



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO DA UFBA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**VÍVIAN SANTOS DE ASSIS**

## **O INSTITUTO DO DIVÓRCIO “POST MORTEM”**

A SOBREPOSIÇÃO DA AUTONOMIA DE VONTADE DIANTE DA NATUREZA  
PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO DE DIVÓRCIO

**Salvador**

**2018**

VÍVIAN SANTOS DE ASSIS

## **O INSTITUTO DO DIVÓRCIO “POST MORTEM”**

A SOBREPOSIÇÃO DA AUTONOMIA DE VONTADE DIANTE DA NATUREZA  
PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO DE DIVÓRCIO

Monografia apresentada como requisito para aprovação  
na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II, do curso  
de graduação em Direito da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal da Bahia.

Salvador

2018

VÍVIAN SANTOS DE ASSIS

## **O INSTITUTO DO DIVÓRCIO “POST MORTEM”**

A SOBREPOSIÇÃO DA AUTONOMIA DE VONTADE DIANTE DA NATUREZA  
PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO DE DIVÓRCIO

Essa monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, 12 de dezembro de 2018.

### **BANCA EXAMINADORA**

---

**Leandro Reinaldo da Cunha – Orientador**

Pós-doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
Universidade Federal da Bahia

---

**Prof<sup>a</sup>. Joseane Suzart Lopes da Silva**

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia  
Universidade Federal da Bahia

---

**Prof. Técio Spínola Gomes**

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo  
Universidade Federal da Bahia

## **AGRADECIMENTOS**

Coroando minha trajetória acadêmica na graduação, através do presente trabalho de conclusão de curso, pela Faculdade de direito da Universidade Federal da Bahia agradeço primeiramente à Deus, por sempre estar presente em minha vida, iluminando meus caminhos, me dando força para seguir em frente.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e seu corpo docente, por me proporcionar a chance de desfrutar de um conhecimento singular.

Ao meu Orientador, Professor Leandro Reinaldo da Cunha por sempre me fazer lembrar da minha capacidade, e por tornar possível a realização desse sonho.

Agradeço à minha família, por ser meu alicerce, fruto de amor incondicional, carinho e dedicação.

Aos meus amigos da graduação, futuros colegas de profissão, os quais formei laços que levarei por toda a vida

E, a todos que direta e indiretamente puderam contribuir para a minha formação, minha sincera gratidão.

## RESUMO

Com base no atual ordenamento jurídico brasileiro, a morte e o divórcio são os principais meios de viabilização do término matrimonial. Embora ambas resultem no fim do relacionamento, cada uma produz consequências distintas. Enquanto a morte decorre do curso natural da vida, o divórcio se mostra como uma das mais sublimes formas de manifestação de vontade, traduzindo o princípio da liberdade. Uma vez em curso processual tenha se verificado a manifestação inequívoca pelo término conjugal por parte de um ou ambos com consortes, antes do óbito de qualquer um destes, se faz pertinente o questionamento da sobreposição da autonomia de vontade diante de uma possível perda de objeto da ação, tendo em vista a natureza personalíssima do processo de divórcio. Essa decisão influi conseqüentemente nos aspectos sucessórios e previdenciários, decorrentes do falecimento de um dos consortes. Por meio de análises de posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais, bem como legislação vigente, ficou constatada a possibilidade da aplicação do divórcio *post mortem*, ao passo que esse instituto visa a garantia da dignidade da pessoa humana, perpetuando a máxima da vontade das partes instituída pela Emenda Constitucional nº 66/2010.

**Palavras-chave:** divórcio, morte, divórcio *post mortem*, vontade, liberdade, garantias.

## ABSTRACT

Based on the current Brazilian legal system, the death and divorce are the main means of making the term marital viable. Although both result in the end of the relationship, each one has different consequences. While the death stems from the natural course of life, the divorce is one of the most sublime forms of manifestation of desire, translating the principle of liberty. Once a procedural course has occurred the unequivocal manifestation of the conjugal termination by one or both of the consorts, before the death of any of them, it becomes pertinent to question the overlapping of the autonomy of the will in the face of a possible loss of object of the action, in view of the very personal nature of the divorce proceedings. This decision consequently influences the succession and social security aspects, due to the death of one of the consorts. Through analysis of doctrinal positions, jurisprudence, as well as current legislation, it was verified the possibility of applying the *post mortem* divorce, where as this institute purpose the guaranty of the protection of human dignity, perpetuating the maximum of the will of the parties established by the Constitutional Amendment nº 66/2010.

**Keywords:** divorce, death, *post mortem* divorce, desire, freedom, guarantees.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO .....</b>	<b>10</b>
2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	12
2.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE E SUA VINCULAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DIREITO DE FAMÍLIA .....	14
2.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE .....	17
<b>3 DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO .....</b>	<b>21</b>
3.1 A MORTE .....	21
3.2 A SEPARAÇÃO .....	25
3.3 O DIVÓRCIO .....	29
<b>3.3.1 Visão histórica .....</b>	<b>29</b>
<b>3.3.2 Conceito e espécies .....</b>	<b>32</b>
<b>3.3.3 Características do divórcio .....</b>	<b>37</b>
<b>4 O DIVÓRCIO <i>POST MORTEM</i> .....</b>	<b>40</b>
4.1 A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA DE VONTADE DAS PARTES: O DIREITO A NÃO MANUTENÇÃO DO RELACIONAMENTO .....	46
4.2 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO DIVÓRCIO <i>POST MORTEM</i> .....	49
4.3 A RETROATIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS RELATIVAS AO DIVÓRCIO <i>POST MORTEM</i> .....	52
4.4 CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DA CONCESSÃO DO DIVÓRCIO <i>POST MORTEM</i> .....	55
<b>4.4.1 Consequências sucessórias .....</b>	<b>55</b>
<b>4.4.2 Consequências previdenciárias .....</b>	<b>59</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>66</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Esta monografia possui como objeto de estudo o instituto do divórcio *post mortem* e suas implicações no âmbito do direito de família. Trata-se de uma pesquisa que possui relevante papel social, ao passo que busca demonstrar como esta modalidade de divórcio poderá ser útil dentro do ordenamento jurídico brasileiro, bem como as demais consequências jurídicas provenientes da sua utilização.

A família se configura como uma instituição que possui como um dos seus alicerces a manifestação de vontade e, com o mesmo arbítrio que é formada, poderá ser desfeita caso assim deseje os partícipes. Essa dissolução culminará em uma série de efeitos no âmbito jurídico. Assim, a história a ser escrita pelos componentes da unidade familiar, em geral, se reveste pelo *animus* da durabilidade. Contudo, a liberdade intrínseca em cada relação os concede o arbítrio em permanecer ou não no relacionamento, e a materialização da manifestação da vontade em não se manter mais em se dá através da ação de divórcio ou por meio da dissolução da união estável.

Nessa senda, o divórcio ou a dissolução de união estável atualmente são os meios utilizados pelos casais que desejam dissolver o enlace firmado anteriormente, não sendo relevante a exposição do motivo que culminou no término do relacionamento. Como garantia da efetividade do rompimento, seja pela via judicial ou extrajudicial, é necessário que as partes manifestem seu desejo junto ao poder Judiciário ou a um tabelião em sede de cartório de registros civis, respectivamente.

No entanto, do momento em que as partes se manifestam pelo fim do relacionamento até a homologação do pedido feito pelas autoridades, há um espaço de tempo no qual podem ocorrer implicações indesejadas, a exemplo da morte de um ou ambos os consortes. Tal situação é passível de discussão, tendo em vista que do divórcio e da morte decorrem consequências diversas aos cônjuges, protagonistas da demanda judicial.

A fim de proteger os indivíduos inseridos no contexto familiar, é essencial a aplicação dos princípios norteadores das relações de família presentes no ordenamento jurídico pátrio, de modo que as principais garantias como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e sua vinculação ao princípio da não intervenção do Estado, bem como a afetividade e a solidariedade sejam resguardados e aplicados em seu devido momento.

O capítulo seguinte identifica as formas de dissolução do casamento, de modo que será apresentado os conceitos e características de cada modalidade, além de uma breve evolução história destes. Por fim o quarto capítulo é o tema central do trabalho, sendo responsável em apresentar o instituto do divórcio *post mortem* de modo geral. Além disso, este capítulo busca demonstrar de que modo o divórcio após a morte está em consonância com a autonomia de vontade dos consortes, seus requisitos de concessão e as consequências decorrentes da aplicação.

A escolha do tema decorre da dimensão e importância que o mesmo detém, ao passo que o reconhecimento da dissolução conjugal *post mortem* altera o estado civil dos cônjuges, além de retirar o cônjuge sobrevivente da condição de herdeiro necessário da ordem de vocação hereditária. O instituto do divórcio, após Emenda Constitucional nº66/2010, estabeleceu como único requisito a vontade das partes para a sua decretação. Dessa forma, em havendo manifestação neste sentido não haveria motivação para manutenção do casamento, tendo em vista que a vontade emanada em sede processual merece ser respeitada.

Caso não fosse levada em consideração a vontade do falecido, ou ambas as partes, em concretizar o divórcio em vida poderia acarretar até mesmo em lesão ao Instituto Nacional de Seguridade Social, uma vez que atualmente é necessário tão somente a apresentação da certidão de casamento, juntamente com a certidão de óbito para a concessão de pensão em decorrência da morte do cônjuge.

Assim, essa pesquisa poderá contribuir como fonte de informação para a sociedade como um todo. Diante da escassez da discussão sobre um conteúdo que tem impactos significativos na vida da população brasileira são necessários estudos que permitam uma maior visibilidade do assunto e incentivem o desenvolvimento de pesquisas no meio acadêmico.

Dentre as metodologias utilizadas nessa monografia, sobretudo, foram a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. A pesquisa bibliográfica envolveu a busca de livros, artigos publicados em revistas especializadas e sites. A coleta de informações através de pesquisa documental ocorreu, especificamente, mediante pesquisa à legislação vigente em território nacional, bem como pesquisa jurisprudencial sobre a matéria, dentre as decisões judiciais fornecidas pelo Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

## 2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tidos como a base normativa sobre a qual se firma toda a construção do sistema jurisdicional<sup>1</sup>, os princípios constitucionais são normas jurídicas que visam otimizar o disposto na Constituição Federal, delineando o que está posto e coordenando a atividade do legislador para que este no momento da criação e estruturação de leis imprima os valores essenciais a dignidade do ser humano, salvaguardando os direitos da coletividade.

O advento da Carta Magna em 1988 provocou uma mudança significativa na maneira com a qual se utilizava os princípios. Estes a partir do momento da promulgação da Constituição se tornaram o sustentáculo desta, deixando de servir tão somente como orientação, sem força normativa, para se posicionar em local de destaque, como norma constitucional.

Sob esse aspecto, Robert Alexy<sup>2</sup>, que define os princípios como “mandados de otimização”, defende que os mesmos terão mais ou menos pertinência a depender do caso concreto em questão, levando-se em consideração tanto as possibilidades fáticas quanto as possibilidades jurídicas.

Diante da explosão de princípios após o reconhecimento da sua imprescindibilidade no ordenamento jurídico, e ante a possibilidade de se utilizar mais de um em determinadas situações é comum que possa surgir certo “conflito de princípios” e certa dúvida de qual deverá ser utilizado. Nestes casos, deverá se aplicar o princípio da proporcionalidade.

Segundo os ensinamentos de Maria Berenice Dias<sup>3</sup>, o princípio da proporcionalidade é fundamental na limitação do princípio da “estrita legalidade”, uma vez que terá o papel de interferir na escolha da melhor opção ao caso concreto, norteando a utilização dos princípios cabíveis e não tão somente excluindo um princípio em detrimento do outro, caracterizando o que a autora chama de “diálogo das fontes”.

---

<sup>1</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.237.

<sup>2</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p.91.

<sup>3</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 48.

Já Robert Alexy<sup>4</sup> leciona que um princípio é preferencial ao outro, ao passo que respeitam certos requisitos e a partir da conclusão destes se verifica que um deles possuirá um peso maior, sendo este o escolhido como o precedente ao caso.

No que se refere às relações de família, os princípios constitucionais se encarregam de delimitar quais os deveres de cada indivíduo para que possam desfrutar dessa instituição. Além disso, buscam exercer, na maior e melhor medida possível, o cumprimento dos preceitos substanciais para a vida dos indivíduos em sociedade. Nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho<sup>5</sup>, é dever da doutrina o “reconhecimento da autonomia científica” dos princípios postos no ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais podem ser classificados como gerais ou específicos, sendo esses específicos os direitos postos no ordenamento que se referem mais exclusivamente ao direito de família. Os princípios gerais são aqueles que podem ser utilizados em toda a esfera jurídica, sem grandes objeções. Como exemplo tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, dentre outros<sup>6</sup>.

Enquanto isso há também os princípios especiais, que nas palavras de Maria Berenice Dias<sup>7</sup> são “próprios das relações familiares” e funcionam como guia para a apreciação das questões que envolvam a família brasileira. Como exemplo, podem ser citados os princípios da afetividade e da solidariedade. Ademais, sobre o assunto, Cristiano Chaves de Farias<sup>8</sup> sinaliza sobre a importância da revisão da legislação constitucional vigente, a fim de que haja uma efetiva prestação e utilização e adequação desses princípios essenciais à legislação vigente.

Todos esses princípios surgiram por consequência de um momento na história em que as regras jurídicas não bastavam mais para responder aos anseios sociais, ao passo que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como base do

---

<sup>4</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, op. cit., p. 94-95.

<sup>5</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de Família**. v.6, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 78.

<sup>6</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, op. cit., p. 50.

<sup>7</sup>Ibidem, p. 51.

<sup>8</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 115.

Estado Democrático de Direito e dos demais princípios considerados fundamentais para o direito de família pôs fim a essa limitação, ampliando as possibilidades de interpretação a serem dadas aos comandos constitucionais.

## 2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o princípio basilar da Constituição Federal. Dele derivam vários outros princípios que são considerados essenciais no Estado Democrático de Direito. Segundo Maria Berenice Dias<sup>9</sup>, este seria “o mais universal de todos os princípios”, constituindo-se como um “macroprincípio”.

Tamanho a sua magnitude que a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 1º, no inciso III, o princípio como valor fundamental<sup>10</sup>. Contudo, a Carta Magna não se limitou ao artigo primeiro, se encarregando de trazer, ao longo da sua redação, referências ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A começar pelo seu art. 170, referente aos princípios gerais da atividade econômica, prevendo que a ordem econômica, tendo em vista a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, deve assegurar a todos “existência digna conforme os ditames da justiça social<sup>11</sup>”.

No artigo 226, §7º também da Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana, juntamente com o da paternidade responsável, se encarrega de consolidar o planejamento familiar, que é de livre decisão do casal<sup>12</sup>. Além disso, o art. 227, ao

---

<sup>9</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 52.

<sup>10</sup>BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm): Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; **III – a dignidade da pessoa humana**; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político (Grifo nosso).

<sup>11</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...].

<sup>12</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

enumerar os deveres da família, Estado e sociedade para com os jovens, idosos e crianças, também inclui entre eles o direito à dignidade<sup>13</sup>.

Tais previsões por toda a Constituição só explicitou a indiscutível escolha do constituinte em elevar o indivíduo ao patamar de prioridade do Estado, tendo este o dever de salvaguardar direitos do cidadão.

Embora atualmente notória a importância do princípio da dignidade da pessoa humana a sua posituação é um tanto quanto recente. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet<sup>14</sup>, apenas no século XX, após os desastrosos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial que o princípio começou a obter destaque e relevância. Dada à magnitude negativa dos acontecimentos, a Declaração Universal da ONU tratou de reconhecer a sua importância em 1948, influenciando na inserção do instituto nas Constituições ao redor do mundo.

É importante destacar que a falta de posituação em alguns ordenamentos jurídicos ao redor do mundo não significa a falta de reconhecimento da dignidade da pessoa humana. A condição de elevação à norma sem dúvida torna o princípio vinculante, contudo não exime os profissionais do direito e a sociedade local do dever de cumprimento, nem retira do princípio a qualidade de direito fundamental.

A dignidade da pessoa humana no momento em que é posta em legislação local acaba por integralizar mais facilmente normas constitucionais e direitos fundamentais. Com base nisso, não é raro encontrar decisões nos tribunais brasileiros que citem a dignidade da pessoa humana como base de fundamentação jurídica para a resolução de impasses.

Segundo Rolf Madaleno, a família passou a ser um meio direto de proteção à dignidade da pessoa humana, “de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito constitucional<sup>15</sup>”. Esse princípio basilar constitucional acaba por promover a igualdade,

---

<sup>13</sup>**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão<sup>13</sup>. (Grifo nosso).

<sup>14</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62.

<sup>15</sup>MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 46.

dentre as várias possíveis constituições familiares, sendo censurável qualquer conduta que se mostre contrária a esses valores.

Qualidades como afeto, solidariedade, união respeito, confiança, amor e os projetos de vida comum são preservados e abarcados pelo princípio, a ponto de permitir de forma democrática e sensível a manifestação social e pessoal de cada ser que integre a entidade familiar<sup>16</sup>.

Tal é a magnitude do princípio da dignidade que este funciona como um impedimento à involução no que se refere aos direitos fundamentais. Qualquer medida imposta pelo legislador que de alguma forma lese determinado princípio não poderá permanecer no ordenamento jurídico posto, devendo ser considerada inconstitucional, de modo a evitar o retrocesso, o qual seria sem dúvida prejudicial à família.

O intuito de promover a equiparação de todos os indivíduos, constituintes de uma determinada sociedade democrática, acaba por irradiar com outros princípios como o da liberdade, também imprescindível ao cidadão para a vida em sociedade.

## 2.2 PRINCÍPIO DA LIBERDADE E SUA VINCULAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DIREITO DE FAMÍLIA

O princípio da liberdade, com fundamento constitucional na forma do art. 5º da Carta Magna<sup>17</sup>, se traduz pela livre iniciativa ao poder de escolha e autonomia do indivíduo no que se refere à organização da sua vida. De acordo com Dirley da Cunha Jr.<sup>18</sup> o direito à liberdade reveste o ser humano de prerrogativas que viabilizam a escolha de como o mesmo irá se portar, e de que forma irá viver inserido na sociedade, de modo a satisfazer sua felicidade e bem estar sem que interfira no direito do outro.

Surgido antes mesmo da Constituição Federal de 1988, o princípio da liberdade em certo aspecto se mostra paradoxal. Por um lado, enquanto defende os direitos e autonomia dos indivíduos, seja quanto à liberdade de expressão ou quanto ao direito

---

<sup>16</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.

<sup>17</sup>**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

<sup>18</sup>CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 540.

de ir e vir, por outro, busca também limitar e direcionar algumas liberdades no senso coletivo, visando a garantia da manutenção da ordem.

Contudo esse princípio, sem dúvida, contribuiu para a configuração da família, uma vez que, sob a égide do regime democrático vivido na atualidade, os indivíduos são livres para escolher seus parceiros, a maneira com a qual desejam viver, mas também o regime de bens que será adotado. Homens e mulheres possuem tratamento isonômico no que se refere à configuração da sociedade conjugal.

Sobre a inserção do princípio da liberdade no âmbito familiar, discorre Paulo Lôbo:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral<sup>19</sup>.

Anteriormente, existia uma configuração hierárquica da família que imputava limitações, principalmente aos filhos e à esposa, posicionando o homem como patriarca da família, detentor do poder das decisões no âmbito familiar. Segundo Maria Berenice Dias, o princípio da igualdade aplicado às relações familiares reconfigurou os tratamentos parentais no que se refere ao vínculo de solidariedade entre pais e filhos<sup>20</sup>, mas também aos cônjuges, de modo que evidencia a ligação direta do referido princípio ao princípio da igualdade.

Graças ao instituto da liberdade, pôde-se também romper diversas barreiras, resistindo ao preconceito e permitindo a constante reinvenção da configuração familiar brasileira. Hoje há diversas formatações e configurações vigentes, desde as tradicionais, como o casamento, passando pela união estável, homoafetiva e, atualmente já se cogita a possibilidade de configuração das relações poliafetivas.

A aplicação do princípio da liberdade, contudo, não se restringiu apenas a garantir a formação da sociedade conjugal entre dois indivíduos, possibilitando tanto

---

<sup>19</sup>LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 64.

<sup>20</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.

a dissolução do casamento quanto a extinção da união estável. Neste caso, vigora a autonomia do indivíduo perante o Estado e a sociedade<sup>21</sup>.

Levando em consideração que o instituto da família tenha se desvinculado das imposições convencionais e, em alguns momentos, retrógradas com base no referido princípio, não é plausível que o Estado de certa maneira ainda restrinja as pessoas no âmbito da sua vida privada. É nesse sentido que o princípio da liberdade se vincula ao princípio da não intervenção do Estado, de modo que se torna imprescindível a demarcação dos limites de ingerência, para que a vontade do Estado não se sobreponha a vontade das partes<sup>22</sup>.

A intervenção mínima do Estado consiste em limitar as instituições estatais para com os interesses pessoais do cidadão, de modo que possa fornecer a assistência necessária e devida aos que solicitem seu auxílio sem que invadam a particularidade do mesmo, bem como sua liberdade de escolha. No caso específico do divórcio, as partes tem liberdade de se desvincular umas das outras e o Estado, na qualidade de garantidor deve tão somente auxiliá-los a alcançar o objetivo, qual seja o fim da sociedade conjugal.

Ainda que o Estado guarde consigo o interesse em preservar a instituição familiar, há uma linha tênue entre a tolerância e o exagero que, se ultrapassada interfere diretamente na intimidade dos consortes<sup>23</sup>. Por isso, a fim de evitar criar contratempos indesejados, é necessário que esteja bem claro seu papel perante o caso concreto e, que sua conduta interventora seja a mínima possível na resolução de questões no seio familiar.

Segundo Maria Berenice Dias possivelmente estão escassas as motivações que justifiquem uma “estatização do afeto”<sup>24</sup> a ponto de interferir diretamente nas decisões particulares das partes. Com base na observância do princípio da liberdade, atrelado a possibilidade de ruptura do afeto, a intervenção estatal necessariamente deve ser mínima na autonomia privada dos consortes.

---

<sup>21</sup>LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 64.

<sup>22</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 40.

<sup>23</sup>Ibidem, p. 40.

<sup>24</sup>Ibidem, p. 40.

Sendo assim, fica evidente a importância do princípio da liberdade para com as relações familiares, associado à mínima intervenção do Estado. Uma vez que o Estado na condição de garante ofereça ao cidadão os meios adequados para a efetivação do divórcio, interferindo unicamente quando um direito fundamental é violado, o princípio da liberdade assim como o princípio da dignidade da pessoa humana estarão assegurados.

### 2.3 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O princípio da afetividade no âmbito familiar brasileiro se apresenta como um dos fundamentos das “relações socioafetivas e a comunhão da vida”<sup>25</sup>, se sobrepondo aos pontos de vista biológico e patrimonial. A função social da família brasileira gira em torno da primazia do afeto, bastando a existência ou a falta deste para a formação ou dissolução conjugal.

Nesse aspecto, sinaliza José Sebastião de Oliveira:

A afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros – a fim de que a família seja respeitada em sua dignidade e honorabilidade perante o corpo social – é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual<sup>26</sup>.

Maria Berenice Dias entende que embora a utilização do termo *affectio societatis* seja mais frequente no direito empresarial, este também pode ser empregado no direito de família, no sentido de demonstrar como o afeto se apresenta como base na construção da relação entre duas pessoas em busca da formação de uma nova família<sup>27</sup>.

Toda família deve ser formada por laços de afeto e solidariedade. Dessa forma, o princípio da afetividade está diretamente ligado ao aspecto da convivência familiar, ao passo que valida e perpetua o princípio da igualdade entre os entes familiares, além de desmistificar a existência de qualquer diferença de ordem biológica ou afetiva, sobrelevando a “natureza cultural” familiar<sup>28</sup>.

<sup>25</sup>LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 68.

<sup>26</sup>OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 233.

<sup>27</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59.

<sup>28</sup>**Direito civil: famílias**, op.cit., p. 68.

Não obstante esteja implícito da Constituição Federal, o princípio da afetividade está intrínseco em seu texto de lei demonstrando que não existe tão somente a ordem biológica como única e real a ser considerada. A título de exemplo, verifica-se o reconhecimento da igualdade entre os filhos biológicos ou não do casal, na forma do art. 227, §6º e o reconhecimento do parentesco natural e civil no art. 1.593 do Código Civil.

No caso dos companheiros e cônjuges, é na obrigação mútua da assistência que se traduz a afetividade<sup>29</sup>. Uma vez inexistente esse sentimento de solidariedade entre o casal é suficiente para que, manifestando sua vontade, apenas um ou mesmo ambos dissolvam sua sociedade conjugal. A afetividade aplicada é, segundo Paulo Lôbo<sup>30</sup>, o único vínculo que mantém os indivíduos interligados nas relações familiares.

Ademais, a depender de como o princípio da afetividade incide no caso concreto, não há nem mesmo a necessidade da intervenção do legislador, pois ele por si só já consta como indicativo de solução para a resolução de conflitos. Contudo, em determinados casos, o papel do legislador é crucial, ante a inexistência de afeto e a permanência de assuntos pendentes relacionados ao casal, como a guarda compartilhada dos filhos menores<sup>31</sup>.

O entendimento majoritário atual reconhece o afeto como lastro da configuração da família brasileira, de modo que inexistente o princípio da afetividade não há porque se exigir a manutenção do núcleo familiar. Sendo assim, é digno e correto que se permita tanto a formação quanto a dissolução do vínculo no caso de ausência de afeto, sendo um dos aspectos de respeito à dignidade da pessoa humana, ao passo que o indivíduo deve reger sua vida de acordo com suas convicções, desde que não viole o espaço ou o direito do outro.

O fim da afetividade, é o elemento preponderante para o término da sociedade conjugal, bem como da união estável, independente da manifestação formal da autoridade competente. Vista como um meio, e não mais como um fim, a família se projeta como um instrumento da busca pela felicidade dos indivíduos que a compõem<sup>32</sup>. A autoridade, portanto, deve se limitar a prestação de auxílio e

---

<sup>29</sup>LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69.

<sup>30</sup>Ibidem, p. 71.

<sup>31</sup>Ibidem, p. 70.

<sup>32</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53.

homologação do desejo das partes na ceara jurídica, uma vez que o afeto tenha findado.

Nesse sentido, assevera Thiago Felipe Vargas Simões que o direito da busca da felicidade de dois indivíduos, que não guardam mais desejos e interesses mútuos, para com outro seio familiar é plenamente plausível, e não pode ser preterido “por um capricho da lei” que, em determinados momentos, cria óbices ao desejo das partes e insiste em caracterizar o fim social da família quando este já está totalmente desfeito, ante a ausência de afeto<sup>33</sup>.

Com a mesma fluidez e desejo que uma união entre duas pessoas se realizam, deve se coordenar a dissolução do vínculo, se limitando o poder Judiciário à interceder para garantir os interesses pessoais das partes, de modo que viabilizem o término perante as autoridades competentes, direcionados a fins burocráticos, e respeitem a dignidade do ser humano e a sua liberdade e autonomia de vontade.

Enquanto isso, outro princípio que possui o afeto como uma de suas bases é o princípio da solidariedade. Dentre os significados acerca da solidariedade, pertinentes a relação familiar, nota-se o dever de responsabilidade recíproca entre indivíduos, bem como o compartilhamento de ideias, doutrinas, sentimentos, interesses e obrigações<sup>34</sup>.

Este princípio é responsável por imprimir, aos indivíduos que constituem laços familiares, deveres de reciprocidade entre eles<sup>35</sup>, no sentido de determinar, intrinsecamente, as obrigações que devem ser cumpridas<sup>36</sup>. Dentre elas, destaca-se a colaboração entre os consortes na constância do casamento no intuito dirigir a sociedade conjugal nos interesses do casal e dos filhos<sup>37</sup>, a reciprocidade assistencial<sup>38</sup>, a obrigação de concorrer proporcionalmente com seus bens e

<sup>33</sup>SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. (Des)afeto e família. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, ano XII, n. 64, mai. 2009. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6112](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6112).

<sup>34</sup>SOLIDARIEDADE. *In*: DICIONÁRIO online do Michaelis, 2018. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/solidariedade/>.

<sup>35</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 56.

<sup>36</sup>BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm): Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

<sup>37</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

<sup>38</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: [...] III -

vencimentos para o sustento da família e educação dos filhos, independentemente do regime de bens escolhido<sup>39</sup>, dentre outros mais constantes no Código Civil.

Todos esses deveres quando descumpridos alertam para a ruína do relacionamento conjugal e, da mesma forma que a falta de afetividade já enseja o término conjugal, a falta de solidariedade entre o casal também indica o fim do relacionamento. A reciprocidade é um dos pilares conjugais. Uma vez ausente, a estrutura matrimonial fica extremamente abalada e comprometida, tendo os consortes a liberalidade em escolher pela manutenção ou fim da sociedade.

Portanto, a solidariedade em forma de princípio foi responsável por desenvolver, em caráter constitucional<sup>40</sup> e familiar, o ideal de cuidado no âmbito jurídico, e este cuidado, que tem início através dos cônjuges, se estende aos demais partícipes do núcleo familiar. Sem ele, o objetivo fundamental da constituição da família não se perpetua, podendo sua ausência se configurar como um dos motivos de uma possível dissolução conjugal entre os consortes.

---

mútua assistência.

<sup>39</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

<sup>40</sup>**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...].

### 3 DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

De acordo com a legislação brasileira, mais precisamente em previsão no art. 1.571 do Código Civil de 2002, são quatro as formas de dissolução da sociedade conjugal: pelo divórcio, pela morte de um dos cônjuges, em havendo nulidade ou anulação do casamento, e através da separação judicial.

Embora ainda esteja prevista no Código Civil, o instituto da separação judicial se encontra em desuso diante da promulgação em 2010 da Emenda Constitucional nº 66, que alterou o §6º do art. 226 da Constituição Federal. Desde então é autorizada a dissolução mediante divórcio direto, sem a exigência de prazos a serem cumpridos pelas partes para a concretização do divórcio.

Dessa forma, se faz pertinente tratar desses meios de dissolução do vínculo conjugal, com exceção do conceito de invalidade do casamento, uma vez que o objeto de pesquisa parte do pressuposto de que a união foi realizada de maneira válida, não incidindo, portanto, os pressupostos de nulidade e anulabilidade do casamento.

#### 3.1 A MORTE

A morte se traduz como a conclusão da jornada vital dos seres humanos. De acordo com o art. 6º do Código Civil<sup>41</sup>, o óbito do indivíduo implicará na extinção da personalidade jurídica, bem como dos direitos da personalidade<sup>42</sup>. No âmbito do direito das famílias, a morte de um dos cônjuges extingue automaticamente o poder familiar em relação aos filhos do casal, além de pôr fim à sociedade conjugal, na forma do art. 1.571 do Código Civil<sup>43</sup>.

Com o óbito de um dos consortes, o cônjuge sobrevivente deixa de ostentar o estado civil de casado, passando à condição de viúvo. Cumpre ressaltar que diante do enorme avanço no quesito das convenções sociais, bem como constitucionais, no

---

<sup>41</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

<sup>42</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** famílias. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 409.

<sup>43</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges [...].

âmbito do direito de família, o estado de viuvez também será concedido aos indivíduos que possuam união estável<sup>44</sup>.

Sendo assim, mesmo que a união estável não exija grandes formalidades das partes para a sua formação, ou não exija um ato solene, como é o caso do casamento, a sua dissolução pela morte de um dos companheiros guarda as mesmas consequências e concede os mesmos direitos ao então “companheiro sobrevivente”.

Em se tratando de catástrofes naturais, tempos de guerra, ou qualquer outro acontecimento que seja ínfima a chance de serem encontrados sobreviventes, poderá ser deflagrada a morte do indivíduo, uma vez que se constate sua enorme probabilidade. A esse fenômeno dá-se o nome de “morte presumida sem ausência” ou “morte real sem cadáver”<sup>45</sup>. Nesse caso, é necessário que se esgote todos os meios de busca possíveis, a fim de estabelecer a possível data do óbito<sup>46</sup>.

Em caso de ausência por tempo significativo de um dos consortes, que não tenha dado qualquer notícia da sua localização ou derive de algum acontecimento trágico, também incidirá a morte presumida, no entanto na forma do art. 6º do Código Civil<sup>47</sup>. Neste caso é necessária a decretação de sentença que declare a ausência, bem como a morte presumida para que sejam transferidos aos seus sucessores os bens do ausente<sup>48</sup>.

Uma vez declarado morto um dos cônjuges, os deveres de reciprocidade, nos aspectos pessoal e patrimonial deixam de existir para o consorte sobrevivente<sup>49</sup>, conferindo ao cônjuge restante o *status* de viúvo, bem como autoriza a contração de novas núpcias.

---

<sup>44</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 28.

<sup>45</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 409.

<sup>46</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

<sup>47</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

<sup>48</sup>**O novo divórcio**, op. cit., p. 29.

<sup>49</sup>**Curso de direito civil: famílias**, op. cit., p. 409.

Acerca das consequências advindas com o óbito de um dos consortes, para fins de evitar indesejadas confusões de ordem sucessória, é desaconselhável que a pessoa viúva do sexo feminino contraia núpcias antes do prazo de dez meses a contar do óbito do ex-marido<sup>50</sup>. Isso porque o Código Civil<sup>51</sup> estabeleceu esse período como indicativo de presunção de paternidade do consorte falecido.

Assim, caso a consorte sobrevivente contraia núpcias com outro indivíduo neste período, é atribuído a este novo casamento uma causa suspensiva, na forma do inciso II do art. 1.523 do referido código, qual seja a obrigatoriedade da aplicação do regime de separação obrigatória de bens<sup>52</sup>. Contudo, a causa suspensiva poderá ser desconsiderada caso a ex-esposa comprove que ao tempo do novo casamento não estava grávida<sup>53</sup>.

Na mesma linha de pensamento, também não se tratando de causa impeditiva da realização do casamento, é pertinente que a viúva que possua filhos do casamento anterior, com o cônjuge falecido, só contraia núpcias após a conclusão da partilha dos bens do ex-cônjuge, pelo fato de incidir causa suspensiva ao ato, obrigando a escolha do regime de separação total de bens referente ao novo relacionamento, para que não culmine em incongruências sucessórias<sup>54</sup>.

Embora o óbito de um dos consortes implique no fim da sociedade conjugal, alguns vínculos que foram constituídos no momento do casamento não poderão ser desfeitos nem mesmo com a morte. O parentesco em linha reta com os familiares do cônjuge falecido, por exemplo, não se extingue com a morte deste. Essa medida se

---

<sup>50</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 410.

<sup>51</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...]II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento [...].

<sup>52</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.523. Não devem casar: [...] II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal [...].

<sup>53</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.523. [...] Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

<sup>54</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros [...].

faz necessária a fim de que se impeça o casamento com parentes em linha reta, evitando, mais uma vez, confusões de ordem sucessória<sup>55</sup>.

Outro efeito do matrimônio que não se encerra com a morte é a respeito da opção pela manutenção ou não do sobrenome de casado, cabendo esta decisão tão somente ao cônjuge que aderiu no momento do casamento.

Deliberar acerca desta manutenção de forma diversa quando houvesse a morte de um dos consortes seria incoerente, ao passo que o divórcio também se apresenta como um meio de pôr fim ao vínculo matrimonial e consente a deliberação das partes acerca da manutenção ou não do nome de casado<sup>56</sup>.

Hoje, na medida em que o Código Civil permite em seu art. 1.565, §1º que haja o acréscimo do nome do cônjuge ao seu sobrenome, uma vez aderido não poderá um terceiro, mesmo sendo o outro cônjuge, em ação de divórcio, ou até mesmo o juiz, solicitar ou exigir a retirada do sobrenome, pois o nome é um “direito da personalidade”, não podendo ser modificado a menos sob desejo do seu titular<sup>57</sup>.

Anteriormente, mais especificamente antes da instituição da Emenda Constitucional nº 66/10, havia a possibilidade de perda do sobrenome pelo cônjuge que o adquiriu no momento do casamento se o mesmo fosse declarado culpado no processo de separação, tendo que o cônjuge considerado inocente expressar claramente sua vontade para tanto, além da alteração não poder prejudicar de alguma forma sua identificação ou algum dano grave<sup>58</sup>.

Note-se que com o instituto da separação judicial em desuso, não se utiliza mais o quesito culpa como um implicador tanto na vontade de se divorciar e quanto à manutenção do nome de casado. Assim, o cônjuge ganhou o poder de escolha, além de ter seu direito personalíssimo e indisponível resguardado.

Além da manutenção do nome e a proibição de união com parentes em linha reta, mais uma consequência advinda da morte de um dos consortes é quanto ao direito real de habitação que possui o cônjuge sobrevivente caso exista bem imóvel a

---

<sup>55</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 410

<sup>56</sup>Ibidem, p. 410

<sup>57</sup>Ibidem, p. 443

<sup>58</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 98.

ser transmitido<sup>59</sup>, a depender do regime de bens instituído ao tempo do casamento e, sendo este o único domicílio do casal.

Portanto, sendo uma das formas de dissolução do vínculo matrimonial, mesmo que voluntariamente através do ato de suicídio, a morte de um dos cônjuges geralmente decorre do curso natural da vida, situação pela qual todos os indivíduos irão passar. Sendo assim, sua principal divergência com o instituto do divórcio é que o óbito não decorre da simples manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges.

### 3.2 A SEPARAÇÃO

Motivado por uma forte corrente católica predominante no século XX, o Brasil resistiu por muitos anos até conceder aos consortes a possibilidade de dissolução dos vínculos formados pelo ato do casamento. Segundo Fábio Ulhôa Coelho<sup>60</sup>, até o ano de 1977, o Brasil era o único país que ainda adotava em sua Constituição Federal a regra da impossibilidade da dissolução do vínculo matrimonial.

Entre a grande pressão da sociedade para que a legislação da época acompanhasse os acontecimentos sociais, firmados no entendimento da insustentabilidade de perpetuação da união quando a contragosto de um ou ambas as partes, e por outro viés, a resistência da igreja católica em liberar o divórcio direto aos que desejassem se separar, surgiu a possibilidade do divórcio por conversão.

Assim, o casal necessitava ultrapassar duas etapas para lograr o tão desejado divórcio. Primeiramente havia um processo de separação, onde seria desfeita a sociedade conjugal, mas se permaneceria o vínculo matrimonial entre os consortes<sup>61</sup>. Somente ultrapassada a etapa da separação, os cônjuges poderiam seguir com a conversão para o segundo passo, o divórcio. Neste momento, seria dissolvido o vínculo matrimonial.

Acerca da primeira etapa da dissolução, a separação judicial dispunha de um processo judicial para sua efetivação. Quanto às duas modalidades possíveis, se destacavam a amigável e a litigiosa. No que se refere a amigável, as partes iam, de

---

<sup>59</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 410

<sup>60</sup>COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil**, v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 96.

<sup>61</sup>Ibidem, p. 97

comum acordo perante ao juiz requerer a extinção do vínculo<sup>62</sup>. Sua concretização dependia do cumprimento de três requisitos, na forma do art. 1.574 do Código Civil<sup>63</sup>.

Primeiramente, o transcurso do prazo de mais de um ano de casado pelos cônjuges que desejam se separar. O legislador ao determinar esse prazo entendeu que seria necessário para o “amadurecimento da percepção<sup>64</sup>” dos consortes, e a partir desse tempo, sem qualquer modificação em seus desejos, estariam certos da decisão pela dissolução conjugal.

O segundo passo seria o consentimento de ambas as partes pelo fim do casamento. Como previa a lei, as partes precisavam perante ao magistrado manifestar seu desejo em se separar, que poderia acatar ou não ao pedido das partes se a convenção não atendesse de forma satisfatória aos interesses dos filhos ou de um dos cônjuges<sup>65</sup>. Sendo assim, prevalecia o interesse do juiz em face ao desejo pessoal dos consortes.

O terceiro e último requisito para a concessão da separação amigável seria a imprescindível homologação da decisão pelo juiz permitindo a separação do casal. Partiria do juiz a análise de que o acordo não teria qualquer tipo de vício, de modo a desnivelar os direitos e deveres de cada consorte. Caso pugne pela oposição, fundamentando sua decisão, as partes ainda teriam a chance de revisar o acordo no que o juiz não achou pertinente<sup>66</sup>.

Querendo ou não, esses requisitos possuíam a intenção de desestimular os consortes que desejam cada um seguir seus caminhos. Nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho, “continua o legislador acreditando que o melhor para a família é invariavelmente o casamento eternizado, ainda que se revele diminuta ou nenhuma a felicidade dos cônjuges ou um deles”<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup>COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil**, v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 97

<sup>63</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

<sup>64</sup>**Curso de direito civil**, op. cit., p. 99

<sup>65</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.574. [...] Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

<sup>66</sup>**Curso de direito civil**, op. cit., p. 99

<sup>67</sup>Ibidem, p. 98.

Acerca da separação litigiosa, poderia esta ser com culpa ou sem culpa de uma das partes. A justificativa de falta de amor ou afeto possivelmente não seria suficiente para figurar como causa plausível de solicitação<sup>68</sup>.

No tipo de separação com culpa, prevista no art. 1.572 do Código Civil<sup>69</sup>, a parte autora tinha o dever de comprovar que a parte ré transgrediu de maneira inadmissível os deveres impostos para a manutenção do casamento, estando impossível a convivência conjugal.

As consequências conferidas a parte ré que fosse considerada culpada, além do pagamento das verbas sucumbenciais, perpassavam pela possibilidade de perda do nome de casado<sup>70</sup>, além disso se fosse o caso de necessitar de alimentos para sua subsistência, o cônjuge culpado só teria direito ao mínimo estabelecido à época.

No caso da separação sem culpa, seria necessária a interrupção da vida a dois pelo prazo superior a um ano, demonstrada a impossibilidade de reconciliação<sup>71</sup>. Esta era denominada “separação-ruptura”<sup>72</sup>. Também como opção de solicitação de separação ausente a culpabilidade, poderia a parte autora ingressar com ação desde que a parte ré tenha sofrido, superveniente ao casamento, de doença grave sem possibilidades de cura por pelo menos dois anos, na forma do §2º do art. 1.572<sup>73</sup>.

Sendo assim, por muitos anos perdurou essa configuração onde primeiramente era necessário o processo de separação para só assim, culminar no divórcio. Ainda assim, no caso do divórcio por conversão, para ser decretado, só após um ano de trânsito em julgado da sentença de separação.

<sup>68</sup>COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil**, v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100.

<sup>69</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

<sup>70</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial. § 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro. § 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.

<sup>71</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.572. [...] § 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

<sup>72</sup>**Curso de direito civil**, op. cit., p. 104.

<sup>73</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.572. [...] § 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

Posteriormente, de forma bem tímida, situado nas disposições finais da Lei do Divórcio de 1977<sup>74</sup>, previa o art. 40<sup>75</sup> a possibilidade do divórcio direto. Seria o início da derrocada de anos de retrocesso, onde a intervenção estatal estava além da medida para com as questões de ordem particular dos consortes.

Com redação dada pela Lei nº 7.841 de 1989, um ano após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual guarda viés garantista, defensora da dignidade da pessoa humana, o artigo previa que no caso das partes estarem há dois anos consecutivos separados de fato, a ação de divórcio poderia ser suscitada diretamente, necessitando apenas da comprovação do decurso do tempo que o casal ficou separado.

Não fosse a cobrança da sociedade por uma efetiva dissolução matrimonial face ao penoso instituto do divórcio por conversão, bem como a jurisprudência reconhecendo as limitações das hipóteses que abarcavam o instituto da separação, seria capaz ainda nos dias de hoje os consortes terem que suportar a vida a dois, sem que houvesse amor ou cumplicidade, características que os levaram ao matrimônio<sup>76</sup> face a inefetividade de um penoso processo de dissolução que teriam que enfrentar sem a garantia de sucesso.

Por muito tempo os institutos do divórcio e da separação, da maneira que estavam sendo aplicados, traduziam-se como um castigo a quem os recorresse no lugar de assegurar aos mesmos a sua efetivação<sup>77</sup>. Felizmente, o advento da Constituição Federal de 1988, culminado posteriormente com a Emenda Constitucional nº 66/2010, essa realidade foi se alterando gradativamente, de modo que passou a conferir aos consortes o divórcio direto, sem exigências de prazo para sua efetivação, bastando tão somente como pré-requisito a manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges.

---

<sup>74</sup>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. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm).

<sup>75</sup>**Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**: Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação. (Redação dada pela Lei nº 7.841, de 1989).

<sup>76</sup>COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil**, v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 96.

<sup>77</sup>Ibidem, op. cit., p. 96.

### 3.3 O DIVÓRCIO

#### 3.3.1 Visão Histórica

Em um período não muito distante, mais precisamente na vigência do Código Civil de 1916, o casamento era indissolúvel. À sombra da Igreja Católica, suas imposições acerca dos bons costumes e os deveres que eram impostos pelo instituto do casamento precisavam ser veementemente seguidos, findado apenas com a morte de um dos cônjuges.

Nesses termos, previu o Código Canônico a elevação do pacto matrimonial ao status de sacramento, perpetuando como única forma de união a que ocorresse entre batizados da Igreja. O matrimônio sendo “ratificado e consumado” não poderia mais ser dissolvido pelo homem, uma vez que Deus havia consagrado tal união em caráter eterno, só podendo ser dissolvida pelo Romano Pontífice, por justa causa, a pedido de uma ou ambas as partes, no caso de não consumação do casamento<sup>78</sup>.

No momento da construção do Código Civil de 1916, criado originalmente no século XIX, foi inevitável a incorporação dos ideais religiosos da época, embutidos aos cânones romanos. Qualquer outra configuração de família que destoasse dos moldes impostos pelo Código acerca do casamento, não era admitida em sociedade, não sendo reconhecido como família, nem produzindo efeitos no âmbito jurídico. Rotulava-se como “concubinato” qualquer tipo de relacionamento fora das configurações que o casamento demandava<sup>79</sup>.

A existência dessa situação deixava à margem as pessoas que desejavam se separar dos seus atuais companheiros. Diante disso surgiu com a Proclamação da República em 1889 a possibilidade de se “desquitar”<sup>80</sup>, que embora se apresentasse como uma possível solução para os casais que optassem pela separação, ainda mantinha o vínculo matrimonial do casal, pondo fim tão somente ao regime de bens.

Além de ser um ato extremamente mal visto e rejeitado pela sociedade<sup>81</sup>, em suma, o desquite não resolveu o problema da extinção voluntária do casamento, tendo

---

<sup>78</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36-37.

<sup>79</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 388.

<sup>80</sup>**O novo divórcio**, op. cit., p. 39.

<sup>81</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 219.

em vista que eram exigidos inúmeros requisitos para sua consumação, não sendo concedido tão facilmente. Desta forma, apenas a morte ou a anulação do casamento possibilitaria as partes em contrair núpcias novamente.

A ineficiência do desquite, bem como a resistência legislativa ao divórcio com o passar dos anos virou sinônimo de desconforto social, pois há muito já se constatava entre os indivíduos a impossibilidade do caráter perpétuo que o casamento propunha. Com o intuito de resolver o problema, em 1977 foi promulgada a Lei nº 6.515, conhecida como a Lei do Divórcio.

Essa lei foi responsável mudar drasticamente a conotação do que previa a Constituição Federal vigente à época, passando da indissolubilidade absoluta do casamento para a sua possibilidade desde que houvesse o requisito prévio da separação judicial<sup>82</sup>. Embora a lei tenha sido considerada um enorme avanço social, a ruptura dos valores postos foi feita de maneira gradativa, ante o conservadorismo ainda arraigado da época.

De acordo com a Lei do Divórcio, primeiramente era necessária a ação de separação dos cônjuges para só depois convertê-la em divórcio. Seria o chamado “divórcio indireto” ou “divórcio por conversão”<sup>83</sup>. Dessa forma, substituía-se a previsão do ‘desquite’, trazido pelo Código de 1916, pela ‘separação judicial’. O processo de separação era permitido apenas por uma única vez e, só seria concedida se o casal aguardasse um prazo de três anos para conversão da separação em divórcio.

É nesse momento também, através da mesma lei, em seu art. 40, que o divórcio direto foi implementado, no ordenamento jurídico brasileiro. Este permitia aos casais que já estivessem há mais de cinco anos em separação de fato previamente à data da promulgação da lei, em 28 de junho de 1977, o ingresso direto da ação de divórcio, sem ter que previamente ingressar com a ação de separação. Ainda assim, como requisitos essenciais era necessário a comprovação do decurso do tempo, bem como a identificação da causa da separação<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42

<sup>83</sup>Ibidem, p. 43

<sup>84</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 220.

O divórcio direto, previsto na Lei do Divórcio, embora tenha se mostrado um grande progresso, não era facilmente concedido por conta dos seus rígidos requisitos. A separação judicial como condição prévia ao divórcio também encontrou objeções pela sociedade, por ser extremamente complexa e invasiva no que tange a intimidade dos cônjuges, além de não resolver de maneira direta o problema da dissolução do casamento ante todos os empecilhos impostos:

Criou-se desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta<sup>85</sup>.

Quando o divórcio direto, em 1988, ganhou sua previsão constitucional, sua eficácia passou a ser imediata. O §6º do art. 226 da Constituição aprimorou a previsão do divórcio, trazido pela Lei nº 6.515/77, diminuindo o prazo de cinco para dois anos do requisito da separação de fato do divórcio direto, necessário para sua concessão. Da mesma maneira, diminuiu o tempo necessário de conversão de separação judicial para divórcio, o chamado 'divórcio indireto', exigindo dos cônjuges o prazo de um ano.

Vinte e dois anos depois, embalada pelas mudanças socioculturais e princípios fundamentais constitucionais, surge em 2010 a Emenda Constitucional nº 66, destinada a alterar o que previa o §6º do art. 226 da Constituição Federal, perpetuando a liberalidade quanto à dissolução conjugal. Manter o relacionamento passava a ser agora tão somente por desejo e não mais por uma obrigação eterna, desvinculando-se totalmente dos ensinamentos perpetuados pela Igreja Católica.

Finalmente, com o advento da Emenda não era mais necessário se utilizar o pré-requisito da separação judicial para que fosse posteriormente convertido em divórcio, deixando de estar previsto na Constituição Federal de 1988. O instituto da separação subsistia tão somente por conta da resistência da corrente antidivorcista, que perdeu sua força graças ao avanço do pensamento social além da diminuição da intervenção estatal nas relações interpessoais.

Assim, não haviam mais previsões de prazos como requisitos prévios, bem como a necessidade de comprovação da separação de fato entre os consortes. A

---

<sup>85</sup>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, [2010]. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=5294D72DDE459F359E62ED6990A5CA8D.proposicoesWebExterno2?codteor=315665&filename=Tramitacao-PEC+413/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5294D72DDE459F359E62ED6990A5CA8D.proposicoesWebExterno2?codteor=315665&filename=Tramitacao-PEC+413/2005). Texto Original.

supervalorização quesito afeto e, conseqüentemente a sua falta na relação a dois, autorizava desde já o divórcio pela simples manifestação de vontade de um dos cônjuges<sup>86</sup>. Nesse aspecto, expõem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Trata-se de completa mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca afastar-se da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante<sup>87</sup>.

O advento da Emenda resultou na previsão de um divórcio menos burocrático e oneroso para os consortes que desejassem por um fim a sua sociedade conjugal. Com isso, os Tribunais de Justiça passaram a conceder o divórcio diretamente às partes, entendendo que com a publicação da Emenda nº 66/2010 não havia porque aplicar o instituto da separação judicial<sup>88</sup>, previsto ainda em legislação esparsa, como a Lei do Divórcio, ainda vigente em alguns aspectos no ordenamento jurídico.

Portanto, após tantas mudanças, previsões e configurações diversas, o divórcio hoje resume-se a um direito potestativo, onde uma ou ambas as partes põem fim ao relacionamento por motivações que única e exclusivamente dizem respeito aos consortes, sem prazos ou condições prévias, tornando o direito brasileiro, no que se refere ao direito civil, um dos mais avançados e liberais do mundo<sup>89</sup>.

### 3.3.2 Conceito e espécies

Na forma do inciso IV do art. 1.571 do Código Civil, uma das vias para obtenção da dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial é através do divórcio. Deste modo, este se caracteriza como o instituto que põe fim ao casamento, convertendo o estado civil dos cônjuges, passando a ser intitulados como divorciados.

Embora a união estável não guarde as mesmas formalidades que o ato do casamento exige em sua formação, a sua destituição abarcará todas as formalidades que também são aplicadas em caso de dissolução do matrimônio<sup>90</sup>. Isso porque a Constituição Federal foi responsável por equiparar como entidade familiar, o

<sup>86</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 389.

<sup>87</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 45.

<sup>88</sup>Ibidem, p. 64.

<sup>89</sup>Ibidem, p. 68

<sup>90</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 114.

casamento, a união estável, bem como as comunidades formadas por descendentes e qualquer um dos pais:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

**§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.**

**§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.**<sup>91</sup> (Grifo nosso) [...]

Assim, a extinção do vínculo conjugal permite a constituição de novos vínculos, de ordem matrimonial ou não, por ambas as partes, bem como põe fim aos direitos sucessórios e deveres conjugais, anteriormente estabelecidos, como a fidelidade recíproca, o domicílio conjugal para a vida a dois, e mútua assistência<sup>92</sup>.

Além de extinguir os deveres impostos ao casal para manutenção da relação, a ruptura da vida em comum tem o poder de pôr fim a incidência do regime de bens. Essa perspectiva é preponderante, pois o término conjugal é o momento em que fluirão os efeitos advindos da escolha do regime na celebração do casamento, até mesmo quando não escolhidos voluntariamente. Assim, caso o indivíduo adquira patrimônio posterior a data que ficar estabelecida a dissolução do vínculo, este não poderá mais ser atribuído ao ex-cônjuge, pois este não guardaria mais a condição de consorte.

Maria Berenice Dias<sup>93</sup> esclarece que a implantação da Emenda Constitucional nº 66/2010 perpetuou o divórcio como um meio direto de dissolução conjugal, uma vez que sua execução foi responsável por alterar a redação do art. 226, § 6º da Constituição Federal<sup>94</sup>. A nova configuração apresenta-se como uma grande inovação, pois se absteve de instituir prazos de separação de fato para a efetivação do divórcio como anteriormente, que era de dois anos.

<sup>91</sup>BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

<sup>92</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

<sup>93</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 235.

<sup>94</sup>**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Nesse aspecto agiu de maneira correta o legislador, à medida que a “fluidez do conceito” que se reveste a separação de fato é relativa a cada relacionamento<sup>95</sup>. Limitar o lapso temporal que o casal deveria permanecer unido significaria violar frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como princípio da liberdade.

É importante destacar que apesar da lei suscitar a máxima de que o divórcio põe fim também aos efeitos do regime de bens adotado enquanto os indivíduos se constituíam como casal, essa verdade não mais se verifica desde a separação de fato:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSO CIVIL. FAMÍLIA. DIVÓRCIO. COMUNHÃO PARCIAL. BEM ADQUIRIDO APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO. RUPTURA DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS. IMPOSSIBILIDADE DE PARTILHA AO EX-CÔNJUGE. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL<sup>96</sup>.

Contudo, nem sempre o divórcio, ou mesmo a ruptura do regime de bens, esteve facilmente disponível aos que desejassem dissolver a união conjugal. Tal medida foi a expressão de uma grande evolução histórica acerca do divórcio no Brasil, que anteriormente se resumia a indissolubilidade absoluta do vínculo conjugal, e foi evoluindo para a concessão do divórcio desde que previamente houvesse a separação judicial, até chegar ao divórcio como direito potestativo conhecido atualmente<sup>97</sup>.

Se for da vontade dos consortes por fim ao relacionamento, eles poderão optar pelas espécies de dissolução presentes na legislação brasileira. Dentre as possibilidades de fim da comunhão destacam-se o divórcio extrajudicial e o divórcio judicial.

Acatando ao pedido da sociedade pela facilitação do instituto do divórcio nas situações em que não houvesse desacordo ou litígio entre as partes, no ano de 2007 foi promulgada a Lei nº 11.441, regulamentada mediante art. 1.124-A do então Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, e recepcionada no Novo Código de

<sup>95</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96.

<sup>96</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo em Recurso Especial 1334716/DF**. Agravo em Recurso Especial. Civil. Processo Civil. Família. Divórcio. Comunhão parcial. Bem adquirido após a separação de fato. Ruptura do regime matrimonial de bens. Impossibilidade de partilha ao ex-cônjuge. Agravo conhecido para dar provimento ao Recurso Especial. Agravante: R C DE A M. Agravado: M DE S M. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 4 de setembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=86394261&num\\_registro=201801867883&data=20180904&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=86394261&num_registro=201801867883&data=20180904&formato=PDF).

<sup>97</sup>**O novo divórcio**, op. cit., p.35.

Processo Civil na forma do art. 733<sup>98</sup>. Ela foi responsável em possibilitar a realização de separação e divórcio consensuais através da via administrativa<sup>99</sup>.

Desta forma, cartórios de registros, bem como estabelecimentos notariais foram autorizados a realizar divórcios, inventários e partilhas de bens desde que fossem de forma consensual e que não envolvessem interesses de nascituro ou filhos incapazes. Essa modalidade sem dúvida foi responsável por desafogar as varas de família ante a diminuição da quantidade de processos, além de conceder de maneira mais célere os divórcios nos casos considerados de menor complexidade.

Tendo em vista a facilidade que o modelo extrajudicial oferece, o divórcio judicial acaba sendo uma via de exceção, destinado a situações peculiares que não possam ser abarcadas administrativamente. Sendo assim, se a escolha ou opção das partes acerca da dissolução conjugal for pela via judicial, poderão estes optar por duas modalidades distintas: divórcio consensual ou divórcio litigioso.

O divórcio consensual, ou amigável, de mútuo consentimento, é aquele em que a dissolução se faz sem grandes embates ou discordâncias, no qual as questões são resolvidas perante um juiz e a sua concessão se dá através de sentença constitutiva. Ressalte-se que a consensualidade aqui está atrelada a decisão pelo fim do casamento, podendo os aspectos financeiros que permeiam a dissolução serem discutidos em outro momento.

Na maioria das vezes, essa via é escolhida pelas partes quando o rompimento não pode ser feito de forma extrajudicial, mediante tabelião no cartório de registros civis, pelo fato de envolver interesses de incapaz, sendo indispensável a intervenção do Ministério Público no processo<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup>BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Ato2015-2018/2015/Lei/13105.htm): Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

<sup>99</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

<sup>100</sup>**Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - **interesse de incapaz**; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. (Grifo nosso).

Em juízo, o divórcio consensual se realizará nos moldes dos arts. 731 a 734 do Código de Processo Civil. Além disso, como salienta o autor Cristiano Chaves<sup>101</sup>, não é necessário que haja qualquer indicação do motivo pelo qual o divórcio está sendo requisitado, mas tão somente as cláusulas de que irão se valer para perpetuar o divórcio, como a descrição e a partilha de bens, guarda dos filhos e regime de visitas, pensão alimentícia, dentre outros previstos no art. 731 do CPC.

Já o divórcio litigioso é justamente quando não há mais entre as partes o *animus* de permanecer casado ou unido, sendo necessária a intermediação do juiz para a resolução de conflitos acerca das consequências do término do relacionamento quais sejam: a partilha do patrimônio adquirido na constância da união, a deliberação acerca da guarda dos filhos, dentre outros<sup>102</sup>. É importante ressaltar que o litígio formado não se faz por causa do divórcio em si, pois se trata de um direito potestativo, bastando estar presente a manifestação de vontade de uma das partes para sua solicitação.

Note-se que existe também a hipótese do divórcio tido por litigioso sendo o paradeiro de um dos cônjuges desconhecido. Contudo, a falta de informação da localização de um dos consortes ocasiona a citação por edital, medida excepcional, sendo somente permitida quando comprovado que se esgotaram todos os meios possíveis de localização.

Sendo assim, não existe a hipótese de “divórcio direto por edital”, pois não é admissível no ordenamento jurídico pátrio a dispensa automática da citação pessoal do indivíduo. Tal atitude viola frontalmente o princípio do contraditório e ampla defesa<sup>103</sup> do consorte que se encontra em local incerto ou não sabido.

Logo, uma vez utilizados todos os meios de localização admissíveis e mesmo assim não sendo localizado um dos consortes, poderá o juiz conceder à parte autora o divórcio, de modo que serão levados em consideração a sua manifestação de vontade, além do respeito ao princípio da liberdade, inerente a todos.

---

<sup>101</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 424.

<sup>102</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.99.

<sup>103</sup>**Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Graças a Emenda Constitucional nº 66/2010, o divórcio, seja qual for a espécie a ser aplicada no caso concreto, é considerado direito potestativo extintivo<sup>104</sup>. Sendo assim em caso de uma das partes propor ação com pedidos cumulados, sendo nítida a vontade de ambos em desfazer a união e havendo pedido para preterir o quanto antes o divórcio, deverá o juiz concedê-lo em sede de tutela antecipada<sup>105</sup>. Os demais elementos que compõem a ação poderão ser decididos ao longo da demanda processual sem embaraços.

Não há sentido que a parte da lide “perfeitamente madura” para julgamento de mérito, consolidada mediante cognição exauriente, tenha que aguardar para ser provida com os demais pedidos<sup>106</sup>. Assim o juiz deve de pronto se pronunciar acerca do divórcio, proferindo decisão interlocutória, com base no art. 356 do Código de Processo Civil, resolvendo parcialmente o mérito, e prosseguindo com a ação para a fase instrutória, a fim de solucionar os demais pedidos feitos em sede processual.

### 3.3.3 Características do divórcio

As peculiaridades do divórcio brasileiro têm por base o direito potestativo da ação. Sem a possibilidade de oposição do pedido, o litígio conta com algumas particularidades de cunho material e processual, sempre observando o princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana de ambas as partes.

A primeira característica é quanto à natureza personalíssima da ação. O art. 1.582 do Código Civil deixa claro esse aspecto limitando apenas aos cônjuges o pedido de divórcio. Note-se que no caso da união estável, os companheiros solicitam a dissolução da união estável, no entanto, os efeitos produzidos acabam sendo os mesmos que os do divórcio. Essa estruturação, tanto do divórcio quanto da dissolução, é responsável por viabilizar a aplicação do princípio da autonomia privada na esfera do Direito de Família<sup>107</sup>.

<sup>104</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.45.

<sup>105</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 147.

<sup>106</sup>CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Do julgamento antecipado da parte incontroversa do pedido (JAPIP): a sentença parcial de mérito**. Revista Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v.14, 2008, p. 263.

<sup>107</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 436.

O caráter personalíssimo da ação desautoriza a substituição pessoal quanto aos impactos pessoais das partes. Em se tratando do aspecto patrimonial, é autorizado a realização da “transmissão de direitos”. Isso porque a partilha de bens envolve os interesses de outros indivíduos que não só os consortes.

Embora a substituição pessoal não esteja autorizada pelo ordenamento jurídico na ação de divórcio, é possível que a dissolução seja feita por representação de procuradores munidos poderes especiais concedidos pelas partes que desejam se divorciar. Nestes casos, em específico, entende-se que não se perde o caráter pessoal da ação, pois leva-se em consideração a possibilidade do casamento através de procuração.

Existia anteriormente um formalismo exacerbado, em se tratando da ação de divórcio, exigindo a presença física do casal para a consolidação da dissolução conjugal. Tal medida se mostrou ao longo dos anos desnecessária, pois uma vez expressa, de forma inequívoca a vontade de não permanecer mais casado, restava configurada a personalidade que exige a ação, sendo tão somente efetivada através dos procuradores designados.

A segunda relevante característica na ação de divórcio é quanto a intervenção do Ministério Público no feito como *custus juris*, ou seja, fiscal da ordem jurídica caso a ação envolva interesse de indivíduos incapazes. Tal medida visa a garantia dos interesses individuais, sociais e indisponíveis dos mesmos que serão direta e/ou indiretamente afetados com a decisão proferida.

A terceira característica, se configurando como uma das mais importantes, trata da possibilidade de não realização da audiência prévia para a tentativa de conciliação do casal, quando esse for o desejo das partes. Essa novidade é um advento do Código de Processo Civil de 2015 que, em seu §4º do art. 334 viabiliza essa alternativa<sup>108</sup>, evitando o aumento de um possível mal-estar que o divórcio, por si só, já causa aos envolvidos.

---

<sup>108</sup>**Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015:** Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...] **§ 4º A audiência não será realizada: I - Se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - Quando não se admitir a autocomposição.** (Grifo nosso)

Está claro que o afeto constitui o principal pilar da base familiar. Sendo assim não faria sentido criar mais esse óbice quando as partes claramente não desejam se reconciliar. Não haveria prejuízo de instituto processual ou ao andamento do processo, pois, a qualquer tempo as partes podem se reconciliar ou realizar um acordo, em se tratando de divórcio litigioso.

Portanto, ao declarar algumas das características das quais o divórcio se reveste, é possível esclarecer alguns dos seus principais objetivos a serem alcançados pelo casal e consequências a serem sofridas pelos mesmos que optarem pela dissolução do vínculo, nos aspectos material e âmbito processual, a depender da escolha feita, se pela vertente consensual ou litigiosa.

#### 4 O DIVÓRCIO *POST MORTEM*

A configuração do “modelo” da família brasileira sofreu inúmeras alterações em sua composição. Passou-se do arquétipo patriarcal, indissolúvel, composta por marido, esposa e filhos, onde o marido era tido como a referência basilar acerca das decisões familiares, para modelos diversos, de livres composições, com igualdade constitucional entre os indivíduos que constituem a família, descartando o caráter perpétuo quanto ao vínculo, que antes existia, além de supervalorizar a manifestação de vontade do indivíduo.

Isso só foi possível graças à crise que a sociedade enfrentou acerca dos antigos valores postos. Por muito tempo, entendeu-se que as relações interpessoais tinham por base aspectos patrimoniais, imprimindo na formação familiar um caráter contratual. Chegou-se a um momento que não cabia mais somente uma forma padrão de configuração de família ante as várias outras que se formavam e não possuíam a proteção e o respaldo perante a lei. Esse clima de instabilidade foi responsável pela mudança da função social da família brasileira, que hoje está estruturada no princípio da afetividade<sup>109</sup>.

Atualmente, do mesmo modo que o Estado confere a disponibilidade aos indivíduos em permanecer ou não em um “projeto afetivo” familiar, através do casamento ou união estável, também é propiciada a mesma autonomia em pôr fim ao que foi construído pelas partes<sup>110</sup>, e essa decisão diz respeito única e exclusivamente aos partícipes do relacionamento, não cabendo a intromissão do Estado ou qualquer outro cidadão<sup>111</sup>.

Na forma do art. 1.571 do Código Civil, os meios de dissolução do vínculo matrimonial, além do divórcio são: a morte de um dos consortes, a anulação ou nulidade do casamento, e a separação judicial, que se encontra em desuso, em face da promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010. Ela foi responsável pela

---

<sup>109</sup>SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. (Des)afeto e família. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, ano XII, n. 64, mai. 2009. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6112](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6112).

<sup>110</sup>CUNHA, Leandro Reinaldo da; ASSIS, Vivian Santos de. **Divórcio Post Mortem**. Salvador, 2018. No prelo.

<sup>111</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 385

alteração na disposição do §6º do art. 226 da Constituição Federal, instituído o divórcio direto como meio dissolução matrimonial sem exigir lapso temporal prévio<sup>112</sup>.

Ao passo que a morte decorre do curso da vida, sendo um ato involuntário do término matrimonial, o divórcio desdobra-se através da manifestação de vontade de um ou ambos os consortes pelo rompimento da relação<sup>113</sup>. A simplicidade do instituto do divórcio é fruto da Constituição Federal e suas raízes garantistas, fundadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, a autonomia em optar pela manutenção ou término do casamento está pautada na “liberdade de autodeterminação afetiva<sup>114</sup>”, intimamente ligada ao princípio da intervenção mínima do Estado, uma vez que a família se baseia no afeto para dar início a sua formação, e a falta deste, por si só já basta para consolidar a dissolução do vínculo conjugal, sem a necessidade do aval do Estado para sua constatação.

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano esclarece que a perpetuação do “princípio da ruptura do afeto”, tendo como base o direito alemão, requer somente a falta de afeto a título de fundamentação para por fim a união entre duas pessoas por meio da ação de divórcio<sup>115</sup>. Uma vez constatada a falta de solidariedade entre o casal e a sua manifestação de vontade pelo rompimento da relação, não há razão para manutenção desta. E, é sob esse ponto de vista que se faz possível a concessão do divórcio *post mortem* perante o ordenamento jurídico brasileiro.

O divórcio *post mortem* é aquele que é concedido após a morte de uma ou ambas as partes desde que estas já possuam uma ação de divórcio em curso e que reste inequívoca e explícita a vontade de separação de ambos<sup>116</sup>. A decisão que estabelece a desunião dos consortes possui efeitos retroativos ao óbito, reproduzindo diversas implicações no aspecto sucessório e previdenciário.

---

<sup>112</sup>CUNHA, Leandro Reinaldo da; ASSIS, Vivian Santos de. **Divórcio Post Mortem**. Salvador, 2018. No prelo.

<sup>113</sup>LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 138

<sup>114</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 386

<sup>115</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 70

<sup>116</sup>**Divórcio Post Mortem**, op. cit.

Cristiano Chaves<sup>117</sup> esclarece que, após a implantação da Emenda Constitucional nº 66/2010, o instituto do divórcio está subjugado apenas à vontade de um ou ambos os cônjuges, não sendo levado em consideração prazo, tanto de separação de fato quanto de casamento ou união estável em si. Destarte, não há motivos para a manutenção de um casal, cujo afeto não existe mais, pura e simplesmente por um mero capricho da lei.

O que foi solicitado em vida pelo falecido deve ser no mínimo levado em consideração pelo juiz, principalmente se a ação já estiver passível de julgamento e tenha sido solicitada a antecipação de tutela com anuência da parte contrária. Nesse aspecto leciona Luiz Guilherme Marinoni<sup>118</sup> que nada impede a concessão de medida liminar sob um aspecto o qual seria discutido somente em sentença, desde que estejam incontroversos os pontos acerca da matéria, bem como não restarem mais provas a serem analisadas.

Em essência, seria plausível a antecipação dos “efeitos definitivos incontroversos da sentença”, uma vez que o divórcio é um direito potestativo<sup>119</sup>, e, analisando o caso concreto, fosse possível a concessão do término conjugal por qualquer magistrado que tomasse conhecimento de eventual ação antes que uma das partes tivesse vindo a óbito. Em virtude da vontade dos consortes terem sido exaustivamente explicitada nos autos, e por algum motivo alheio a vontade destes a tutela não tenha sido de pronto concedida, não é razoável que processo seja extinto sem resolução de mérito.

Nessa senda, discorre Leandro Reinaldo da Cunha:

Aquela parcela da lide que se mostra perfeitamente madura para receber uma sentença, fundada em cognição exauriente, não pode ficar aguardando que o restante da lide esteja apta a receber o provimento jurisdicional para que ela também possa ser julgada<sup>120</sup>.

Apesar da pretensão legislativa e jurisprudencial brasileira hoje ser justamente pautada na busca pela agilidade processual com qualidade, e que o julgamento

---

<sup>117</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 418

<sup>118</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 147.

<sup>119</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze. Divórcio Liminar. **Revista Jus Navegandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano XIX, n. 3960, mai. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28187>.

<sup>120</sup>CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Do julgamento antecipado da parte incontroversa do pedido (JAPIP): a sentença parcial de mérito**. Revista Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v.14, 2008, p. 263

antecipado da parte incontroversa da lide, qual seja a dissolução conjugal em uma ação de divórcio, visa promover a “pacificação dos conflitos<sup>121</sup>”, de modo a garantir aos consortes o desejo expresso pelos mesmos desde o início do processo, ainda é comum que ocorra a denegação à prestação jurisdicional em tempo hábil.

Levando-se em consideração os dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, somente no ano de 2016 foram registradas cerca de 344.000 (trezentos e quarenta e quatro mil) dissoluções conjugais no Brasil<sup>122</sup>. Embora se mostrem alarmantes os números de divórcios, as partes não podem se prejudicar por um ato falho forense, que não foi capaz de solucionar uma questão que precisava somente de ratificação judicial<sup>123</sup>.

A maioria da doutrina e jurisprudência é consonante quanto ao pensamento de que a morte por si só resolveria os aspectos pendentes, e, assim, não haveria porque prosseguir com a ação de divórcio. Entende-se que pelo pedido de divórcio ter natureza de ação intransmissível, com base no art. 1.582 do Código Civil<sup>124</sup>, dar continuidade à ação não seria uma escolha caso um ou ambos não pudessem mais figurar nos polos ativo ou passivo.

Cumprido salientar que a intenção da aplicação do divórcio após a morte não seria transgredir o que está posto acerca da natureza de ação personalíssima da qual o instituto da dissolução conjugal se reveste, a ponto de inserir na ação um substituto processual que daria continuidade ao processo. A real finalidade é tão somente permitir que o processo possa seguir seu curso natural, tendo em vista que as partes expressaram claramente sua vontade pelo fim do relacionamento em momento oportuno, evidenciando a titularidade exigida para a concessão da prestação jurisdicional, qual seja o fim do casamento.

---

<sup>121</sup>CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Do julgamento antecipado da parte incontroversa do pedido (JAPIP): a sentença parcial de mérito**. Revista Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v.14, 2008, p. 268-269

<sup>122</sup>INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasil). Estatísticas do Registro Civil em 2016. *In*: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasil). **Tabelas completas**. [Brasília, DF]: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=resultados>.

<sup>123</sup>CUNHA, Leandro Reinaldo da; ASSIS, Vivian Santos de. **Divórcio Post Mortem**. Salvador, 2018. No prelo.

<sup>124</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges

Atualmente, em caso de morte superveniente de uma das partes, pendente a discussão acerca da dissolução matrimonial em ação de divórcio, decidirá o juízo automaticamente pela perda do objeto da demanda, e como resultado a extinção sem resolução de mérito do processo, na forma do art. 485 do Código de Processo Civil<sup>125</sup>.

Contudo, vale ressaltar que por mais que a morte de um dos consortes, na configuração legislativa vigente, também se encarregue de pôr fim ao vínculo matrimonial e a sociedade conjugal<sup>126</sup>, alguns dos seus efeitos são diversos do divórcio. Em ambas as situações há o fim da reciprocidade dos deveres matrimoniais, impostos no momento da consolidação da união, no caso do casamento, e impostos ao longo da relação no caso da união estável.

No entanto, ainda assim a modificação do estado civil é diferente. Enquanto a morte automaticamente imprime ao cônjuge e ao companheiro sobrevivente o estado de viuvez, o divórcio e a dissolução de união estável se encarregam de alterar o status de relacionamento do ex-cônjuge e do ex-companheiro, respectivamente, para divorciado.

Sendo assim, na condição de viúvo, o cônjuge ou companheiro sobrevivente permanece vinculado à parte falecida no aspecto sucessório, ao passo que o assume a posição de herdeiro necessário em relação aos bens anteriormente pertencentes ao falecido, na forma do art. 1.829 do Código Civil<sup>127</sup>. Enquanto no divórcio, uma vez solicitada em juízo, poderá ser realizada a partilha de bens do casal nos mesmos autos ou posteriormente, se assim as partes preferirem, bem como a requisição de uma possível pensão alimentícia por um dos ex-cônjuges.

No caso do divórcio *post mortem* as consequências se mostram ainda mais consideráveis e passíveis de discussão, pois a controvérsia reside justamente em analisar qual dos “motivos”, seja a morte ou a dissolução da sociedade conjugal, ocorreu primeiro. A análise do caso concreto interferirá na decisão pelo divórcio após

---

<sup>125</sup>**Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015:** Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal [...].

<sup>126</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 409.

<sup>127</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

a morte. Isso porque, uma vez levada em consideração a manifestação de vontade de ambos ou um dos consortes antes do evento morte, não se ofende a regra da ação personalíssima, bem como se atribui à sentença efeitos retroativos ao momento da interposição da ação, devendo ser extinto o processo somente quanto aos demais pedidos, como partilha de bens ou pedido reconvenicional de alimentos, caso hajam.

Note-se que a ação não deixa de ser exclusiva dos cônjuges, com o falecimento de um ou de ambos os consortes, pois a concessão do divórcio *post mortem* se estabelece em caso da manifestação de vontade preceder o óbito. A título de comparação pode-se utilizar analogicamente o que a doutrina e jurisprudência preveem acerca da adoção *post mortem*. Em caso de falecimento do adotante antes da efetivação da adoção, mediante sentença, uma vez demonstrada a inequívoca manifestação de vontade em adotar e preenchidos os requisitos indispensáveis para a efetivação da adoção, poderá esta se concretizar sem grandes impasses<sup>128</sup>.

Ademais, em havendo provas que sinalizem a extinção a sociedade conjugal precedidas do óbito, como uma notícia da conduta das partes em desacordo com o art. 1.511 do Código Civil<sup>129</sup>, audiência preliminar de conciliação sem sucesso, pedido de regresso do nome de casado(a) para o nome de solteiro(a) ou qualquer outra que evidencie o término do relacionamento, tais fatos não podem ser ignorados, pois pode comprometer o direito inerente das partes à resolução do mérito da ação, na forma do art. 4º do Código de Processo Civil<sup>130</sup>.

Persistir em uma união que se encontra mal sucedida é se posicionar contra todos os preceitos do Código Civil que explanam a eficácia do casamento ou da união estável. Não é razoável ir de encontro às provas detalhadamente postas no processo, quando estas evidenciam que o casal não se cobrava mais quanto à fidelidade mútua, não possuem mais o mesmo domicílio, nem possuem mais respeito ou algum tipo de consideração um pelo outro. Que sentido há em aplicar a norma processual a fim de deflagrar o estado de viuvez da parte sobrevivente sendo que a essência do relacionamento não existe mais?

---

<sup>128</sup>COELHO, Bruna Fernandes. O reconhecimento da adoção de fato após a morte do adotante. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, ano XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9267&revista\\_caderno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9267&revista_caderno=14).

<sup>129</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

<sup>130</sup>**Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

#### 4.1 A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA DE VONTADE DAS PARTES: O DIREITO A NÃO MANUTENÇÃO DO RELACIONAMENTO

Ante as discussões e análises sociais ao redor de todo o mundo acerca da autonomia de vontade, pode-se afirmar que hoje o ser humano figura “no centro da sua ação”<sup>131</sup>, posto que a sociedade caminha para o ideal de respeito às decisões individuais. Segundo Stefano Rodotà<sup>132</sup> não se pode mais restringir o monopólio de poder entre Estado e Igreja, uma vez que a construção do pensamento quanto autodeterminação intrínseca em cada indivíduo atualmente defende o mínimo de interferências externas.

Por tempo suficiente o enaltecimento da propriedade em detrimento das relações sociais engessou a autonomia de vontade do indivíduo no âmbito social, em especial no domínio das relações de família, sendo considerada “um elemento de perpetuação da espécie”<sup>133</sup>, visando a sua manutenção a todo custo, sem levar em consideração o desejo intrínseco dos indivíduos de compunham a família.

A celebração do casamento, ato solene praticado por dois indivíduos que desejam se unir em matrimônio, assim como o enlace dois indivíduos que ao longo dos anos constrói uma união estável, na maioria das vezes se reveste de afeto e vontade de ambas as partes em permanecer juntos. Sendo assim, não há sentido constituir uma relação sem o intuito de continuidade. Ainda, mais pertinente que manter um relacionamento a todo custo, sem que não exista mais o *animus* da comunhão, é estritamente fundamental prezar pelo bem-estar e felicidade do casal, a fim de que sua dignidade pessoal seja preservada<sup>134</sup>.

Dessa forma, o divórcio é tão importante quanto o casamento ou união estável, ao passo que em não havendo mais os preceitos advindos da união, como o princípio da solidariedade e da afetividade, bem como o descumprimento de deveres estabelecidos para possibilidade de uma vida a dois, é facultado aos indivíduos que

<sup>131</sup>RODOTÀ, Stefano. **Autodeterminação e laicidade**. Tradução: Carlos Nelson de Paula Konder. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 17, jul./set. 2018, p. 139.

<sup>132</sup>**Autodeterminação e laicidade**, op. cit., p. 139.

<sup>133</sup>SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. (Des)afeto e família. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, ano XII, n. 64, mai. 2009. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6112](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6112).

<sup>134</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 384.

decidam pela permanência ou não do matrimônio ou união, não sendo esta mais uma condição perpétua.

Não bastassem todos os obstáculos que os consortes ao longo de todos esses anos enfrentaram para conseguir a legitimação da dissolução do vínculo matrimonial, partindo de uma impossibilidade absoluta de dissolução conjugal para, atualmente, o divórcio direto como direito potestativo, ainda assim, em algumas situações específicas os obstáculos ainda persistem, não só no instituto do casamento, mas igual modo quanto às uniões estáveis.

Embora esteja claro, desde o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, que basta a manifestação de vontade para se constatar o fim da sociedade conjugal ou da união estável, tal desejo precisa ser legitimado através do poder Judiciário, ou até mesmo em cartório quando cumpridas as exigências pré-estabelecidas.

Pela inviabilidade da manutenção do convívio, não é raro que durante o curso da ação de divórcio as partes liminarmente solicitem a dissolução conjugal, deixando como pendente no processo apenas as demais consequências da dissolução, tendo em vista uma possível cumulação de ações<sup>135</sup>. Da mesma maneira, também não é incomum que o poder Judiciário deixe de conceder em tempo hábil a solicitação das partes quanto ao julgamento parcial de mérito.

Nesse sentido, sabiamente, salienta Cristiano Chaves acerca da importância do divórcio e dos prejuízos da manutenção de um casamento que na prática não mais existe:

O divórcio, portanto, materializa o direito reconhecido a cada pessoa de promover a cessação de uma comunidade de vida (de um projeto afetivo comum que naufragou por motivos que não interessam a terceiros ou mesmo ao Estado – aliás, não sabemos mesmo se interessam a eles próprios). Por isso, toda e qualquer restrição à obtenção da ruptura da vida conjugal não fará mais do que convalidar estruturas familiares enfermas, casamentos malogrados, convivências conjugais em crise, corrosivas e atentatórias às garantias de cada uma das pessoas envolvidas<sup>136</sup>.

Note-se que a dilatação do prazo que usualmente ocorre não se trata de recusa de homologação pelo poder Judiciário, com previsão no parágrafo único do art. 1.574

---

<sup>135</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 236.

<sup>136</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 385.

do Código Civil<sup>137</sup>. Essa “cláusula de dureza”, como é conhecida, não é mais passível de utilização, patente a sua inconstitucionalidade, pois sua desatualizada previsão diante do progresso trazido pós Emenda Constitucional nº 66/2010, viola frontalmente os princípios da autonomia da vontade e da liberdade<sup>138</sup>.

Destarte, a autonomia de vontade é o ponto chave para a concessão não só do divórcio *post mortem*, mas para qualquer outra modalidade prevista, conquistada desde o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, e perpetuada sob a ótica garantista promovida pela Constituição Federal Brasileira. A “humanização” do divórcio quanto ao direito de não permanecer casado enseja a sobreposição dos princípios fundamentais do direito, que protegem a manifestação de vontade da parte, ante aos “formalismos legais”<sup>139</sup>.

Posto isto, a perpetuação da liberdade de escolha dos indivíduos equilibra o desejo de se unir e permanecer no relacionamento e a vontade de dissolvê-lo, restando apenas às partes a decisão de manutenção ou ruptura. Não pode o poder Judiciário simplesmente desconsiderar a manifestação de vontade do casal, uma vez que tal atitude desrespeita sua intimidade como indivíduo, além de interferir em uma decisão estritamente particular, fruto da expressão do princípio da liberdade, inerente a qualquer indivíduo.

Em virtude da formação da relação processual entre as partes que solicitaram o divórcio, em se tratando de um direito potestativo, é imprescindível a decretação da dissolução conjugal. Isso porque independe de motivação, bem como da anuência ou não do Requerido ou Requerida. Se houver concordância mútua pelo fim do casamento ou união, facilita todo o processo, porém não impede a resolução do seu desfecho, pois o divórcio se esgota com seu exercício, bastando a declaração judicial para se consumar.

Qualquer situação que possa impedir dificultar ou até mesmo vedar o prosseguimento de ruptura viola frontalmente o que propõe o princípio da dignidade

---

<sup>137</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção. Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

<sup>138</sup>DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 238.

<sup>139</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 385.

da pessoa humana<sup>140</sup>. A desburocratização da dissolução não desrespeita o instituto do divórcio ou faz dele menos importante, mas sim promove autonomia das partes, concedendo-as o controle acerca dos resultados e consequências advindas da disjunção conjugal.

Em poucas palavras, seria conceder às partes, as rédeas da própria vida, sem interferências externas que possam deliberar acerca de situações que só as mesmas podem opinar, discutir e resolver. A imposição de óbices em um momento tão único e íntimo desaguaria em um desgaste “psíquico, moral e intelectual”<sup>141</sup>, com grandes chances de impossibilidade de restituição do *status quo ante*.

#### 4.2 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO DIVÓRCIO *POST MORTEM*

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

É importante ressaltar que embora a união estável não guarde as mesmas formalidades que o casamento quanto a sua formação, e que o fim do relacionamento dos casal não se dê através do divórcio, existe a possibilidade de reconhecimento e dissolução de união estável, que no fim das contas, produzirá os efeitos da dissolução tão como ocorre no divórcio propriamente dito, equiparando os direitos dos cônjuges e companheiros.

Desde o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, considera-se o divórcio como um exercício do direito potestativo de uma ou ambas as partes em não permanecer casados ou unidos, caso haja manifestação de vontade pelo fim da sociedade conjugal. Uma vez instaurado processo de divórcio, além de executarem seu direito potestativo, as partes também efetivam o seu direito personalíssimo, visto que de acordo com o que preceitua o art. 1.582 do Código Civil, a ação de divórcio

---

<sup>140</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 385

<sup>141</sup>Ibidem, p. 385

caberá somente às partes, se assim desejarem pela dissolução do vínculo construído ao longo do tempo.

Contudo, para a concessão do divórcio *post mortem* é necessária que a ação já tenha sido instaurada e que tenha se constatado a tempo a inequívoca manifestação de vontade de uma ou ambas as partes em sede processual. Desta maneira não se inviabiliza a concessão do divórcio, pois não haveria qualquer violação à regra da ação personalíssima devido ao exercício pessoal da vontade de um ou ambos os cônjuges antes da ocorrência do evento morte. Posteriormente, concedido o divórcio *post mortem* pelo poder Judiciário, os efeitos jurídicos da sentença consequentemente retroagirão ao momento da propositura da ação, confirmando a data do divórcio como sendo a data de distribuição do processo.

Reconhecida a separação das partes caberia, em teoria, ao juízo *a quo* decidir quanto aos demais pedidos que ficassem pendentes. No entanto, não isso seria viável, visto que as partes não teriam mais como se manifestar acerca dos demais pontos processuais em sede de instrução probatória, como partilha de bens, guarda dos filhos menores, dentre outros, devendo a ação, quanto aos demais pedidos, ser extinta sem resolução de mérito.

O curso normal processual em uma ação de divórcio é o mesmo que se evidencia nas demais ações comuns nos tribunais brasileiros, seguindo preferencialmente uma ordem cronológica de conclusão<sup>142</sup>, iniciando com a fase postulatória por uma das partes, seguindo pela fase de saneamento, caso haja necessidade, depois para a fase instrutória, com a produção de provas, e por fim, a fase decisória com a sentença do juízo *a quo*.

Todavia, é comum que nos processos de dissolução as partes solicitem desde logo o divórcio pela via da antecipação de tutela, uma vez que desejam o adiantamento dos efeitos do julgamento de mérito, na maioria das vezes por ter se tonado insustentável a convivência a dois. Deste modo, sendo resolvida a questão do divórcio, os pedidos restantes, por não serem revestidos com o direito potestativo do qual se vale a dissolução, deverão ser julgados após a fase de produção de provas.

---

<sup>142</sup>DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 165.

Sendo assim, havendo manifestação favorável pelo divórcio por ambas as partes, ou até mesmo o pedido do requerente e a anuência ou não objeção do requerido em sede de antecipação de tutela ou tutela de evidência, o pedido acerca da dissolução conjugal deve ser prontamente atendido pelo poder Judiciário, uma vez que, na maioria dos casos, as partes já se encontram separadas de fato, não existindo mais qualquer afetividade entre eles.

A excessiva burocracia no que tange a prolatação da sentença, que por um lapso do poder Judiciário, em muitas situações, não se concretiza em tempo hábil para determinar o divórcio, quando já restou comprovada exaustivamente em processo a separação do casal, é inconcebível, pois cessa o direito das partes ao julgamento de mérito, na forma do art. 4º do Código de Processo Civil<sup>143</sup>.

A eficácia do casamento é o reflexo do cumprimento dos deveres matrimoniais previstos no art. 1.565 do Código Civil. Logo, em caso de ausência de pressupostos como vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, dentre outros, todas essas evidências podem servir como provas do fim da sociedade conjugal na ação de divórcio.

A simples falta desses requisitos necessários à manutenção do casamento, bem como intrínsecos à união estável, por si só já comprovam o seu fim, ou ao menos a clara intenção de que ele venha a se findar. Destarte, se ficar constatado que as partes já tenham iniciado um novo relacionamento, ou que não estejam mais residindo no mesmo domicílio, assim como estejam independentes financeiramente, tudo isso é suficiente para atestar a realidade dos fatos.

Se as provas colacionadas aos autos não forem levadas em consideração pelo juiz e erroneamente este não decidir pelo divórcio *post mortem* quando deveria ter feito, as consequências desse veredito poderão ser desastrosas, visto que sob a ótica sucessória e previdenciária, o cônjuge qualificado como viúvo se enquadrará na condição de herdeiro necessário quando não caberia mais a este posto.

Note-se que não haverá coerência se o poder Judiciário optar por extinguir o processo sem resolução de mérito, concedendo ao cônjuge ou companheiro sobrevivente a qualidade de sucessor do indivíduo falecido, sendo que no bojo

---

<sup>143</sup>**Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015:** Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

processual ficou exaustivamente comprovada a ruptura do casal. Tal conduta viola expressamente a dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade, assim como a manifestação de vontade das partes.

#### 4.3 A RETROATIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS RELATIVAS AO DIVÓRCIO *POST MORTEM*

Antes de se chegar a uma decisão de mérito, as partes são obrigadas a cumprir algumas premissas dentro do processo. Para que, de pronto, o juiz defina quanto aos pontos axiomáticos acerca do divórcio, é necessário que esteja bem definida a vontade das partes pelo fim do matrimônio ou união, comprovada em juízo, bem como a juntada de provas que possam demonstrar a maturidade processual para decisão.

Sobre esse aspecto, prevê o Código de Processo Civil a possibilidade do julgamento antecipado parcial do mérito<sup>144</sup>, no intuito de definir em sede processual algum ponto da lide que já esteja elucidado perante as partes. Portanto, se um ou mais pedidos, como o de divórcio, por exemplo, se mostrarem incontroversos, ou seja, haja consenso entre os consortes, estarão estes maduros para julgamento, conforme o art. 355 do mesmo código.

No caso da ação de divórcio *post mortem*, a morte de um dos consortes antes do julgamento antecipado do mérito enseja a discussão quanto o momento do fim do vínculo das partes. Uma vez comprovada a dissolução antes do evento morte de um ou ambos os cônjuges ou companheiros, o juiz se encarrega de conceder o divórcio, o qual deveria ter sido outorgado anteriormente, mas não foi, por falha na prestação jurisdicional. Definido a dissolução, leva-se em consideração o momento que se consagrou o término do vínculo para retroatividade da sentença.

Sendo assim, em caso de falecimento de um ou ambos os cônjuges ou consortes que não tivessem claramente demonstrado seu descontentamento e vontade de findar o relacionamento, por se tratar de direito personalíssimo e, portanto, indisponível, o processo seria ser extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 485, IX do Código de Processo Civil.

---

<sup>144</sup>**Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015:** Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

A situação do divórcio *post mortem* diverge das demais, justamente pelo fato das partes já terem realizado, antes do óbito de um ou ambos os partícipes, o único requisito exigido para a concretização da rescisão conjugal, qual seja a manifestação de vontade. Assim fica protegida a máxima do direito personalíssimo, uma vez que, no momento da escolha, os indivíduos gozavam da titularidade da ação processual.

Apesar da ausência de previsão legal acerca do assunto do divórcio posterior a morte de um ou ambos os indivíduos, é possível, por analogia, confirmá-lo por meio das ações de reconhecimento da adoção *post mortem*. Por mais que a adoção possua a natureza de constituição da relação familiar e o divórcio objetive a dissolução da relação anteriormente firmada entre o casal, não constitui impedimento da aplicação análoga.

Com base no §6º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>145</sup>, em caso do falecimento do adotante no curso processual, permite-se a continuação da ação, e conseqüentemente que a adoção seja conferida, desde que inequívoca a manifestação de vontade do falecido, em sede processual, antes do óbito:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

[...]

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Sendo assim, em situações excepcionais desse tipo, os efeitos decorrentes da adoção retroagirão à data da morte do adotante, de modo a conceder a condição de herdeiro ao adotando, ante a evidente manifestação de vontade demonstrada em sede processual, na forma do art. 47, §7º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

[...]

§ 7º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Na mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça<sup>146</sup>, inclusive, em sede jurisprudencial já explanou esclarecimentos sobre o assunto:

<sup>145</sup>BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm).

<sup>146</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1217415/RS**. Civil. Processual civil. Recurso especial. Adoção póstuma. Validade. Adoção conjunta. Pressupostos. Família

Adoção póstuma. Validade. Adoção conjunta. Pressupostos. Família anaparental. Possibilidade. I. Ação anulatória de adoção *post mortem*, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção *post mortem* sem a demonstração cabal de que o *de cuius* desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. **II. A redação do art. 42, § 5.º, da Lei 8.069/90 - ECA, renumerado como § 6.º pela Lei 12.010/09, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se recorrer à adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar.** III. Para as adoções *post mortem* vigem, como comprovação da inequívoca vontade do *de cuius* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. [...] Recurso não provido. (STJ, REsp 1.217.415/RS (2010/0184476-0), 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/06/2012). (Grifo nosso).

Note-se que, em ambos os casos, seja adoção ou divórcio após a morte, não existe previsão em lei que autorize o início do processo após a morte do indivíduo tanto que quer adotar, quanto o que deseja se divorciar, pois nesse caso estaria ausente o preceito da demonstração de vontade, em juízo, da parte antes do evento morte<sup>147</sup>, além de ser um desrespeito ao preceito da indisponibilidade, da qual se revestem as duas ações.

Quanto aos efeitos jurídicos produzidos, enquanto a sentença que determina o divórcio *post mortem* retroage para a data da propositura da ação, negando à parte sobrevivente a condição de herdeiro necessário, nas ações de adoção póstuma os efeitos retroagem à data de falecimento do adotante, para que coadune à data da abertura da sucessão e o filho adotado, possuidor dos mesmos direitos que o filho biológico<sup>148</sup>, possa figurar como herdeiro.

Ambas as decisões, seja quanto o divórcio ou a adoção, possibilitam também a defesa dos direitos da criança e do adolescente, especificamente quanto aos aspectos sucessórios ou adotivos. Tais medidas de proteção se coadunam

---

anaparental. Possibilidade. Recorrente: União. Recorrido: L.E.G.G. Representado por: O.G.G. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 28 de junho de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1157534&num\\_registro=201001844760&data=20120628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1157534&num_registro=201001844760&data=20120628&formato=PDF).

<sup>147</sup>COELHO, Bruna Fernandes. O reconhecimento da adoção de fato após a morte do adotante. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, ano XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9267&revista\\_caderno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9267&revista_caderno=14).

<sup>148</sup>**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 227 [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

diretamente com o princípio do interesse superior da criança e do adolescente, previsto no inciso IV do parágrafo único do art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>149</sup>.

Por mais que uma ação possua alguns pontos divergentes com a outra por conta das suas particularidades, observa-se que a essência delas permanece a mesma, quando exige tão somente a explanação de um ou ambos os partícipes do processo, antes do óbito, quanto ao seu desejo em sede processual. Esse requisito único e tão particular que é a manifestação de vontade se legitima, no caso do divórcio, através da previsão em Emenda Constitucional nº 66, enquanto a adoção *post mortem* contém respaldo legislativo mediante o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Restando claro que o poder Judiciário pode se utilizar da analogia nos casos de divórcio *post mortem* através dos fundamentos trazidos pela adoção *post mortem*, cabe explicar quanto às consequências que a retroatividade da sentença de divórcio causará às partes e a terceiros. Uma vez que a decisão considera a dissolução no momento que a ação foi proposta por uma das partes, define a partir daí que ambos não guardam mais os deveres impostos pelo matrimônio, assim como produz seus efeitos quanto aos acontecimentos posteriores ao fato.

#### 4.4 CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DA CONCESSÃO DO DIVÓRCIO *POST MORTEM*

##### 4.4.1 Consequências sucessórias

O direito das sucessões, em sua essência, conceitua-se pela ação de um indivíduo que se insere no lugar que pertencia a outro, tomando para si a titularidade dos seus bens do falecido em consequência da morte do indivíduo<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup>**Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990:** Art. 100. [...] Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...] IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.

<sup>150</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito das sucessões. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

Não existindo testamento ou codicilo, a divisão do patrimônio do falecido seguirá as regras da sucessão legítima, nos termos do art. 1.829 do Código Civil<sup>151</sup>, onde a partilha se fará entre os herdeiros de mesmo grau que, por consequência, receberão em partes proporcionais ao que lhes cabe por direito.

Sob a ótica da convivência do casal, em regra, o cônjuge ou consorte sobrevivente se inclui automaticamente no instituto da vocação hereditária como herdeiro necessário, tendo em vista que a abertura da sucessão se dá pura e simplesmente pelo evento morte<sup>152</sup>. Contudo, não irá compor a ordem de vocação hereditária o cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha se casado com o falecido no regime de comunhão universal ou no regime da separação total de bens.

Aqueles que também optaram, no momento do casamento, pelo regime de comunhão parcial de bens, ou automaticamente incorporaram esse regime mediante a união estável, na forma do art. 1.640 do Código Civil<sup>153</sup>, em caso de não restarem bens particulares do autor da herança, não participa o cônjuge ou companheiro sobrevivente da vocação hereditária. Isso porque os bens comuns serão convencionados em sede de meação, enquanto os bens particulares que integravam o patrimônio exclusivo do falecido serão passíveis de concorrência.

Sendo assim, uma vez declarada a dissolução liminarmente, através de decisão judicial, e posteriormente um dos ex-cônjuges ou ex-companheiro venha a falecer enquanto prosseguia o processo referente aos aspectos consequentes da dissolução, como partilha de bens ou guarda dos filhos menores, o indivíduo sobrevivente não ocupará mais o posto de herdeiro necessário, pois a condição de divorciado não concede o direito à participação da sucessão da parte falecida.

---

<sup>151</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I. Aos descendentes, **em concorrência com o cônjuge sobrevivente**, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II. Aos ascendentes, **em concorrência com o cônjuge**; III. **Ao cônjuge sobrevivente**; IV. Aos colaterais. (Grifos nossos)

<sup>152</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

<sup>153</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

No entanto, existe a possibilidade da morte de uma ou ambas as partes no curso processual sem que tenha havido decisão prévia acerca do divórcio, mesmo o casal tendo solicitado previamente. Com fins de evitar a indevida divisão dos bens entre herdeiros no âmbito sucessório, no caso de separação de fato comprovada em sede processual e pedido liminar de divórcio não homologado em juízo, o divórcio *post mortem* atua interferindo diretamente na ordem da vocação hereditária.

Os efeitos retroativos da sentença que definem o divórcio após a morte, o qual deveria ter sido concedido tão logo às partes tenham solicitado e comprovado a impossibilidade de prosseguimento da comunhão e não o foi em tempo hábil, alteram o estado civil do cônjuge ou companheiro sobrevivente, uma vez viúvo, para divorciado, além de retirar automaticamente o mesmo da situação de herdeiro necessário.

Assim, a essencialidade da aplicação do divórcio *post mortem* é constatada no momento que interfere diretamente na mecânica da sucessão, adequando a realidade dos fatos, ao passo que evidencia a necessidade de recalcular o quinhão que os demais herdeiros necessários receberão por direito ao fim do processo de inventário. Nada mais do que lógico, já que não existia mais qualquer relação que pudesse identificar as partes como um casal.

Em uma situação hipotética, onde haja descendentes e cônjuge ou companheiro, em caso de não concessão do divórcio *post mortem*, receberia o considerado “consorte sobrevivente” quota igual aos que sucederem ‘por cabeça’, não podendo ser esta inferior à quarta parte da herança, em sendo ascendente dos herdeiros descendentes<sup>154</sup>. Havendo enteado, a divisão necessariamente seria igual a todos sem a condição imposta pelo art. 1.831 do Código Civil.

É por esse motivo que o divórcio *post mortem* é imprescindível nos casos onde foi negada a prestação jurisdicional em momento oportuno, pois uma vez consumado o divórcio, o então ex-cônjuge ou ex-companheiro não participa mais da partilha, restando aos descendentes, sendo eles filhos ou não do indivíduo sobrevivente, uma quota diferente e conseqüentemente maior do que seria se, equivocadamente, a parte sobrevivente ainda figurasse na condição de herdeira necessária.

---

<sup>154</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Uma vez que o processo estaria maduro para o julgamento no aspecto da dissolução, não podem as partes ser penalizadas por um desacerto judicial pela não concessão de um direito potestativo em lapso temporal correto. Cristiano Chaves<sup>155</sup> destaca, inclusive, que os tribunais brasileiros felizmente já reconhecem as implicações jurídicas que a separação de fato possui no âmbito do divórcio e suas consequências no direito das sucessões e no direito previdenciário.

Segundo o autor, a separação de fato desfaz o regime de bens, livre de qualquer prazo. Sendo assim, a desconsideração dessa prerrogativa infringiria diretamente o princípio da boa-fé objetiva ao passo que os cônjuges dividiriam o patrimônio adquirido em igualdade, sem que tenha havido uma conjunta participação na aquisição dos bens, sendo estes angariados após a “ruptura fática da conjugalidade”, culminando em enriquecimento sem causa do ex-cônjuge que não ajudou na aquisição do bem<sup>156</sup>.

Em razão da revogação do regime de bens ante a separação de fato, pode-se concluir que também há a perda do direito à herança. Embora o art. 1.830 do Código Civil<sup>157</sup> estabeleça prazos para que a sucessão seja desfeita em relação ao cônjuge sobrevivente, a doutrina e jurisprudência vêm discordando do texto de lei, redefinindo-o sempre que possível para que se adeque a atual realidade brasileira<sup>158</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, consolidou seu entendimento quanto aos efeitos da separação de fato não só quanto à herança, mas também quanto ao cumprimento dos deveres recíprocos e sua obrigatoriedade. Essa ação, ainda segundo Cristiano Chaves põe em evidência a “teoria da primazia da realidade” no aspecto afetivo conjugal<sup>159</sup>:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. 1. **O cônjuge que se encontra separado de fato não faz jus ao recebimento de quaisquer bens havidos pelo outro por herança transmitida após decisão liminar de separação de corpos.** 2. Na data em que se concede a separação de corpos, desfazem-se os

<sup>155</sup>FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.407

<sup>156</sup>Ibidem, p. 407

<sup>157</sup>**Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Art. 1.830. 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, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

<sup>158</sup>**Curso de direito civil:** famílias. op.cit., p. 408

<sup>159</sup>Ibidem, p. 408

deveres conjugais, bem como o regime matrimonial de bens; e a essa data retroagem os efeitos da sentença de separação judicial ou divórcio. 3. Recurso especial não conhecido.<sup>160</sup> (Grifo nosso).

Por essa razão não seria condizente conceder ao considerado “consorte sobrevivente” direitos sucessórios decorrentes da morte do cônjuge ou companheiro, simplesmente porque ainda se encontrariam casados ou em união estável somente pelo aspecto formal, patente o fim da sociedade diante das provas apresentadas.

O instituto do divórcio *post mortem* visa corrigir precisamente esse aspecto processual, demonstrando que os efeitos jurídicos que adviriam do processo de divórcio podem ser logrados pela separação de fato, retroagindo ao momento que ficou constatada a ruptura conjugal. Tal medida além de considerar a vontade das partes se mostra em consonância com os princípios constitucionais, além de ajustar a ordem de vocação hereditária referente aos bens do ex-cônjuge ou ex-companheiro falecido.

Sendo assim, diante das incontáveis consequências de ordem sucessória para as partes figurantes no processo de divórcio, não se pode extinguir o processo sem resolução de mérito, por conta da morte de uma ou ambas as partes, desconsiderando as provas efetivas de que inexistia relação conjugal no momento da instauração do processo, ou até mesmo pouco antes do início da ação. A insistência na manutenção das formalidades em detrimento da realidade dos fatos resultaria em consequências irreparáveis aos verdadeiros herdeiros sucessórios, mas também a vontade do falecido que desejava consolidar o rompimento do vínculo conjugal.

#### 4.4.2 Consequências previdenciárias:

Não bastasse o desarranjo causado à sucessão legítima, a não prestação jurisdicional em caso de divórcio *post mortem* também poderia dar margem ao recebimento indevido do benefício pelo até então cônjuge ou companheiro sobrevivente mediante o Instituto Nacional do Seguro Social. No caso de uma das

---

<sup>160</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1065209/SP**. Direito civil. Família. Sucessão. Comunhão universal de bens. Sucessão aberta quando havia separação de fato. Impossibilidade de comunicação dos bens adquiridos após a ruptura da vida conjugal. Recorrente: Virgínia Puglisi. Recorrido: Espólio de Wilma Amaral Bernardinelli Puglisi e outro. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 28 de junho de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10580448&num\\_registro=200801227947&data=20100616&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10580448&num_registro=200801227947&data=20100616&tipo=5&formato=PDF).

partes vir a óbito, ou tiver sua morte declarada mediante decisão judicial, o benefício é concedido aos dependentes legitimados pelo INSS, desde que fossem comprovadamente subordinado ao falecido, e que o mesmo, no momento da morte fosse aposentado ou laborasse dentro do perímetro urbano<sup>161</sup>.

De acordo com as informações fornecidas pelo próprio órgão responsável, a extensão do benefício, bem como sua duração máxima, ao cônjuge ou companheiro remanescente, irá depender da idade do dependente no momento do falecimento. Considerando que o consorte faleceu depois de ter contribuído por mais de 18 meses ao INSS, e possuía pelo menos dois anos de casamento ou união estável, ou mesmo que tenha falecido por conta de um acidente, neste caso não sendo necessária a comprovação do tempo da união, considera-se para cada idade um tempo de duração máxima do benefício ou cota.

Caso o dependente na data do óbito tenha menos de vinte e um anos, a duração máxima do benefício será de três anos. Entre vinte e um e vinte e seis anos o prazo máximo será de seis anos. Já entre vinte e sete e vinte e nove anos, a duração máxima do benefício sobe para dez anos. Entre trinta e quarenta anos, receberá o dependente benefício até a data máxima de quinze anos. Estando com a idade entre quarenta e um e quarenta e três anos, a data limite de recebimento poderá chegar a vinte anos. E, por fim, se na data do óbito o dependente possuía a partir de quarenta e quatro anos, o recebimento do benefício é vitalício<sup>162</sup>.

A documentação a ser fornecida para a obtenção do benefício é um tanto quanto simples. Basta que a parte detenha além dos seus documentos pessoais, como identidade e CPF, os documentos pessoais do segurado falecido, principalmente a certidão de óbito, além do documento que comprove o possível vínculo existente, que no caso dos cônjuges seria a certidão de casamento, e dos companheiros, escritura pública de declaração de união estável ou por meio de contrato particular registrado no cartório de registro de títulos e documentos.

---

<sup>161</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, 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/pensao-por-morte/>. Acesso em: 7 nov. 2018.

<sup>162</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, 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/pensao-por-morte/>. Acesso em: 7 nov. 2018.

Dessa forma, se no caso concreto o cônjuge ou companheiro sobrevivente estiver dentro dos requisitos que autorizem o recebimento do benefício e possuir mais de 44 anos no momento do falecimento do segurado, a pensão concedida ao beneficiário será por toda a vida. Imaginando-se a quantidade de pensões por morte, concedidas em casos onde deveria tão logo ter sido decretado o divórcio, quando do pedido formulado pelas partes para que houvesse o julgamento antecipado da lide, o dano ao erário poderá ser estrondoso.

Note-se que, somente atestada a má-fé do beneficiário que haveria a necessidade da restituição dos valores recebidos a título de pensão por morte:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RECEBIMENTO INDEVIDO DE PENSÃO POR MORTE. MÁ-FÉ PLENAMENTE EVIDENCIADA. RESTITUIÇÃO DE VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE A TÍTULO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. OBRIGATORIEDADE. 1. A boa-fé é um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem se comportar de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõe às partes comportamentos necessários. Se o agente sabe que está descumprindo obrigação jurídica (no caso, saques de benefício cujo titular já tinha falecido, aí está configurada a má-fé. Há, portanto, consciência de que o indivíduo está descumprindo dever advindo de sua posição de beneficiário do sistema previdenciário, do qual faz parte. Ou seja, a má-fé está justamente neste descumprimento do que o indivíduo sabe ser indevido. 2. Examinando os elementos probantes do feito, constata-se não tratar de erro administrativo do INSS. Ao contrário, a apelante, evidentemente, agiu maliciosamente no sentido de receber fraudulentamente benefício de pensão por morte de ex esposa. 3. Evidenciada a má-fé da demandada, o INSS pode proceder à cobrança dos valores pagos indevidamente a título de pensão por morte. 4. Recurso a que se nega provimento<sup>163</sup>

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PAGAMENTO INDEVIDO. BOA-FÉ COMPROVADA. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. RESTITUIÇÃO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. No presente caso, o Tribunal de origem consignou que o recebimento das verbas pela parte autora teria se dado por exclusivo erro da Administração, que não procedeu com a devida atenção e zelo ao analisar os pedidos de concessão dos benefícios, não ficando comprovada a sua má-fé (fl. 365, e-STJ). 2. A jurisprudência pacífica do STJ é no sentido da impossibilidade de devolução, em razão do caráter alimentar aliado à percepção de boa-fé dos valores percebidos por beneficiário da Previdência Social, por erro da Administração, aplicando ao caso o princípio da irrepetibilidade dos alimentos. 3. Ademais, tendo o Tribunal Regional

<sup>163</sup>BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5028022-62.2014.4.04.7107/RS**. Processo civil. Previdenciário. Recebimento indevido de pensão por morte. Má-fé plenamente evidenciada. Restituição de valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário. Obrigatoriedade. Apelante: Carlos Moreira Cardoso. Apelado Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Des. Artur César de Souza, em 18 de junho de 2018. Disponível em: [https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41532109346277792014097123812&evento=490&key=c2d6fc2f52f8e9b6f190d62bb59e36fe5ef25f26fad3c11850bc0a41f62fda60&hash=60eeb8b0cfded42c0d10f10564747a7e](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41532109346277792014097123812&evento=490&key=c2d6fc2f52f8e9b6f190d62bb59e36fe5ef25f26fad3c11850bc0a41f62fda60&hash=60eeb8b0cfded42c0d10f10564747a7e).

reconhecido a boa-fé em relação ao recebimento do benefício objeto da insurgência, descabe ao STJ iniciar qualquer juízo valorativo a fim de alterar tal entendimento, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 4. Recurso Especial não provido<sup>164</sup>.

Sendo assim, um erro do poder Judiciário, no início do processo de divórcio provocado pela não prestação jurídica devida no momento em que as partes exaustivamente comprovaram o fim do casamento ou união estável e solicitaram em liminar o divórcio, e sua confirmação ao negar o divórcio *post mortem* sem analisar a situação fática poderá, em efeito cascata, conceder direitos à supostos cônjuges ou companheiros beneficiários, que se aproveitaram da morte do consorte e do lapso do julgador.

Portanto, são diversas as consequências provenientes da não concessão do divórcio *post mortem* quando necessária a sua aplicação ao caso concreto. A retroatividade da sentença proferida quando atestada a manifestação de vontade prévia sem prestação jurisdicional não só faz jus ao desejo das partes em sede processual, mas também evita uma série de consequências de cunho particular, quanto aos herdeiros necessários, e público, quanto ao dano ao erário.

---

<sup>164</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). **Recurso Especial 1666526/PE**. Processual civil e previdenciário. Pensão por morte. Pagamento indevido. Boa-fé comprovada. Erro da administração. Verba de caráter alimentar. Restituição de valores. Impossibilidade. Revisão do contexto fático-probatório. Súmula 7/STJ. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Jussara Soares de Sá. Relator: Min. Herman Benjamin, 16 de junho de 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72087680&num\\_registro=201700686181&data=20170616&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72087680&num_registro=201700686181&data=20170616&tipo=5&formato=PDF).

## 5 CONCLUSÃO

A liberdade, positivada como direito fundamental em diversos diplomas constitucionais democráticos ao redor do mundo, constitui-se como um dos aspectos substanciais responsáveis por reger a vida do homem. Embora todos possuam o mesmo direito a autonomia de escolha, cada um irá decidir como deseja coordenar os rumos da própria vida, e isso inclui o desejo de constituir ou romper seus relacionamentos conjugais.

Exercer a liberdade é automaticamente se revestir de dignidade. É ir e vir sem interferir no direito do outro, é permitir se encher de afeto por alguém, mas também saber a hora de se retirar do relacionamento quando se torna prejudicial a sua própria essência como indivíduo. Felizmente, esse sentimento de autonomia, ao longo dos anos foi se desenvolvendo, não só nas relações sociais, mas também nas letras da lei, permitindo ao casal a decisão quanto aos rumos do relacionamento, e não mais restringindo essa decisão aos ditames do Estado e da Igreja.

O olhar para essa perspectiva permite a aplicação do instituto do divórcio *post mortem* no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a manifestação de vontade do casal, que deseja se divorciar se traduz como o centro da demanda judicial. Observa-se que a união já teria sido desfeita, de fato, pelos cônjuges ou companheiros perante seu desejo de dissolver a sociedade, mas, por um infortúnio, uma das partes veio a óbito antes da homologação da decisão pela autoridade competente que deveria ter feito, e não o fez em tempo hábil.

Sendo assim, no caso das partes já possuírem uma ação de divórcio em curso, onde resta comprovado o término do relacionamento, mediante provas trazidas e alegações feitas por um ou ambos os consortes, e não tenha sido declarada a dissolução liminarmente, quando devido, pelo magistrado, aplica-se o instituto do divórcio *post mortem* no intuito de homologar a dissolução que deveria ter ocorrido tão logo solicitada pelas partes.

A prolatação da sentença em sede de ação de divórcio se torna um mero detalhe quando as evidências estão cristalinas e o desejo do casal destacado. Não pode o juiz se abster em decidir acerca do divórcio quando este possui natureza de direito potestativo, além de nada impedir que a decisão já tivesse sucedido, ou mesmo que viesse a ocorrer, não fosse o óbito de um dos consortes.

Infelizmente, não é raro que as partes sejam vítimas da desatenção do poder Judiciário aos princípios constitucionais, especialmente da celeridade processual. A possibilidade do julgamento antecipado da parte incontroversa do pedido, qual seja o divórcio, além de evitar um desperdício inaceitável de tempo, evita que a demora acometa em injustiças muitas vezes irreparáveis.

Na forma do art. 6º do Código de Processo Civil, tanto as partes quanto o magistrado se responsabilizam em contribuir uns com os outros para que o quanto antes seja possível a emissão da decisão de mérito, devendo esta produzir seus efeitos da melhor forma, em análise do caso concreto, e que mais se aproxime do conceito de justiça para a sociedade.

Um equívoco da magistratura no curso processual do divórcio ou da dissolução de união estável, onde havia plenas possibilidades de julgamento antecipado, e por conta do óbito de umas partes foi extinto sem resolução de mérito, confere ao cônjuge ou companheiro sobrevivente um estado civil que não condiz com a realidade dos fatos, exaustivamente comprovados em sede processual. Em vez de ostentar a condição de divorciado, apresentaria o status de viúvo.

A longo prazo essa incorreção promove ao até então “cônjuge ou companheiro superveniente” o benefício indevido de todos os direitos sucessórios e previdenciários advindos da morte do ex-cônjuge ou companheiro, causando prejuízos não só aos herdeiros necessários, mas também, possivelmente, ao erário, referente a possibilidade de concessão de pensão por morte.

No desejo de evitar que tais consequências prejudiquem os envolvidos no caso concreto, a aplicação do divórcio após a morte cuida em prolatar sentença que retroagirá à data do evento morte de um dos cônjuges. Sendo assim, os efeitos a serem aplicados serão os do divórcio, e não o da morte em si, retirando o cônjuge ou companheiro da condição de viúvo e conseqüentemente, de herdeiro necessário.

Note-se também que em nenhum momento a aplicação da dissolução conjugal após a morte influiria em algum desrespeito à natureza personalíssima que a ação de divórcio possui, uma vez que a manifestação de vontade, requisito base para a concessão da dissolução, já teria sido externada processualmente por uma ou ambas as partes antes do óbito, bastando para que o poder Judiciário homologasse o pedido.

Portanto, de tudo que já foi exposto, resta comprovada a imprescindibilidade da aplicação do divórcio *post mortem* aos processos que a autoridade competente não tenha conseguido exercer suas prerrogativas e proferido decisão constitutiva que

poria fim ao casamento ou união a tempo do óbito de uma das partes, incontestável sua manifestação de vontade pelo fim do relacionamento.

Por todo o avanço que ao longo dos anos foi sendo conquistado acerca da possibilidade de se divorciar, a não aplicação do instituto quando necessário configuraria um retrocesso a tudo que já foi logrado acerca do assunto. O amadurecimento quanto a utilidade do divórcio após a morte promoverá à comunidade jurídica a aplicação de uma medida pertinente e substancial à resolução de conflitos.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo em Recurso Especial 1334716/DF**. Agravo em Recurso Especial. Civil. Processo Civil. Família. Divórcio. Comunhão parcial. Bem adquirido após a separação de fato. Ruptura do regime matrimonial de bens. Impossibilidade de partilha ao ex-cônjuge. Agravo conhecido para dar provimento ao Recurso Especial. Agravante: R C DE A M. Agravado: M DE S M. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 4 de setembro de 2018. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=86394261&num\\_registro=201801867883&data=20180904&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=86394261&num_registro=201801867883&data=20180904&formato=PDF). Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1065209/SP**. Direito civil. Família. Sucessão. Comunhão universal de bens. Sucessão aberta quando havia separação de fato. Impossibilidade de comunicação dos bens adquiridos após a ruptura da vida conjugal. Recorrente: Virgínia Puglisi. Recorrido: Espólio de Wilma Amaral Bernardinelli Puglisi e outro. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 28 de junho de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10580448&num\\_registro=200801227947&data=20100616&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=10580448&num_registro=200801227947&data=20100616&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 4 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1217415/RS**. Civil. Processual civil. Recurso especial. Adoção póstuma. Validade. Adoção conjunta. Pressupostos. Família anaparental. Possibilidade. Recorrente: União. Recorrido: L.E.G.G. Representado por: O.G.G. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 28 de junho de 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1157534&num\\_registro=201001844760&data=20120628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1157534&num_registro=201001844760&data=20120628&formato=PDF). Acesso em: 4 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). **Recurso Especial 1666526/PE**. Processual civil e previdenciário. Pensão por morte. Pagamento indevido. Boa-fé comprovada. Erro da administração. Verba de caráter alimentar. Restituição de valores. Impossibilidade. Revisão do contexto fático-probatório. Súmula 7/STJ. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social. Recorrido: Jussara Soares de Sá. Relator: Min. Herman Benjamin, 16 de junho de 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72087680&num\\_registro=201700686181&data=20170616&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72087680&num_registro=201700686181&data=20170616&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 8 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível 5028022-62.2014.4.04.7107/RS**. Processo civil. Previdenciário. Recebimento indevido de pensão por morte. Má-fé plenamente evidenciada. Restituição de valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário. Obrigatoriedade. Apelante: Carlos Moreira Cardoso. Apelado Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Des. Artur César de Souza, em 18 de junho de 2018. Disponível em: [https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar\\_documento\\_publico&doc=41532109346277792014097123812&evento=490&key=c2d6fc2f52f8e9b6f190d62bb59e36fe5ef25f26fad3c11850bc0a41f62fda60&hash=60eeb8b0cfded42c0d10f10564747a7e](https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41532109346277792014097123812&evento=490&key=c2d6fc2f52f8e9b6f190d62bb59e36fe5ef25f26fad3c11850bc0a41f62fda60&hash=60eeb8b0cfded42c0d10f10564747a7e). Acesso em: 8 nov. 2018.

BRASÍLIA. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília: Senado Federal, [2010]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivll\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivll_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm). Acesso em: 26 nov. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO, Bruna Fernandes. O reconhecimento da adoção de fato após a morte do adotante. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, ano XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9267&revista\\_caderno=14](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9267&revista_caderno=14). Acesso em: 19 out. 2018.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil**, v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Do julgamento antecipado da parte incontroversa do pedido (JAPIP): a sentença parcial de mérito**. Revista Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, v.14, p. 259-271, 2008.

CUNHA, Leandro Reinaldo da; ASSIS, Vivian Santos de. **Divórcio Post Mortem**. Salvador, 2018. No prelo.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

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

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. v. 6, 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 105-126.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de Família**. v.6, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Divórcio Liminar. **Revista Jus Navegandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano XIX, n. 3960, mai. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28187>. Acesso em: 19 set. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasil). Estatísticas do Registro Civil em 2016. *In*: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasil). **Tabelas completas**. [Brasília, DF]: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=resultados>. Acesso em: 02 nov. 2018.

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, 2018. Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/pensao-por-morte/>. Acesso em: 7 nov. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODOTÀ, Stefano. **Autodeterminação e laicidade**. Tradução: Carlos Nelson de Paula Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 139-152, jul./set. 2018

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. (Des)afeto e família. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, ano XII, n. 64, mai. 2009. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6112](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6112). Acesso em: 16 set. 2018.

SOLIDARIEDADE. *In*: DICIONÁRIO online do Michaelis, 2018. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/solidariedade/>. Acesso em 06 nov. 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.