

O DIVÓRCIO *POST MORTEM*: **uma análise da jurisprudência do Egrégio Tribunal de** **Justiça do Estado de Minas Gerais**

Eder Fernandes Santana¹
Luana Roussin Brasil Vieira²

RESUMO

O artigo pretende apresentar uma análise do tema do divórcio *post mortem* na jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Foi realizada pesquisa bibliográfica e de acórdãos e decisões monocráticas no banco de dados de jurisprudência no sítio eletrônico do Tribunal. Identificou-se divergência entre a natureza potestativa do direito ao divórcio e a natureza personalíssima da ação de divórcio.

Palavras-chave: Divórcio. Morte. Direito potestativo. Autonomia da vontade.

¹ Doutor, com estágio de pesquisa pós-doutoral, em Direito e Justiça pela UFMG. Servidor na 3ª Vara de Família de Belo Horizonte/MG. *E-mail:* santanaeder@gmail.com.

² Mestre em Direito e Justiça pela UFMG. Professora de Direito na UNA. Gerente da Secretaria da Justiça 4.0 - Cooperação Judiciária em Belo Horizonte/MG. *E-mail:* luanarbv@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço legislativo de aproximadamente quatro décadas, é possível dissolver o vínculo da sociedade conjugal sem qualquer exigência de lapso temporal e indagação acerca de motivos da ruptura do casamento. O ordenamento jurídico resguarda a autonomia e a liberdade de formar o vínculo matrimonial e de desfazê-lo, se assim for a vontade de qualquer dos cônjuges.

A dissolução da sociedade conjugal vem sendo objeto de debate ao longo dos anos, fruto das modificações nas relações sociais. Uma questão colocada atualmente para o debate jurídico diz respeito à possibilidade de concessão do divórcio no caso de falecimento de uma das partes no curso do processo e antes da sentença. Trata-se da configuração do instituto que vem sendo denominado divórcio *post mortem*.

Objeto de discussão doutrinária no âmbito do IBDFAM, o Instituto Brasileiro de Direito de Família, essa modalidade de término do casamento foi recepcionada pela jurisprudência de tribunais estaduais, inicialmente em São Paulo e em Minas Gerais. É um tema de grande repercussão jurídica, com efeitos processuais e materiais relativos, por exemplo, à decisão pela continuação do processo quanto à eventual partilha e ao estado civil da pessoa sobrevivente. Há ainda projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 4.288/21, de autoria do deputado Carlos Bezerra (MDB-MT), para inserir essa possibilidade na legislação civil.

O objetivo do presente estudo é, em um primeiro momento, explicitar o marco jurídico atual a respeito do divórcio e, por fim, adentrar o tema do divórcio *post mortem*, com recorte para sua abordagem atual na jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça

do Estado de Minas Gerais. Não se pretende adentrar todos os meandros possíveis dos efeitos do acolhimento do divórcio *post mortem*. Ao trazer à baila o estado atual da jurisprudência do tribunal mineiro sobre o assunto, espera-se contribuir para a maior compreensão dos termos do debate em torno da possibilidade do divórcio ante o falecimento de uma das partes durante o processo.

2 O DIVÓRCIO

A Constituição da República de 1988 dispõe no § 6º do art. 226 que o “casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (BRASIL, 1988). Referido dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 66/2010, suprimindo os requisitos de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de, comprovada separação de fato, por mais de 2 (dois) anos, para a dissolubilidade do casamento civil. Trata-se de uma inovação, com a instituição do divórcio “direto”.

A PEC nº 413/2005, que deu origem Emenda constitucional nº 66, foi apresentada em 15.06.2005, sugerindo a unificação do divórcio dentre as hipóteses de separação entre os cônjuges. A justificativa vislumbrava evitar acréscimos de despesas para o casal, com dois processos judiciais (separação judicial e divórcio), bem como não prolongar sofrimentos evitáveis (BRASIL, 2010).

O divórcio “direto” evitaria a exposição da intimidade familiar, bem como da vida privada dos cônjuges e de suas famílias no espaço público dos tribunais. A perquirição da culpa por meio da separação judicial trazia como consequência constrangimentos e agravamento de crises, o que dificultava a construção de soluções para a separação. Em resumo, dramas íntimos, falta de afeto e amor não estariam na seara do Estado e quando levados ao Judiciário,

dificultavam a construção de soluções céleres e eficazes (BRASIL, 2010).

A formação do núcleo familiar pelo casamento e sua respectiva dissolução pelo divórcio teve um percurso histórico que alterou a natureza do instituto.

No Código Civil de 1916, o casamento era indissolúvel. O termo da sociedade conjugal somente foi admissível com a instituição do divórcio, nos termos da Lei nº 6.515/77. O desquite, que não colocava fim ao casamento, deu lugar à separação judicial e à dissolução do vínculo, agora possível, dependia de uma série de requisitos, como prazos prévios, apuração de culpa e, em regra, duas fases processuais (separação judicial e divórcio).

O Estado, nesse período, somente reconhecia as relações familiares oriundas do casamento, e estabelecia uma série de condições para sua dissolução, o que colocava a família no invólucro do monopólio estatal.

Em 2007, houve uma inovação legislativa, que ampliou a autonomia da vontade dos cônjuges, e retirou do poder judiciário a exclusividade de ruptura do vínculo nupcial, por meio da Lei nº 11.441/07, a qual alterou o Código de Processo Civil. Tornou-se possível a separação e divórcio consensuais pela via administrativa, por meio de escritura pública diretamente no cartório. Ainda que com algumas restrições como: o casal não possuir filhos menores ou incapazes, requisitos legais quanto aos prazos, à descrição e à partilha dos bens comuns, definição quanto à pensão alimentícia e o retorno ou não ao nome de solteiro.

O Código Civil Brasileiro, no art. 1.571, prevê as causas de término da sociedade conjugal: “I – pela morte de um dos cônjuges; II – pela nulidade ou anulação do casamento; III – pela separação

judicial; IV – pelo divórcio”. Válido o casamento, esse somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. Assim, somente a morte ou o divórcio colocam fim ao vínculo conjugal, sendo o divórcio medida jurídica garantidora de liberdade e autodeterminação de qualquer dos consortes de escolher não permanecer casado, do mesmo modo que pode escolher se casar.

Em 2010, a Emenda Constitucional nº 66 ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, suprimindo prazos e análise de culpa para a dissolubilidade do casamento civil, concedeu aos cônjuges o poder de escolher livremente, sem qualquer restrição ao fim da vida conjugal, sem que o outro cônjuge pudesse contestar.

Desde então, basta a vontade de um dos cônjuges para que o vínculo seja rompido, sem qualquer necessidade de espera por prazos, procedimento prévio ou qualquer outra obrigação.

A autonomia da vontade das partes se tornou soberana e ninguém ficará vinculado ao cônjuge se não for de sua vontade. Nesse momento, o direito dos cônjuges ganha o caráter potestativo e expressa a autonomia das partes.

Etimologicamente, o direito potestativo vem do italiano *potestà* – poder. Como bem aponta Francisco Amaral, “é o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo” (AMARAL, 2003, p. 129), devendo apenas se sujeitar. Em resumo:

Consiste em um poder de produzir efeitos jurídicos mediante declaração unilateral de vontade do titular, ou decisão judicial, constituindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas. Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir (AMARAL, 2003, p. 129).

Como somente dependem da vontade de seu titular, os direitos potestativos são conhecidos também como direitos de formação, no sentido de que o seu titular pode “modificar, de modo unilateral, uma situação subjetiva de outrem, que, não podendo evitá-lo, deve apenas sujeitar-se” (AMARAL, 2003, p. 129).

Fredie Didier Jr. assim define o direito potestativo:

Direito potestativo é o poder jurídico conferido a alguém de submeter outrem à alteração, criação ou extinção de situações jurídicas. O sujeito passivo de tais direitos nada deve; não há conduta que precise ser prestada para que o direito potestativo seja efetivado. O direito potestativo efetiva-se no mundo jurídico das normas, não no mundo dos fatos, como ocorre, de modo diverso, com os direitos a uma prestação. A efetivação de tais direitos consiste na alteração, criação ou extinção de uma situação jurídica, fenômeno que só se opera juridicamente, sem a necessidade de qualquer ato material (no mundo dos fatos). (DIDIER JR., 2022, p. 403-404).

O divórcio possui, em si, natureza de direito potestativo extintivo, uma vez que se expressa e autodetermina pela autonomia da vontade de qualquer uma das partes, sem que a outra possa a ela se opor. Como um instituto de natureza potestativa e, portanto, que se efetiva normativamente, o centro nevrálgico desse direito é a manifestação de vontade, pois é ela que dá existência e se extraem consequências no mundo jurídico.

De seu turno, a proposição do divórcio possui natureza jurídica personalíssima, por competir somente aos cônjuges decidir pela medida, conforme art. 1.582 do Código Civil. A ação de divórcio tem natureza constitutiva, a qual, segundo Fredie Didier Jr., “é a demanda que tem o objetivo de obter a certificação e efetivação de um direito potestativo” (DIDIER JR., 2022, p. 403).

Como aponta Maria Berenice Dias (2016), o pedido de divórcio não permite oposição, não dispõe de causa de pedir e não necessita de fundamentação. Em resumo, não há defesa cabível. Por essa razão, defende Dias, pode ser adotada a decretação do divórcio a título de tutela de antecipada, mesmo sem pedido de concessão liminar.

Nesse sentido, não parece razoável, ou preciso, o termo “divórcio litigioso”, conflitantes podem ser as demandas adjacentes que permeiam as relações familiares como alimentos, guarda e regime de convivência dos filhos, alimentos, descrição e partilha de bens, entre outras (DIAS, 2016). A opção pelo divórcio diz respeito à preservação da liberdade, à autonomia da vontade e à dignidade humana.

3 O DIVÓRCIO *POST MORTEM*

É possível a decretação do divórcio no curso da ação após o falecimento de uma das partes antes da prolação da sentença? A resposta positiva configura o que vem sendo conhecido como divórcio *post mortem*.

Em decisão inovadora, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG reconheceu a possibilidade de decretação do divórcio, no curso da respectiva ação, mesmo diante do falecimento de uma das partes.³ Trata-se de colendo acórdão, na Apelação Cível nº 1.0000.17.071266-5/001, de 29/8/2018, de relatoria do Desembargador Oliveira Firmo, da 7ª Câmara Cível, segundo o qual:

³ Foi realizada pesquisa no banco de dados de Jurisprudência do sítio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (www.tjmg.jus.br) com a expressão “divórcio post mortem”, com o retorno de seis espelhos de Acórdãos específicos, todos listados nas referências bibliográficas.

[...] É potestativo o direito do cônjuge ao divórcio. 2. A morte do cônjuge no curso da ação não acarreta a perda da ação se já manifesta a vontade dos cônjuges de se divorciarem, pendente apenas a homologação, em omissão do juízo. (MINAS GERAIS, 2018).

A questão é nova no ordenamento jurídico e não é unânime no próprio TJMG. Em sentido contrário, o colendo acórdão de relatoria do Desembargador Fábio Torres de Souza, da 8ª Câmara Cível, na Apelação Cível nº 1.0000.21.080318-5/001, em julgamento datado de 28.10.2021, cuja ementa consta a seguinte orientação: “Tendo o óbito da parte autora ocorrido em momento anterior à sentença, e envolvendo a ação de divórcio direito personalíssimo, a manutenção da sentença que extinguiu o feito, sem resolução do mérito é medida que se impõe”.

Em julgamento datado de 26/1/2023, de relatoria do Desembargador Paulo Tamburini (Juiz de Direito Convocado), da 8ª Câmara Cível Especializada do TJMG, no Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.119860-9/001, ficou reforçada a posição contrária. Da ementa, extrai-se: “Ainda que se trate de direito potestativo, não é cabível a decretação de forma liminar, uma vez que a ação de divórcio é direito personalíssimo, não é possível que se decrete a medida após o falecimento de uma das partes, em momento anterior à prolação da sentença”. No mesmo sentido, o julgado de 26/8/2021, no Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.074484-3/001, de relatoria do Desembargador Carlos Roberto de Faria.

O julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.000.20.077742-3/004 expõe a divergência, vencido o entendimento contrário. Cabe trazer na íntegra a ementa da decisão:

Agravo de instrumento. Ação de divórcio. Extinção da sociedade conjugal. Possibilidade de atribuição de efeitos retroativos à decisão judicial que decreta o divórcio do casal. “Divórcio *post mortem*”. Possibilidade jurídica. Respeito à autonomia da vontade das partes. Produção imediata de efeitos (art. 200 do CPC/15). Reconhecimento da procedência do pedido (alínea *a* do inciso III do art. 487 do CPC/15). Julgamento antecipado parcial do mérito (inciso I do art. 356 do CPC/15). Quando o término da sociedade conjugal se dá por meio do divórcio, deve ser observada a manifestação de vontade autonomamente manifestada pelos cônjuges no processo.- Com a apresentação da petição inicial e da contestação, aperfeiçoou-se a manifestação de ambas as partes acerca da expressa concordância quanto à finalização da sociedade conjugal, por meio do divórcio (inciso IV do art. 1.571 do CC/02 c/c inciso IV do art. 2º da Lei nº 6.515/1977).- Nos casos em que já exista manifestação de vontade de ambos os cônjuges de se divorciarem, a superveniência da morte de um dos cônjuges no curso do processo ação não acarreta a perda de seu objeto.- A superveniência da morte de um dos cônjuges, não é suficiente para superar ou suplantir 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.

V.v.: Agravo de instrumento. Ação de divórcio. Ausência pedido liminar da sua decretação. Falecimento do réu no curso da ação. Homologação divórcio *post mortem*. Impossibilidade. Extinção da sociedade conjugal. Art. 1.571 CC. Decisão mantida. Havendo o falecimento de um dos cônjuges no decorrer da ação de divórcio, rompido se encontra o vínculo conjugal, na forma do art. 1.571 do CC, não havendo, pois, falar em homologação do pedido de divórcio *post mortem* (MINAS GERAIS, 2021a).

É importante extrair da ementa o necessário aperfeiçoamento da manifestação de vontade de ambas as partes sobre a dissolução da sociedade conjugal. Esse é o fundamento que se sobrepõe tanto ao fato morte como hipótese de dissolução do vínculo conjugal, quanto à perda do objeto da ação. A manifestação de vontade se sobrepõe a todos os outros

elementos configuradores da situação jurídica das partes, de que não se exclui aquela que falece no curso do processo.

Esse entendimento tem guarida no Código de Processo Civil, a teor do art. 200, segundo o qual: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. Desse modo, do ponto de vista do direito à ação, não haveria a perda do objeto.

Não se trata de ação a ser interposta após a morte de um dos cônjuges. Embora o divórcio seja um direito potestativo, a sua iniciativa é personalíssima. Não é possível ajuizar ação de divórcio em nome de terceiro já falecido. Isso porque, de acordo com o art. 1.571, I, do Código Civil, a morte é também causa de dissolução da sociedade conjugal.

Esse entendimento foi fixado nas Apelações Cíveis nº 1.0000.23.010593-4/0001 (Rel. Des. Delvan Barcelos Júnior, da 8ª Câmara Cível Especializada do TJMG, julgamento em 2/3/2023), cuja ementa é clara:

O ajuizamento da ação de divórcio após a morte de um dos cônjuges é inviável, observada a natureza personalíssima da pretensão e também o fato que a morte, por si só, é causa da dissolução da sociedade conjugal e nº 1.0000.22.045387-2/001 (Rel. Des. Pedro Aleixo, 4ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 2/6/2022, de que vale constar: ‘É descabido o ajuizamento de ação de divórcio por pessoa já falecida representada pela sua genitora, já que não há interesse processual no pedido (art. 1.571 CC), tampouco legitimidade processual para requerê-lo (art. 1.582 CC)’. (MINAS GERAIS, 2023).

Um dos efeitos para o cônjuge sobrevivente, que não será viúva/viúvo, mas passará à situação jurídica de divorciada/

divorciado, é a perda de legitimidade para qualquer iniciativa ou intervenção no processo de inventário do *de cujus*. Esse entendimento foi firmado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.239693-1/001 (8ª Câmara Cível Especializada do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Rel. Des. Carlos Roberto de Faria, Julgamento 27/10/2022), cuja ementa é importante constar: “2. Considerando que foi decretado o divórcio *post mortem*, com modulação dos efeitos para antes do óbito, evidente que o cônjuge sobrevivente não tem legitimidade para intervir no processo de inventário.” (MINAS GERAIS, 2022)

Da ementa, verifica-se, ainda, a possibilidade de modulação de efeitos da decretação do divórcio para momento anterior ao óbito. Da leitura do voto do relator, vê-se que a decisão que reconheceu o divórcio *post mortem* modulou os efeitos da decisão para o momento da apresentação da contestação pelo *de cujus*. Está-se diante da exceção de uma decisão constitutiva com efeitos *ex tunc*, com eficácia retroativa. Verifica-se ser essa uma decisão balizada pelo momento da manifestação de vontade, alicerce de todo o pensamento acerca desse novo instituto.

4 CONCLUSÃO

O divórcio, como um instituto de direito material, tem natureza de direito potestativo extintivo. Concretiza-se pela expressão da autonomia da vontade de qualquer uma das partes, sem que a outra possa contestá-la. A ação de divórcio, por sua vez, possui natureza jurídica personalíssima, por competir somente aos cônjuges decidir pela medida.

A possibilidade de decretação do divórcio após a morte de um dos cônjuges no curso do processo gera debates diversos, entre eles, de natureza processual e a respeito das consequências para o cônjuge sobrevivente.

Verifica-se cingir-se à divergência entre a natureza potestativa do direito ao divórcio e a natureza personalíssima da ação de divórcio. A defesa da possibilidade de decretação de divórcio *post mortem* se alicerça na natureza potestativa do direito ao divórcio, sobrepondo-se à natureza personalíssima do direito à respectiva ação.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *DOU*, Brasília, DF, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. *DOU*, Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 1º mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. *DOU*, Brasília, DF, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm. Acesso em: 1º mar. 2023.

BRASIL. *Projeto de Lei Complementar PEC 413/2005*. Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre o divórcio. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5294D72DDE459F359E62ED6990A5CA8D.proposicoesWebE-externo2?codteor=315665&filename=Tramitacao-PEC+413/2005. Acesso em: 1º mar. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 24. ed. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2022. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil – volume único*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0000.20.077742-3/004. Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes, Relatora para o acórdão: Des.^a Ana Paula Caixeta. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 6 ago. 2021a. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.074484-3-1/001. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 13 set. 2021b. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0000.21.239693-1/001. Relator: Des. Carlos Roberto de Faria. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 09 nov. 2022. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.0000.22.119860-9/001. Relator: Des. Paulo de Tarso Tamburini Souza. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 30 jan. 2023. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.17.071266-5/001. Relator: Des. Oliveira Firmo. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 7 jun. 2018. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.22.045387-2/001. Relator: Des. Pedro Aleixo. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 2 jun. 2022. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0000.23.010593-4/001. Relator: Des. Delvan Barcelos Júnior. *Diário do Judiciário eletrônico*, Belo Horizonte, 3 mar. 2023. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 2 abr. 2023.