5054067-56.2016.8.13.0024**. Relator(a) Des.(a) Oliveira Firmo. 7ª Câmara Cível. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/imprimirEspelho.do>. Julgado em: 05/08/2021. Publicação: 06/08/2021.

juízo das questões levadas ao juízo sucessório, o inventário. Portanto, tem legitimidade processual ativa, o Espólio do falecido Autor do divórcio. Acrescento aos demais fundamentos jurídicos do culto Relator que, ainda que não fosse potestativo, o pedido de divórcio se tornou incontroverso, tanto na audiência de tentativa de conciliação, infrutífera; quanto pelos termos da contestação, porque a Ré expressamente e, por escrito, confirmou sua vontade de se divorciar, acrescentando que já havia separação de fato. Portanto, o fato incontroverso levou à incontrovérsia do pedido de divórcio, cujo julgamento antecipado de parte dos pedidos é permitido e deveria ter sido imediatamente julgado pela instância anterior. Correto o Relator quando afirma que o juízo *a quo* negou jurisdição ao não homologar o pedido de divórcio, imediatamente, diante da incontrovérsia desta pretensão do Autor, não resistida pela Ré.<sup>52</sup>

Na doutrina, autores como Rolf Madaleno<sup>53</sup>, Rodrigo da Cunha Pereira e Edson Fachin<sup>54</sup> se mostraram favoráveis à decretação do divórcio após a morte, sobretudo quando o contraditório já tenha sido formado nos autos, e ambas as partes tenham tido a oportunidade de formular/não contestar o pedido de divórcio, que só não foi julgado em virtude da mora processual:

Afinal, se o casamento já havia acabado, os seus efeitos jurídicos devem se dar à partir da separação de fato do casal, associado a intenção de não mais voltarem ao casamento. Após a EC nº 66/2010, o único requisito para o divórcio é a vontade das partes, ou de apenas uma das partes. Atribuir o estado civil de viuvez a quem já tinha se manifestado, e até tentando concretizar o divórcio pela via judicial é perverter o espírito maior da lei, que deve sempre ser interpretada em consonância com outras fontes do Direito.<sup>55</sup>

Em síntese, a vontade de se divorciar, devidamente manifestada em juízo, reclama julgamento conforme os mandamentos desta vontade, em virtude da natureza do divórcio, da inafastabilidade do Poder Judiciário, da não transposição, para as partes, da demora no deslinde do feito em virtude da superlotação de processos nas varas de famílias, além da impossibilidade de o cônjuge sobrevivente, quando no polo passivo e após ter reconhecido a procedência do pedido de divórcio, inculcar em comportamento contraditório.

### 5.1 Aspectos patrimoniais

Em termos patrimoniais, o grande mérito do divórcio *post-mortem* é promover a partilha dos bens do casal, nos termos de cada regime de bens, como se o falecido vivo fosse. A morte não produz esse mesmo efeito, pois meação não se confunde com herança.

<sup>52</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível n. 1.0000.17.071266-5/001**. Relator(a) Des.(a) Oliveira Firmo. 7ª Câmara Cível. Julgado em: 29/05/2018. Publicação: 05/06/2018. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/imprimirEspelho.do>. Acesso: novembro de 2022.

<sup>53</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 464.

<sup>54</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha; FACHIN, Edson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 259.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 260.

O regime supletivo da vontade é o da comunhão parcial. É dizer: em não havendo pacto antenupcial, aplicar-se-á o regime da comunhão parcial de bens, disciplinado nos arts. 1.658 a 1.666 do Código Civil. Neste regime, comunicam-se todos os bens adquiridos na constância do casamento, excetuando-se os dispostos no art. 1.659, como os bens que os cônjuges já possuíam ao casar (e os sub-rogados em seu lugar, durante a união, adquiridos com recursos exclusivos de um dos cônjuges), os adquiridos por doação ou sucessão na constância da união, os bens de uso pessoal e afins. No entanto, as benfeitorias realizadas durante o matrimônio nos bens particulares do cônjuge serão meadas pelo parceiro, mesmo que tenham sido realizadas com recursos de apenas um dos consortes<sup>56</sup>, vez que, na comunhão parcial, presume-se o esforço comum para aquisição de patrimônio, mesmo que exclusivamente moral.

O regime da comunhão universal de bens, até a entrada em vigor da Lei n. 6.515/1977, era o regime supletivo da vontade. Nele, todos os bens (e dívidas, por evidente) são comunicados, inclusive os anteriores ao matrimônio, com exceção do disposto no art. 1.668 do Código Civil. O regime da separação de bens, que pode ser obrigatório ou convencional, conserva duas massas patrimoniais distintas, que não se comunicam. No entanto, uma diferença significativa diz respeito ao Enunciado n. 377 da Súmula do STJ, que dispõe que no regime da separação legal de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento. Na prática, a separação obrigatória de bens se tornou uma espécie de comunhão parcial às avessas. Não por acaso, duras críticas são feitas pela doutrina.<sup>57</sup>

O regime da participação final nos aquestos é uma inovação do Código Civil de 2002. Trata-se de um regime com características simultâneas da separação convencional e comunhão de bens. Durante a convivência, o casamento deve obedecer às regras da separação de bens; no divórcio, incidem as regras da comunhão parcial.<sup>58</sup> Assim, os cônjuges podem dispor livremente de seus respectivos patrimônios, como ocorre na separação de bens, sem necessitar do consentimento do outro para realizar atos de disposição ou gravá-los de ônus reais. No entanto, finda a união, haverá meação dos aquestos. Trata-se de regime complexo e extraordinário, merecedor de extensa disciplina nos arts. 1.672 a 1.686, muito embora pouco utilizado.

---

<sup>56</sup> Art. 1.660. Entram na comunhão: IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

<sup>57</sup> Maria Berenice Dias (2016, p. 416) dispora: “No regime da separação legal de bens, que vem sendo aplicado à união estável, se dividem os bens adquiridos durante o período de convívio, em face da Súmula 377. No entanto, de forma surpreendente, passou o STJ a exigir a prova do esforço comum para assegurar a meação sobre os frutos. A tendência revela a intenção de revogar a indigitada súmula.”

<sup>58</sup> CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 392.

A questão sucessória é diversa. Primeiramente, qualquer que seja o regime de bens do casamento, o cônjuge conserva o seu lugar de herdeiro necessário, em posição privilegiada na ordem de vocação sucessória estabelecida pelo art. 1.829 do Código Civil. É dizer: mesmo no regime de separação de bens, o consorte será herdeiro.<sup>59-60</sup>

Nos termos do art. 1.830 da codificação privada, somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato, há mais de dois anos. A parte final do dispositivo legal remonta à culpa na separação, não possuindo aplicabilidade nos dias atuais. Percebe-se que o sentido da norma é obstar que o cônjuge casado *meramente no papel* angarie direitos sucessórios que não lhe cabem. A comunhão de vida é o maior fundamento para a partilha dos bens do *de cujos* após a morte. É dizer: a partilha dos bens está condicionada a subsistência da relação matrimonial.

Precisamente por isso é que surge a necessidade da decretação do divórcio *post-mortem*. Findo o sentimento, não há que se falar em atribuição de direitos sucessórios ao cônjuge supérstite somente porque não houve separação de fato pelo lapso temporal escolhido pela norma. O pedido expresso de divórcio na petição inicial, ou o reconhecimento do pedido na contestação, já evidencia a vontade de se separar, deixando cristalino aos olhos do Judiciário que a parte não mais deseja manter-se numa relação que não lhe interessa. Eventual demora na prestação jurisdicional não pode elidir a vontade manifestada, além de representar grave injustiça para com os demais herdeiros, que terão de dividir os bens da herança com alguém que o *de cujos* já não mantinha afeição marital. Lembre-se que ao cônjuge, concorrendo com os descendentes, caberá igual quinhão aos que sucederem por cabeça (art. 1.832, CC), o que pode representar grande desfalque patrimonial em heranças de maior monta.

Em segundo lugar, tem-se que o art. 1.831 do Código Civil garante ao cônjuge o direito real de habitação relativamente ao imóvel da família, desde que seja o único desta natureza a

---

<sup>59</sup> CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 60.

<sup>60</sup> Convém pontuar que a concorrência sucessória de que trata o art. 1.829, I, do Código Civil, se aplica ao regime da separação convencional de bens. Assim, feito o pacto antenupcial elegendo este regime, o cônjuge concorrerá com os descendentes do autor da herança. Igual raciocínio se aplica ao regime da participação final nos aquestos e da comunhão parcial, se o falecido deixou bens particulares. O cônjuge casado no regime da separação obrigatória de bens não concorrerá com os descendentes do falecido, haja visto que, neste regime, há comunicação dos bens havidos na constância da união por força do Enunciado n. 377 da Súmula do STJ, conforme pontua Flávio Tartuce (2017, p. 277). Assim, somente haverá meação, e não sucessão. No entanto, tal não afasta a qualidade de herdeiro necessário e seus respectivos desdobramentos, como, por exemplo, a priorização do cônjuge para o desempenho do múnus de inventariante (art. 617, I, CPC), qualquer que seja o regime de bens do casamento. Acerca do tema, consultar o Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil.

inventariar. Trata-se de norma protecionista, que objetiva assegurar ao cônjuge a permanência no imóvel do casal. Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, o legislador

...pretende impedir uma quebra da razoabilidade em casos corriqueiros de famílias reconstituídas. Assim, obsta-se, *exempli gratia*, que os filhos do falecido cônjuge ou companheiro (quando não forem descendentes da viúva) venham a retirá-la do imóvel em que residia, em um momento tão doloroso, causando uma situação de verdadeira penúria afetiva e material. A regra, portanto, tem um pano de fundo protetivo, mostrando-se válida e compatível com o sistema jurídico, inclusive com os princípios dos quais defluiu.<sup>61</sup>

Novamente, o sentido da norma destina-se a proteger o cônjuge, considerando uma plena comunhão de vida. Se já havia uma ação de divórcio em trâmite, atribuir um direito real vitalício ao supérstite traduziria verdadeiro abuso de um direito real sobre bem alheio, que, ressalte-se, é vitalício. Apenas o divórcio *post-mortem* poderia prevenir este abuso de direito, em homenagem a vontade manifestada. Assim, o imóvel em que residia o casal, a depender do caso e do regime de bens, será objeto de partilha, assegurando ao divorciando a meação da parte que lhe cabe.

Em terceiro lugar, breves considerações devem ser feitas sobre as questões previdenciárias, notadamente a pensão por morte urbana. Quando um segurado casado vem a óbito (ou tem a morte declarada judicialmente), abre-se a possibilidade de os dependentes solicitarem a concessão do benefício previdenciário. A condição de dependente, conforme informações do Instituto Nacional do Seguro Social<sup>62</sup>, é considerada não apenas sob o aspecto econômico, pois a mera relação familiar (no caso, a relação matrimonial) já faz presumir a dependência.

Considerando que o segurado contribuiu por mais de 18 meses ao INSS, e o casamento ou união estável já subsistia por dois anos ou mais (exceto em se tratando de falecimento por motivo de acidente, caso em que não se exige o mencionado tempo de convivência marital), ao supérstite é facultada a solicitação do benefício. O tempo de recebimento depende de algumas variáveis, como a idade do sobrevivente e a duração do casamento ou união estável. O benefício somente será vitalício se o cônjuge ou companheiro já tinha mais de 45 anos na data do óbito do consorte.

---

<sup>61</sup> CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Sucessões. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 359.

<sup>62</sup> INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (Brasil). Pensão por morte urbana. In: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (Brasil). Benefícios. [Brasília, DF]: Instituto Nacional do Seguro Social, 2022. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/pensao-por-morte/>. Acesso em: 12 de novembro de 2022.

Mais uma vez, o alcance e o objetivo dessa norma, que é amparar materialmente o consorte enlutado, não pode ser aplicada aos casos em que havia uma ação de divórcio em curso, e que somente não foi julgada por motivos alheios à vontade do divorciando, que era precisamente a de obter decisão constitutiva do divórcio. Dizer o oposto seria admitir objetivos manifestamente fraudulentos, em prejuízo de toda a coletividade abstratamente considerada, vez que a mencionada autarquia é essencialmente uma seguradora coletiva.

Nesse horizonte, desponta não apenas a importância teórica e prática da concessão do divórcio *post-mortem*, como também sua feição preventiva de possíveis fraudes previdenciárias, transcendendo o aspecto individual para alcançar interesses públicos. Assim, a decretação do divórcio *post-mortem*, amparada na autonomia da vontade externalizada nos autos, cumpre a importante função de concretizar os interesses do falecido e do supérstite, além de impedir confusão patrimonial e toda ordem de abusos econômicos perpetrados pelo cônjuge sobrevivente. Neste sentido, o Projeto de Lei nº 4.288/2021, proposto pelo deputado Carlos Bezerra (MDB-MT), em análise na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania visa dar uma resposta legislativa ao tema, consagrando o divórcio *post-mortem* na legislação brasileira.

## 5.2 A postura do cônjuge supérstite e a proibição do comportamento contraditório

Dever anexo da boa fé objetiva, a proibição do comportamento contraditório ou *venire contra factum proprium* significa “vir contra um fato próprio. Ou seja: não é razoável admitir-se que uma pessoa pratique determinado ato ou conjunto de atos e, em seguida, realize conduta diametralmente oposta”<sup>63</sup>. Como deve ser, o princípio da boa fé objetiva é plenamente aplicável ao Direito das Famílias, e seus corolários naturais, dentre eles o *venire contra factum proprium*, também devem sê-lo. Assim, verifica-se comportamento contraditório apto a ferir o princípio mencionado quando o cônjuge, em sua contestação, não resiste ao pedido de divórcio formulado na petição inicial, mas, após o óbito do consorte, requer a extinção do processo sem resolução do mérito, bloqueio de bens, benefício do art. 1.831 do Código Civil e outras condutas contrárias ao reconhecimento da procedência do pedido.

Ressalte-se que as considerações acerca do *venire* se aplicam tanto na hipótese em que o cônjuge sobrevivente é réu na ação de divórcio, quanto quando seja autor. Se o sobrevivente for autor, sua conduta contraditória verificar-se-ia pela tentativa de desistir da ação após o

---

<sup>63</sup> GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 424.

falecimento do outro, sobretudo se o falecido chegou a reconhecer a procedência do pedido, com a triangulação do contraditório.

Neste sentido, a aplicação do art. 113 do Código Civil, que consagra o princípio da boa fé objetiva e seus respectivos deveres anexos, constituem mais uma justificativa favorável para a decretação do divórcio *post-mortem*. Com efeito, não é razoável admitir posturas processuais manifestamente opostas em nome de uma suposta perda do objeto da ação. A ação de divórcio não perde o objeto por conta do falecimento do cônjuge, vez que o art. 200 do Código de Ritos expressamente dispõe que os atos de vontade unilaterais e bilaterais das partes produzem *imediatamente* a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, restando pendente unicamente decisão judicial para cancelar a vontade expressa e manifestada.

## **6. Considerações finais**

A possibilidade de decretação do divórcio *post-mortem* ainda é um tema pouco explorado na doutrina e na jurisprudência. No entanto, tamanha a sua importância que foi proposto projeto de lei pelo deputado Carlos Bezerra (MDB-MT) visando alterar o Código Civil para inserir expressamente a previsão do instituto. O Direito das Famílias tem como objeto relações jurídicas muito sensíveis e abstratas. A vontade das partes deve ser sempre estimulada, objetivando onde seja possível a solução consensual dos conflitos. No caso do divórcio, não há que se falar em resistência à pretensão manifestada, vez que a ruptura do vínculo matrimonial é um direito potestativo da parte, cuja declaração em juízo produz efeitos de pleno direito.

O divórcio *post-mortem* possui uma natureza dúplice; ao mesmo tempo que é um direito material e potestativo, consubstanciado na vontade de romper o vínculo matrimonial, essa vontade manifestada em juízo gera a aquisição do direito ao julgamento de mérito da declaração correspondente; gera, portanto, um direito processual adquirido, que, nos termos do art. 200 do Código de Processo Civil, deve produzir efeitos imediatos. Assim, na melhor interpretação do art. 200, aliado ao princípio da autonomia da vontade e da boa fé objetiva, a decretação do divórcio *post-mortem* é medida que se impõe.

A tendência à facilitação do divórcio, em privilégio à mínima intervenção do Estado na vida privada do casal, sobretudo na deliberação sobre o fim do matrimônio, iniciou-se de forma extremamente tímida e experimentou diversas mudanças legislativas antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 66. O divórcio *post-mortem*, portanto, representa o

ápice da tendência à desintitucionalização da vida conjugal, em perfeita sintonia com o art. 226, §6º da CF/88 e aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade da vontade e da livre determinação da pessoa.

O direito ao divórcio decorre da própria Constituição (art. 226, §6º), o que, aliado à sua natureza jurídica de direito potestativo, demonstra-se em si mesmo, tornando defeso ao magistrado indeferir o pedido. Nesta acepção, certo afirmar que divorciando possui o direito fundamental ao divórcio, direito este autoaplicável, exercido mediante ato unilateral de vontade e cuja negativa fere direito *líquido e certo*, vez que independe de qualquer dilação probatória para ser demonstrado. A demora na sua concessão, motivada pela mora processual, pode causar danos de natureza extrapatrimonial, com potenciais reflexos na liberdade de determinação da parte, inclusive com a impossibilidade de contrair novas núpcias enquanto pendente a concessão do divórcio. Cumpre ao Judiciário, enfim, efetivar essa vontade dos divorciandos mesmo (e inclusive) após a morte.

### Referências:

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022** / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso: novembro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**, Relator: Ministro Ayres Britto. Tribunal Pleno, 05 maio 2011. DJe-198. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso: novembro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível n. 5054067-56.2016.8.13.0024**. Relator(a) Des.(a) Oliveira Firmo. 7ª Câmara Cível. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/imprimirEspelho.do>. Julgado em: 05/08/2021. Publicação: 06/08/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (4ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 0627881-31.2021.8.13.0000**. Rel. Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, Rel. do acórdão Des.(a) Ana Paula Caixeta. 4ª Câmara Cível. Disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/imprimirEspelho.do>. Julgado em: 05/08/2021. Publicação: 06/08/2021. Acesso: novembro de 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil** – volume 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil – Parte Geral do Código de Processo Civil. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2021

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Salvador: JusPodivm, 2021.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. Salvador: JusPodivm, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena de. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

FRIEDE, Reis. Breves considerações sobre as clássicas dicotomias do direito, v. 21, n.º 46, p. 67-80, set./dez. 2017. In: **Revista Jurídica – CCJ**. Acesso: novembro de 2022.

GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017

INSTITUIÇÃO. In: Michaelis. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Editora Melhoramentos, 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=institui%C3%A7%C3%A3o>. Acesso: novembro de 2022.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (Brasil). Pensão por morte urbana. In: Instituto Nacional do Seguro Social (Brasil). Benefícios. [Brasília, DF]: Instituto Nacional do Seguro Social, 2022

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; FACHIN, Edson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

SANTANA, Inês Helena Batista de; RIOS, Luis Felipe e MENEZES, Jaileila de Araújo. Genealogia do Desquite no Brasil. In: **Rev. psicol. polít.** [online]. 2017, vol.17, n.39, pp. 340-350. ISSN 1519-549X. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-549X2017000200012#:~:text=O%20desquite%20foi%20institu%C3%ADdo%20no,o%20que%20impedia%20novos%20casamentos](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2017000200012#:~:text=O%20desquite%20foi%20institu%C3%ADdo%20no,o%20que%20impedia%20novos%20casamentos). Acesso: novembro de 2022.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma define que separação judicial ainda é opção à disposição dos cônjuges. 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](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). Acesso: novembro de 2022.

TARTUCE, Fernanda. Divórcio liminar como tutela provisória de evidência: avanços e resistências. *In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* v. 95, mar-abr 2020. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Divorcio-liminar-como-tutela-de-evidencia-Fernanda-Tartuce.pdf>. Acesso: novembro de 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil, v.6: Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.