



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDA CEDRAZ MAMEDE

DIVÓRCIO LIMINAR

Salvador

2015

FERNANDA CEDRAZ MAMEDE

DIVÓRCIO LIMINAR

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mestre Luciano Lima Figueiredo.

Salvador

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA CEDRAZ MAMEDE

DIVÓRCIO LIMINAR

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2015

À minha mãe, por toda a fé em mim depositada
e ao meu pai pelo exemplo de superação que
guia minha existência.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer a todos que, de alguma forma, auxiliaram na realização desse trabalho.

Agradeço, primeiramente, a Deus, por me dar forças para seguir em frente diante das dificuldades encontradas ao longo do caminho.

Aos meus pais pelo constante apoio e incentivo (E por todas as velas acendidas).

Ao meu amor, meu pai, que mesmo distante consegue me motivar e fazer com que eu acredite mais em mim mesma.

Aos meus irmãos e sobrinhos por compreenderem minha ausência física em tantas ocasiões.

A minha madrinha, tia Sil, pelo suporte de sempre.

Ao meu orientador, Luciano Figueiredo, pelas importantes observações.

Ao Zias pelas preciosas dicas de estruturação de texto.

A Daniel Cajé, meu amigo querido, por se disponibilizar a ler meu trabalho.

Ao Dr. Alberto, um dos magistrados mais humanos que tive o privilégio de conhecer, agradeço por inspirar o tema deste trabalho e por todas as discussões engrandecedoras que tivemos na 6ª Vara de Família.

"Deve ser verdade que a paixão priva os sentidos. Não fosse isso, como seria possível que alguém promettesse ao outro fidelidade, amor, todos os dias da vida até a morte? Para sempre, nunca, infinita e eternamente me pareciam advérbios vinculados a um tempo de adolescência da alma, no qual não se morre e não se espera." (ANDRÉA PACHÁ – A VIDA NÃO É JUSTA).

RESUMO

Esse trabalho buscou investigar a possibilidade de concessão de divórcio liminar, fazendo, inicialmente, um apanhado histórico do desenvolvimento do instituto ao longo dos anos, demonstrando que em primeiro momento o casamento era considerado indissolúvel e que, diante das modificações sociais, foi se remodelando até desembocar na facilitação da dissolução do casamento, expressada por meio da CF/88 e aprimorada com EC 66/2010 que passou a permitir o divórcio a qualquer tempo, suprimindo a exigência de separação prévia. A partir dessa premissa foram averiguados os aspectos legais envolvidos, bem como o posicionamento doutrinário acerca das questões que permeiam a ação de divórcio, a fim de verificar a possibilidade do divórcio liminar com base no pedido incontroverso, estabelecido no parágrafo 6º, art. 273 do CPC.

Palavras-chave: Casamento; Divórcio; Separação Judicial; Emenda Constitucional 66/2010; divórcio liminar.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CPC	Código de Processo Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CC	Código Civil
EC	Emenda Constitucional
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CASAMENTO	14
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO	14
2.2 MODALIDADES	16
2.2.1 Civil	17
2.2.2 Religioso	18
2.2.3 Outras formas	20
2.3 DEVERES PESSOAIS DOS CÔNJUGES	22
2.3.1 Deveres recíprocos	22
2.3.2 Deveres patrimoniais	23
2.3.2.1 Comunhão parcial	24
2.3.2.2 Comunhão universal	25
2.3.2.3 Separação de bens	26
2.3.2.4 Separação obrigatória	26
2.3.2.5 Participação final nos aquestos	27
3 DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO	28
3.1 VÍNCULO MATRIMONIAL x SOCIEDADE CONJUGAL	28
3.2 SEPARAÇÃO	29
3.2.1 Aspectos históricos	31
3.2.2 Emenda Constitucional 66/2010 x Novo Código de Processo Civil	34
3.3 DIVÓRCIO	46
3.3.1 Desenvolvimento do divórcio ao longo do tempo	46
3.3.2 Os impactos da emenda Constitucional 66/2010	52

3.3.3 Tipos de divórcio no direito brasileiro atual	54
3.3.3.1 Divórcio extrajudicial	55
3.3.3.2 Divórcio judicial	56
4 ASPECTOS PROCESSUAIS DO DIVÓRCIO BRASILEIRO	58
4.1 RITO PROCESSUAL	58
4.1.1 Divórcio consensual	58
4.1.2 Divórcio Litigioso	59
4.2 A TUTELA ANTECIPATÓRIA E A POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO PARCIAL DO MÉRITO	60
4.2.1 Antecipação de tutela fundada em pedido incontroverso: artigo 273, §6º	68
4.2.2 O Novo Código de Processo Civil: Tutela antecipada com base na evidência e julgamento parcial do mérito	73
4.3 A POSSIBILIDADE JURIDICA DO DIVÓRCIO LIMINAR	78
5 CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	92

1 INTRODUÇÃO

O divórcio tem o condão de dissolver o vínculo conjugal, possibilitando aos consortes a realização de novo casamento. É um instituto jurídico que foi introduzido aos poucos na sociedade brasileira, muito em razão da influencia da Igreja Católica que pregava a indissolubilidade do matrimônio.

A Constituição Federal de 1988 promoveu intensas modificações no direito de família, ampliando a possibilidade de realização do divórcio, que foi ainda mais aprimorada com a Emenda Constitucional 66 de 2010, suprimindo os prazos exigidos.

Verifica-se, neste tocante, que a referida alteração constitucional atribuiu ao divórcio caráter de direito potestativo, impossibilitando que discussões de cunho subjetivo impeçam sua decretação.

Diante desse arcabouço, evidencia-se a necessidade de analisar a possibilidade jurídica do divórcio liminar, considerando as questões teóricas e práticas que permeiam o instituto.

No primeiro capítulo será apreciado o casamento, instituto que estabelece a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial, demonstrando a carga religiosa que foi atribuída a ele ao longo da história (o que impossibilitava ou limitava o rompimento do vínculo matrimonial) e verificando que casamento sempre foi considerado a base da sociedade brasileira, tendo sofrido modificações ao longo da história.

Após, será feito um sucinto exame do instituto, ponderando a possibilidade de realização de casamento civil, religioso e em condições especiais - consular, por procuração e nuncupativo - e, depois disso, serão pontuados os deveres decorrentes do enlace matrimonial distinguindo os deveres pessoais dos deveres patrimoniais.

Em um segundo momento, ocupar-se-á esse trabalho de esquadrihar a dissolução do casamento, importando, de início, em diferenciar a sociedade conjugal do vínculo matrimonial para poder dissecar suas hipóteses – separação e divórcio – de modo a evidenciar a transformação ocorrida na dissolução do casamento após a edição da Emenda Constitucional 66 de 2010.

Será estudado, a partir de então, a separação, instituto jurídico atinente a pôr termo à sociedade conjugal, cessando o regime de bens e os deveres conjugais, fazendo uma breve diferenciação entre separação judicial, separação de fato e separação de corpos, apontando os seus efeitos e indagando que após a EC 66/2010 essa distinção perdeu um pouco

de sentido, em razão de não haver mais exigência de prévia separação para a concessão de divórcio.

Diante dessa constatação, passar-se-á a fazer um apanhado histórico sobre a evolução do instituto para desembocar, de fato, na análise da Emenda Constitucional 66 de 2010, que germinou o debate sobre a sobrevivência da separação judicial após a alteração constitucional e culminou na supressão do debate sobre a culpa.

Assim, será tratada a questão da culpa pelo fim do relacionamento, demonstrando a impossibilidade de tal discussão dentro do processo de divórcio após a edição da referida emenda. Além disso, será demonstrado o amplo debate na doutrina e na jurisprudência sobre o assunto, trazendo o posicionamento de autores que se mostram favoráveis à permanência da separação judicial no sistema brasileiro, como Regina Beatriz Tavares, Alexandre Câmara, o 3º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entre outros autores e tribunais que serão indicados, bem como, dos autores que defendem a extinção do referido instituto, como Paulo Lôbo, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Maria Berenice Dias, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, entre outros.

Neste ponto, será analisado o Novo Código de Processo Civil que, diante das discussões sobre a permanência da separação judicial frente à EC 66/2010, manteve regulamentação sobre esta em seu texto final que foi sancionado.

Após tais considerações, será apreciado o divórcio, revelando o seu desenvolvimento histórico na superação da indissolubilidade do vínculo matrimonial, perpassando pela Lei 6.515/77, pela Constituição Federal de 1988, que estatuiu a facilitação na obtenção do divórcio, até chegar à EC 66/2010 que suprimiu os prazos anteriormente estabelecidos, tornando-o um direito potestativo.

Serão tratados os tipos de divórcio existentes atualmente no direito brasileiro, iniciando pelo divórcio extrajudicial, que foi introduzido com a Lei 11.441/07, possibilitando a dissolução do vínculo conjugal mediante escritura pública, quando as partes forem maiores e capazes e estiverem em acordo, e prosseguindo com o divórcio judicial que poderá ser litigioso ou consensual, a depender da vontade das partes.

O terceiro e último capítulo vai tratar dos aspectos processuais do divórcio, inicialmente, distinguindo os procedimentos necessários à concessão de divórcio litigioso e consensual e, posteriormente, tratará de verificar a possibilidade de antecipação de tutela para a decretação de divórcio, contando, inclusive, com a hipótese de tutela liminar.

Será necessário observar como a antecipação de tutela foi inserida na legislação brasileira e quais seus pressupostos para poder compreender os questionamentos doutrinários

acerca de suas hipóteses, especialmente no que concerne ao parágrafo 6º do art. 273 do CPC – que seria a situação cabível de antecipação de tutela para decretar o divórcio de um casal – bem assim, estudar as modificações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil no que atine à tutela antecipada e à possibilidade de antecipação parcial de mérito.

Feitas todas essas análises, será então discutida a possibilidade jurídica do divórcio liminar, levando em consideração a assertiva constitucional de facilitar a dissolução do casamento, a supressão do fator temporal para o divórcio, estabelecido por meio da EC 66/2010, tornando-o direito potestativo, observando a aplicação do instituto pelos juízes atuantes nas Varas de Família, bem como, os seus critérios para tal e verificando o posicionamento dos Tribunais Superiores a respeito do assunto.

2 CASAMENTO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

A Carta Constitucional de 1988 estabelece que a entidade familiar, resguardada pelo Estado, é a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, podendo advir do casamento civil, da união estável e da monoparentalidade. Entretanto, nem sempre o conceito de família teve essa extensão, visto que o sistema jurídico brasileiro por muito tempo reconheceu apenas a família originada do casamento¹.

A família patriarcal, traduzida por Gilberto Freyre como órgão vivo e absorvente da formação social brasileira, possuía uma variedade de funções sociais e econômicas², sob as quais o próprio Estado brasileiro se estruturou, sendo inicialmente considerada legítima apenas aquela constituída por meio do casamento, instituto jurídico que esteve durante anos subordinado à Igreja Católica.

Primordialmente na estrutura jurídica pátria o casamento era identificado como um dos sacramentos divinos, sendo, por isso mesmo, impossível o rompimento do vínculo conjugal, sob a premissa de que “o Deus uniu o homem não pode separar”³.

A legislação matrimonial enfatizava em seus dispositivos questões costumeiras da religião católica, fazendo, por exemplo, a diferenciação entre o cônjuge batizado e não batizado, dando aquele maior proteção legal⁴.

¹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.32.

² FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51ª ed., São Paulo: Global, 2010.

³ Art. 1 – Da Dissolução do Vínculo – Cân. 1.141: O matrimônio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa exceto a morte (BRASIL, **Código de Direito Canônico**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/31867/codigo-de-direito-canonical#ancora-167>>. Acesso em 01 mar. 2015).

⁴Cân. 1056 As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade que, no matrimônio cristão, recebem firmeza especial em virtude do sacramento.

Cân. 1057 §1. É o consentimento das partes legitimamente manifestado entre pessoas juridicamente hábeis que faz o matrimônio; esse consentimento não pode ser suprido por nenhum poder humano.

§2. O consentimento matrimonial é o ato de vontade pelo qual um homem e uma mulher, por aliança irrevogável, se entregam e se recebem mutuamente para constituir o matrimônio. [...]

Cân. 1059 O matrimônio dos católicos, mesmo que só uma das partes seja católica, rege-se não só pelo direito divino, mas também pelo canônico, salva a competência do poder civil sobre os efeitos meramente civis desse matrimônio.[...]

Cân. 1142 O matrimônio não consumado entre batizados, ou entre uma parte batizada e outra não batizada, pode ser dissolvido pelo Romano Pontífice por justa causa, a pedido de ambas as partes ou de uma delas, mesmo que a outra se oponha.

Cân. 1143 § 1. O matrimônio celebrado entre dois não batizados dissolve-se pelo privilégio paulino; em favor da fé da parte que recebeu o batismo, pelo próprio fato de esta parte contrair novo matrimônio, contanto que a parte não batizada se afaste.

O casamento só passou a ser regulado pelo poder público a partir de 1861, com a edição do decreto nº 1.144, quando foi admitido que fiéis de todas as religiões professadas em território nacional poderiam casar-se civilmente⁵.

Cumprido ressaltar, entretanto, que a prerrogativa trazida pelo novo decreto estabelecia a possibilidade de casamento civil para os não-católicos, mas não dava azo a toda e qualquer religião promover a realização de casamentos religiosos reconhecidos pelo Estado, tendo em vista que àquela época havia muita resistência em admitir, por exemplo, os cultos advindos da cultura africana.

Observa-se, outrossim, que essa visão eminentemente religiosa acerca das relações familiares perdurou ao longo de séculos, e a indissolubilidade do vínculo conjugal sobreviveu até mesmo após a laicização do Estado, somente encontrando guarida após a promulgação da lei 6.151 de 26 de dezembro de 1977.

Diogo Leite de campos coaduna com o pensamento de Gilberto Freyre, anteriormente demonstrado, afirmando que o vínculo matrimonial era essencial para a constituição da sociedade patriarcal brasileira, sendo o casamento considerado uma instituição de forte interesse social, sendo que cada cônjuge exercia funções sociais, onde havia liberdade para constituir, mas não era possível dispor daquela relação consagrada pela Igreja Católica, exceto em casos excepcionalíssimos⁶. Nesse mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias ressalta que o casamento é uma instituição histórica que traz consigo a marca da tradição, sendo uma instituição milenar que congloba valores culturais, religiosos, sociais, biológicos e jurídicos⁷.

Rolf Madaleno apregoa que em razão da carga religiosa predominante no sistema jurídico familiarista brasileiro, por muito tempo, houve relativização da autonomia privada no que concerne ao matrimônio, existindo para os sujeitos apenas o direito de escolha do cônjuge e da eleição do regime de bens, sendo podada a liberdade de dissolução do casamento.

§ 2. Considera-se que para que a parte não batizada se afasta, se não quer coabitar com a parte batizada, ou se não quer coabitar com ela pacificamente sem ofensa ao criador, a não ser que esta, após receber o batismo, lhe tenha dado justo motivo para se afastar (BRASIL, **Código de Direito Canônico**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/31867/codigo-de-direito-canonical#ancora-167>>. Acesso em 01 mar. 2015).

⁵Faz extensivo os efeitos civis dos casamentos, celebrados na forma das leis do império, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados ao registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições necessárias para que os Pastores de religiões toleradas possam praticar actos que produzam efeitos civis. (BRASIL, **Decreto nº 1.144/1861**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>> Acesso em: 04 mar. 2015).

⁶CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da família e das sucessões**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 270.

⁷FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: jusPODIVM, 2012, p.181, v.6.

Contudo, essa visão limitada vem perdendo força com a atual tendência à ampliação dessa autonomia angariada pelas mudanças legislativas recentes, como, por exemplo, pela edição da lei 11.441/2007 que trouxe a possibilidade da realização do divórcio extrajudicial⁸.

Pode-se afirmar que a família continua a ser base para a sociedade, entretanto, esta não pode, de maneira alguma, ser considerada igual àquela patriarcal descrita por Gilberto Freyre em razão das mudanças estruturais que a sociedade brasileira sofreu ao longo de décadas, mudanças essas consagradas pela Constituição Federal de 1988, que passou a chamar o direito de família de direito das famílias.

João Carlos Petrini aduz, a esse respeito, que em meio a turbulências, a família empenha-se em reorganizar aspectos da realidade que o ambiente sociocultural vai desgastando, reagindo aos condicionamentos externos e se adaptando a eles, de modo que encontra novas formas de estruturação e se mantém como estrutura básica permanente na experiência humana⁹.

O casamento, nesse diapasão, foi remodelando-se à realidade cultural e social vivida pelos brasileiros, havendo diversas renovações no instituto, como a supressão dos prazos estabelecidos para o divórcio, com a possibilidade de concessão de medida liminar decretando a dissolução da sociedade conjugal, a extinção da culpa em seu processo e o recente reconhecimento do casamento homoafetivo.

2.2 MODALIDADES

O casamento é um ato jurídico complexo, solene e público, por meio do qual duas pessoas se unem com o objetivo de constituir família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado¹⁰.

Existe na legislação pátria a previsão do casamento civil (artigo 1.512, do CC/ 2002), do casamento religioso com efeitos civis (artigo 1.515, do CC/ 2002) e, excepcionalmente, a realização de casamentos em condições especiais (artigos 1.539 a 1.542, do CC/ 2002).

2.2.1 Civil

⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.103.

⁹ PETRINI, João Carlos. Notas para uma antropologia da família. *In*: FARIAS. Cristiano Chaves de (Org.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**: primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 44.

¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

O casamento civil somente surgiu no Brasil a partir de 1861, quando houve a laicização do Estado brasileiro e, em 1890, com o decreto nº 181 passou a ser o único reconhecido pelo Estado, perdurando assim até 1937 quando a lei nº 379, posteriormente modificada pelo decreto nº 3.020/1941, admitiu que o casamento religioso tivesse efeitos civis¹¹.

É um instituto revestido de solenidade, estando previsto no Código Civil o procedimento que deve ser seguido desde a habilitação até o registro, sendo sua validade atrelada à conjugação de dois requisitos: a manifestação de vontade dos nubentes no sentido de estabelecer o vínculo conjugal e a declaração do juiz de direito ou juiz de paz.

A validade do casamento deriva da validade dos seus requisitos, desse modo, os nubentes devem ser maiores e capazes. Caso sejam menores de 18 e maiores de 16 anos deverão contar com o consentimento dos pais. A celebração, por sua vez, deverá observar os requisitos formais exigidos, como a declaração feita por autoridade competente de que estão casados. A eficácia do casamento, por conseguinte, depende do registro público que deverá ocorrer no Cartório de Registro Civil competente¹².

As formalidades do casamento, assim, dizem respeito a uma sequência de procedimentos exigidos pelo Código Civil e pela Lei de Registros Públicos para que haja segurança na observância da vontade dos nubentes, que se iniciam com o requerimento de habilitação matrimonial, momento em que o cartório deve verificar a existência de capacidade dos noivos, impedimentos e causas suspensivas. Após o requerimento de habilitação feito pelos consortes deverá haver a publicação de editais objetivando oportunizar às pessoas comuns da sociedade de apresentarem impedimentos ao matrimônio. Em se verificando a inexistência de fato obstativo, após quinze dias da publicação dos editais, ocorrerá o registro do edital com a consequente expedição do certificado de habilitação para o casamento¹³.

Por consequência, após todo esse processo ocorrerá a celebração do casamento que também observará a um procedimento estabelecido em lei, pois trata-se de “ato formal, público e solene, que envolve a manifestação livre e consciente dos contraentes, o testemunho dos que se fazem presentes e a declaração de autoridade judicial¹⁴”.

Em assim sendo, deverá a celebração do casamento ocorrer nas dependências do

¹¹ WALD, Arnold. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito civil**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93 *et seq.*, v.5.

¹² LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100 *et seq.*

¹³ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 89 *et seq.*

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.114.

fórum ou do cartório de registro civil, sob a presidência de um juiz de paz ou juiz de direito, devendo ser livre o acesso do público a fim de permitir a arguição de impedimentos. A cerimônia contará com a presença dos nubentes, da autoridade judicial, do oficial do cartório de registros civis e de duas testemunhas, que podem ser parentes dos noivos. A inobservância das exigências legais para a celebração do casamento resulta em inexistência do próprio ato¹⁵.

2.2.2 Religioso

O casamento religioso possui uma importância social muito grande, sendo um valor cultural marcante nas diversas civilizações ao redor do mundo. No Brasil a recepção do casamento religioso é velha tradição, estando presente desde os primórdios.

Antes da Constituição republicana de 1891 vigorava o casamento canônico, tendo sido o casamento civil criado a partir da separação entre a Igreja e o Estado, momento em que o casamento religioso perdeu seus efeitos civis. Foi com a Constituição de 1934 que o casamento religioso voltou a possuir efeitos civis e, neste momento, houve a admissão de outras religiões na celebração dos matrimônios¹⁶.

Os efeitos civis do casamento religioso foram disciplinados com a edição da Lei nº 379 de 1937, garantindo o reconhecimento dos casamentos celebrados nas mais diversas religiões brasileiras, conforme estabelecido em seu artigo 1º: “Aos nubentes é facultado requerer, ao juiz competente para a habilitação conforme a lei civil, que seu casamento seja celebrado por ministro da Igreja Católica, ao culto protestante, grego, ortodoxo, ou israelita, ou de outro cujo rito não contrarie a ordem pública ou aos bons costumes.”.

A Constituição Federal de 1988 traz previsão acerca do casamento religioso com efeitos civis no seu artigo 226, § 2º e, levando em consideração o artigo 5º, VI, da Carta Constitucional, extrai-se que poderá ser reconhecido os efeitos civis do casamento celebrado nas mais variadas religiões brasileiras, em virtude da liberdade de crença.

Entretanto, em decorrência da tradição nacional a maioria dos casamentos religiosos são católicos, havendo, ainda, muita resistência em reconhecer matrimônios celebrados em alguns cultos presentes no cenário brasileiro, como espírita e os advindos da cultura africana.

Camilo de Lelis Colani Barbosa afirma que há certa dificuldade na identificação

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: jusPODIVM, 2012, p.270 *et seq.*v.6.

¹⁶ RESTIFFE NETO, Paulo. ALONSO, Félix Ruiz. A recepção do casamento religioso e o Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, ano 92, vol. 817, novembro de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

do que é meramente um culto, da efetiva prática religiosa, mas que as pessoas que professam diferentes crenças podem pleitear a realização deste tipo casamento, demonstrando os preceitos seguidos e a existência de rituais compatíveis com a ordem legal¹⁷.

Atualmente os Tribunais nacionais vêm reconhecendo casamentos realizados em centros espíritas e terreiros de candomblé, sob a perspectiva de que o Estado é laico e a Constituição Federal veda a discriminação de qualquer categoria.

Nesse sentido, entendeu o Ministério Público do Estado da Bahia em parecer nº. 7540/2005, no Mandado de Segurança contra ato da Corregedora-Geral do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, processo nº 34739-8/2005, que a negação de efeitos civis a casamento realizado em centro espírita violaria os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade religiosa:

[...] cabe reconhecer a possibilidade da realização de ato religioso de qualquer credo servir para fins registrais de casamento, pelo que não podem as Impetradas se recusar a efetuar o registro civil do enlace espírita dos Impetrantes, sob a égide de que o Espiritismo não é religião e que, por conseguinte, o celebrante não é investido de autoridade religiosa apta a efetuar casamentos.

Nunca é demais lembrar que o Brasil é um estado laico, onde não se pode priorizar determinada religião ou crença em detrimento de outras, sendo inadmissível a recusa em atribuir efeitos civis aos casamentos celebrados por líderes de qualquer religião ou crença, desde que professe fé adequada aos princípios estruturantes da sociedade humana¹⁸.

Sob essa perspectiva conclui-se que não há fundamento legal suficientemente forte para a vedação do reconhecimento dos efeitos civis dos casamentos religiosos celebrados nas mais variadas religiões professadas em território nacional, sejam elas cardecista, umbandista, católica ou qualquer outra, visto que tal limitação disseminaria a discriminação religiosa que Constituição Federal tanto tenta impedir.

Deve-se advertir que o casamento religioso com efeitos civis deve atender as mesmas exigências legais do casamento civil para que possa ser registrado e produzir efeitos, necessitando observar a capacidade para casar dos noivos, os impedimentos matrimoniais, as causas suspensivas e a habilitação para que se possa realizar a celebração religiosa, que também deve atender a requisitos legais, e, posteriormente o registro civil.

¹⁷ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 98 *et seq.*

¹⁸ MP/BA. **Parecer nº 7540/2005**, processo nº 34739-8/2005. O Ministério Público da Bahia entendeu que a negação de efeitos civis a casamento realizado em centro espírita violaria os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade religiosa Disponível em: <http://jus.com.br/pareceres/16666/ministerio-publico-entende-que-casamento-em-centro-espirita-pode-ter-efeitos-civis>, acesso em: 23 mar. 2015.

2.2.3 Outras formas

Além do casamento civil e do casamento religioso há formas especiais de realização de casamentos reconhecidos pelo Estado. Existem situações extremas que não permitem a observância da forma legal de solenidade na celebração do casamento¹⁹ e estas autorizam a realização de casamentos diferenciados no que diz respeito ao rito, à presença pessoal dos nubentes e a condições especiais de um ou de ambos os noivos²⁰.

São considerados casamentos especiais o casamento por procuração, o casamento nuncupativo e o casamento perante autoridade diplomática.

O casamento por procuração ocorre quando um ou ambos os nubentes não podem estar presentes no ato da celebração do casamento, assim, a lei prevê, excepcionalmente no artigo 1.542 do CC a hipótese de o casamento celebrar-se mediante procuração, onde o procurador investido de poderes a ele expressamente outorgados, deverá comparecer à cerimônia para declarar, em nome do nubente, a vontade deste.

A procuração deve outorgar poderes especiais, ser feita por instrumento público e terá eficácia de noventa dias, observadas as regras particulares de disciplina das relações entre mandante e mandatário estabelecidas pelo Código Civil.

O casamento nuncupativo, por sua vez, baseia-se na necessidade social de conceder a condição de casados a pessoas em situação de risco de morte. Camilo de Lelis Colani Barbosa aduz que o casamento nuncupativo, também conhecido como *in extremis* ou *in articulo mortis*, é autorizado quando um ou ambos os nubentes encontrarem-se em iminente risco de vida, conforme estabelecido no artigo 1.540 do CC.

Algumas condições são exigidas para que o casamento nuncupativo seja válido. Em primeiro lugar, as testemunhas do ato devem comparecer, no prazo de dez dias, perante autoridade judicial para que seja tomado por termo a realização do matrimônio. Em segundo lugar, deve a autoridade judicial verificar se havia a possibilidade de os contraentes terem se habilitado ordinariamente²¹. Após as verificações necessárias o casamento será confirmado e averbado no registro civil dos noivos.

Por fim, existe ainda a modalidade especial de casamento celebrado perante autoridade diplomática. Segundo o disposto no artigo 1.544 do CC o casamento celebrado

¹⁹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

²⁰ BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 95.

²¹ *Ibidem*, p. 96 et seq.

perante autoridade diplomática consiste na possibilidade da realização de casamento entre brasileiros no exterior perante cônsules brasileiros.

Ressalta-se que se trata de casamento entre brasileiros, conforme esclarece o Consulado Geral do Brasil em Paris: “Os cidadãos brasileiros, se o desejarem, poderão casar-se perante autoridade francesa. Neste caso, as informações devem ser obtidas na *mairie* da cidade ou *arrondissement* em que habitam. O casamento na Repartição consular somente pode ser celebrado quando ambos os cônjuges tiverem a nacionalidade brasileira²²”.

O casamento realizado fora do Brasil, contudo, tem eficácia condicionada ao posterior registro em território nacional, no cartório do respectivo domicílio ou no 1º Ofício da Capital do Estado onde passar a residir, caso não possuam residência nacional. Assim, o casamento realizado perante autoridade diplomática estará sujeito a ingresso obrigatório no registro civil brasileiro no prazo de 180 dias, contados da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil²³.

2.3 DEVERES PESSOAIS DOS CÔNJUGES

O casamento válido irradia suas consequências nas mais diversas órbitas, produzindo efeitos sociais, pessoais e patrimoniais na vida daqueles que o contraem, estabelecendo uma série de direitos e deveres a serem exercidos de maneira equânime pelas partes pactuantes, em razão do princípio da igualdade consagrado pela Constituição Federal de 1988²⁴.

É o princípio da igualdade, assim, um dos fundamentos do nosso sistema jurídico, sendo, juntamente com a liberdade, sustentáculo para o Estado Democrático de Direito, que visa assegurar a dignidade da pessoa humana também em âmbito familiar, reconhecendo a igualdade de obrigações e direitos entre os cônjuges²⁵.

2.3.1 Deveres recíprocos

Segundo estabelecido pelo artigo 1.566 do CC são deveres de ambos os cônjuges:

²² CONSULADO DO BRASIL EM PARIS. **Casamento Consular**: Informações gerais. Disponível em: <http://cgparis.itamaraty.gov.br/pt-br/casamento_consular.xml>. Acesso em: 23 mar. 2015.

²³ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

²⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.167 *et seq.*

²⁵ DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (Coord.) **Temas atuais de direito e processo de família**. Primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 65.

a fidelidade recíproca, a vida em comum, no domicílio conjugal, a mútua assistência, o sustento, guarda e educação dos filhos, o respeito e consideração mútuos. Destarte, “não se limita a lei a chancelar o casamento e atribuir responsabilidades ao casal, pois também busca interferir na sua vida íntima, impondo deveres e assegurando direitos para serem cumpridos durante o período de convívio”²⁶.

Para Camilo Colani a nomenclatura “deveres” possui uma abrangência mais ampla, tratando-se na verdade de direitos-deveres na perspectiva dúplice obrigacional, visto que à medida que nasce para um determinado dever, surge para o outro um direito, como o direito de ação, caso haja o descumprimento de alguma dessas obrigações²⁷.

Em primeiro lugar, fidelidade recíproca é uma obrigação conjugal que possui caráter moral, em decorrência da tradição monogâmica ocidental, tendo a sua infração, por muito tempo, configurado o extinto crime de adultério. Atualmente tem provocado intenso debate nos tribunais pátrios, em virtude das famílias paralelas. O dever de coabitação, por sua vez, é compreendido como intimidade de convivência, não necessariamente implicando a vida sob o mesmo teto, configurando-se com a existência da *affectio maritalis*. A mútua assistência baseia-se não só no suporte material de alimentação e vestuário, mas no amparo moral de um para com o outro e está ligada diretamente ao respeito e consideração mútuos²⁸. Os deveres relacionados à prole também se associam de alguma forma com o dever de assistência mútua, porém decorrem essencialmente da função materna e paterna, não necessariamente da situação conjugal.

Antes da Emenda Constitucional 66/2010 a infração de cada um desses deveres conjugais constituía causa para a separação judicial, contudo, após a alteração promovida pela referida emenda, os deveres elencados no artigo 1.566 do CC ficaram contidos em sua matriz ética, desprovidos de sanção jurídica, exceto no caso de violação dos deveres de sustento, guarda, educação dos filhos e de mútua assistência, que podem resultar em condenação de acordo com a hipótese prevista²⁹.

2.3.2 Deveres patrimoniais

²⁶DIAS, Maria Berenice. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a *vacatio legis***, anais do III Congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, p. 71.

²⁷COLANI, Camilo. Casamento: conceito e natureza jurídica no Novo Código Civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**, primeira série. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 318.

²⁸PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.174 *et seq.*

²⁹GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p.190 *et seq.*, v.6.

O matrimônio determina o nascimento de diversos efeitos patrimoniais, tanto entre os cônjuges quanto deles com relação a terceiros, que poderão influenciar em questões relativas à herança, à transferência onerosa de bens, ao direito real de habitação, entre outros aspectos. Assim, quando dois sujeitos decidem contrair matrimônio surge necessidade de escolher o regime de bens, que regerá aquela comunhão e isso será determinante no que diz respeito à comunicabilidade dos bens de um para o outro³⁰.

Entende-se por regime de bens o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, tendo como princípios norteadores a liberdade de escolha, consagrando a autonomia privada, a variabilidade, garantindo a multiplicidade de regimes à escolha dos nubentes e a mutabilidade, que assegura a possibilidade de alteração do regime de bens após o matrimônio³¹.

O Brasil adota cinco regimes de bens, a comunhão parcial, a comunhão universal, a separação total, a separação obrigatória e a participação final nos aquestos, dando liberdade aos contraentes de mesclarem as regras desses regimes, quando não se tratar do regime obrigatório de separação, através de pacto antenupcial, estabelecendo um regime patrimonial híbrido³².

Em decorrência do regime de bens eleito pelos cônjuges, poderá haver restrições com relação a bens adquiridos durante o casamento por um deles, como, por exemplo, a necessidade de outorga de seu parceiro para a alienação ou disposição de um bem imóvel³³.

Desse modo, a seleção do regime de bens importará durante a constância do casamento, em razão da limitação ao direito de dispor do patrimônio, como também, quando da dissolução do matrimônio, em razão da forma como se dará a partilha de bens.

2.3.2.1 Comunhão parcial

O regime da comunhão parcial é o regime básico atualmente adotado no sistema brasileiro, ou seja, não havendo convenção ou sendo ela ineficaz, será o regime que vigorará com o enlace matrimonial. Desse modo, quando um casal desejar firmar outro regime de bens deverá o fazer através de pacto antenupcial, como bem esclarece o artigo 1.640 do Código

³⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.697 *et seq.*

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

³² *Ibidem*, p. 123.

³³ *Op cit.*, p.697 *et seq.*

Civil.

Entende-se por pacto antenupcial o “negócio jurídico por meio do qual se regulamenta o regime econômico do matrimônio, definindo, pois, seu regime de bens, apartando-se do regime legal supletivo³⁴”, que é o regime da comunhão parcial.

Segundo Arnold Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca o regime da comunhão parcial é aquele que melhor atende ao espírito daqueles que realmente buscam uma sociedade conjugal, pois nele comunicam-se apenas os bens adquiridos a título oneroso na constância casamento³⁵.

Conforme estabelecido no artigo 1.658 do CC no regime de comunhão parcial comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, excluindo-se aqueles que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; as obrigações anteriores ao casamento; as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes³⁶.

2.3.2.2 Comunhão universal

O regime da comunhão universal foi o regime de bens supletivo no direito brasileiro por muitos anos. Segundo lição de Caio Mário da Silva Pereira, tal regime jurídico-patrimonial já se verificava desde o tempo das Ordenações do Reino, tendo sido adotado pelo Código Civil de 1916 para os casamentos realizados à ausência de pacto antenupcial, salvo nos casos que fosse obrigatória a separação³⁷.

Previsto no artigo 1.667, do Código Civil vigente, o regime da comunhão universal de bens importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com a exceção dos bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; os bens gravados de fideicomisso e o

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: jusPODIVM, 2012, p.367, v.6.

³⁵ WALD, Arnold. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito civil**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 170, v.5.

³⁶ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

³⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.228 *et seq.*

direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; além dos bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659, do mesmo diploma legal.

Dessa forma, a comunhão universal é o regime por meio do qual os cônjuges estabelecem que todos os seus bens presentes ou futuros, móveis ou imóveis, adquiridos a qualquer título, antes ou durante o casamento, comunicam-se gerando apenas um patrimônio comum, mesmo que apenas um dos consortes os tenha adquirido, somente havendo a apuração dos bens pertencentes a cada um daqueles na hipótese de dissolução da sociedade conjugal³⁸.

2.3.2.3 Separação de bens

Diametralmente oposto ao regime de comunhão universal é o regime da separação de bens, por meio do qual se estabelece uma “diáspora patrimonial, obstando a comunhão de todo e qualquer bem adquirido por cada cônjuge, antes ou depois do casamento, seja a título oneroso ou gratuito”³⁹.

Bem assim, estabelece o artigo 1.687 do CC que quando adotado o regime de separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real, não havendo o que se falar em outorga uxória. Do mesmo modo, deverão ambos os cônjuges contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Trata-se, destarte, de um regime simples que garante a incomunicabilidade entre os patrimônios de cada um dos cônjuges, o que torna fácil o processo de dissolução do vínculo conjugal em razão de não haver discussão sobre partilha de bens, quando adquiridos por apenas um dos cônjuges.

2.3.2.4 Separação obrigatória

³⁸ WALD, Arnold. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito civil**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, 177 et seq., v.5.

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: jusPODIVM, 2012, p.270 et seq. V.6.

A separação de bens pode resultar de imposição legal em determinados casos, com o qualificativo de “separação obrigatória” ou “separação legal”⁴⁰. As hipóteses em que a separação de bens é obrigatória estão elencadas no artigo 1.641 do CC sendo elas: das pessoas que contraírem matrimônio com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, da pessoa maior de setenta anos e de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Observa-se, dessa forma, que, diferentemente dos demais regimes, na separação legal não existe liberalidade dos contraentes. Se existir a ocorrência de uma das situações previstas, o regime da separação será obrigatório.

Nesse contexto, muitos questionamentos surgiram acerca de tal regime com relação a sua obrigatoriedade no caso dos maiores de setenta e também no que concerne a bens adquiridos por esforço comum dos cônjuges.

A súmula 377 do STF veio pacificar parte das discussões, aduzindo que no regime de separação obrigatória de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Isso porque ficou entendido que por haver supressão da vontade dos consortes deveria haver certa flexibilização do regime.

2.3.2.5 Participação final nos aquestos

O regime de participação final nos aquestos tem raízes no direito germânico, mas ainda é pouco utilizado no sistema brasileiro. Previsto no artigo 1.672 do CC estabelece que durante a convivência conjugal as regras jurídico-patrimoniais serão guiadas pelo regime de separação convencional dos bens, entretanto, no momento da dissolução do vínculo incidirão as regras da comunhão parcial, havendo, assim, a comunicação dos bens onerosamente adquiridos na constância do casamento⁴¹.

Em outras palavras, durante o casamento existe a separação patrimonial entre os cônjuges, integrando o patrimônio próprio os bens que cada um possuía ao casar e os adquiridos a qualquer título durante o matrimônio, todavia, após a dissolução da sociedade conjugal, os aquestos são calculados excluindo-se apenas aqueles existentes à época do casamento e aqueles sub-rogados em seu lugar, restando todos os demais como patrimônio

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.196.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: jusPODIVM, 2012, p. 392, v.6.

comum a ser partilhado⁴².

⁴² WALD, Arnold. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito civil**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.193, v.5.

3 DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

3.1 VÍNCULO MATRIMONIAL x SOCIEDADE CONJUGAL

O casamento estabelece, concomitantemente, a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial⁴³, que importa a comunhão de vidas, nos aspectos espiritual, social, físico, jurídico e, muitas vezes, patrimonial⁴⁴.

Enquanto a sociedade conjugal é formada pelos aspectos pessoais estabelecidos entre os cônjuges, gerando uma série de direitos e obrigações para aqueles, o vínculo matrimonial representa o reconhecimento do Estado sobre aquela entidade familiar, requerendo formalidades para a sua conformação, bem como para o seu desfazimento.

A legislação familiarista brasileira, anterior ao Novo Código Civil, previa duas hipóteses extintivas do casamento: as causas dissolutivas e as causas terminativas. As causas terminativas tinham o condão de pôr fim à sociedade conjugal, ou seja, romper a obrigação dos cônjuges de atendimento aos deveres pessoais impostos pelo matrimônio, como o dever de fidelidade recíproca. Por sua vez, as causas dissolutivas não só findavam a sociedade conjugal, como também ceifavam o vínculo jurídico existente entre os consortes⁴⁵.

Assim, em razão de as causas terminativas somente extinguirem a sociedade conjugal, não era permitida a realização de novo casamento entre aqueles que haviam se submetido ao referido procedimento.

A esse respeito, apregoa Cristiano Chaves de Farias:

Conquanto sejam institutos jurídicos distintos, com requisitos específicos e consequências diferenciadas, não se pode negar que tanto a separação judicial quanto o divórcio tendem a um mesmo propósito (prestam-se a um desiderato único): pôr fim ao casamento. Estranhamente, no entanto, apesar de finda a união matrimonial, em um o legislador permite que os antigos cônjuges venham a convolar novas núpcias, no outro, impede o novo casamento, muito embora os liberte dos deveres matrimoniais (CC, art. 1.566, como a assistência recíproca, o respeito e a consideração mútuos, a coabitação etc.) e do regime de bens⁴⁶.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p.202, v.6.

⁴⁴ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 86.

⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4ª ed., JusPODIVM, Salvador, 2012, p. 410, v.6.

⁴⁶ *Idem*. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**, anais do III Congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey. p.106 *et seq.*

Após a edição da Emenda Constitucional 66/2010 essa dualidade de sistemas passou a ser questionada, sob o ponto de vista de que não haveria mais sentido romper a sociedade conjugal mantendo o vínculo matrimonial intacto⁴⁷.

Segundo preceitua o artigo 1.571 do Código Civil a sociedade conjugal termina com a morte de uns dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento, a separação judicial e o divórcio, mas somente a morte e o divórcio são capazes de dissolver o casamento válido.

Neste ponto, mostra-se importante analisar especificamente os institutos da separação e do divórcio, a fim de verificar a possibilidade da concessão liminar deste.

3.2 SEPARAÇÃO

O instituto da separação, previsto no artigo 1.571, III do Código Civil vigente, consiste na possibilidade de desconstituição da sociedade conjugal, sem, no entanto, desconfigurar o vínculo matrimonial. Rompe-se a obrigatoriedade dos deveres recíprocos e cessam os direitos conjugais, havendo a autorização estatal para dissolução da vida familiar. Classifica-se a separação em três categorias: separação judicial, separação de fato e separação de corpos.

Luiz Edson Fachin afirma que a separação judicial é a forma de o Estado-juiz chancelar a possibilidade do desfazimento da sociedade conjugal,⁴⁸ podendo ela ser dividida em duas categorias: separação judicial consensual e separação judicial litigiosa. Por separação judicial consensual entende-se aquela em que os consortes, de comum acordo, buscam as vias judiciais com o objetivo de extinguir a relação conjugal. A separação judicial litigiosa, por sua vez, existe em razão da situação conflituosa das partes, que não estão acertadas com relação ao rompimento afetivo.

Existem situações, contudo, em que as partes não vão ao judiciário formalizar o fim da sociedade conjugal, mas isso não impede que esta tenha se desfeito. Quando há o desaparecimento da base que estabelecia a comunhão entre os sujeitos, a falência da sociedade conjugal resta evidente. Há apenas circunstâncias de fato que demonstram que não existe mais reconhecimento familiar entre os consortes e, por isso, essa modalidade de rompimento da sociedade conjugal é denominada de separação de fato.

A separação de corpos, por sua vez, é uma medida judicial que visa estabelecer o

⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4ª ed., JusPODIVM, Salvador, 2012, p. 410, v.6.

⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do Novo Código Civil brasileiro. 2ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 200.

afastamento compulsório dos cônjuges, se presentes condições fáticas e jurídicas autorizadoras de tal medida, que podem dizer respeito tanto à necessidade de rompimento do dever de coabitação, quanto à existência de alguma lesão ou ameaça de lesão entre os consortes⁴⁹.

Antes do advento da emenda constitucional 66/2010 havia importância na distinção entre as modalidades de separação, visto que seria ela requisito prévio para o divórcio. Desta forma, primeiro as pessoas precisavam se separar e só depois é que podiam converter a separação em divórcio. Caso separassem-se judicialmente ou houvesse sentença decretando a separação de corpos, era necessário aguardar um ano do trânsito em julgado da sentença para o pedido de divórcio. Se a separação não fosse formalizada, sendo apenas de fato, o prazo era estendido para dois anos.

Como a separação judicial não possuía o condão de romper o vínculo matrimonial, as pessoas ficavam impedidas de contrair novo matrimônio, tendo o seu estado civil alterado para constar o termo “separado judicialmente”. Havia somente a cessação do regime de bens e dos deveres conjugais.

A sentença que decretava a separação judicial tinha eficácia desconstitutiva (desconstituía a sociedade conjugal) e efeito retroativo, ou seja, retroagia alcançando a separação cautelar e a separação de fato. Efeito que não pode ser atribuído ao divórcio, em razão de ser ele não só capaz de dissolver a sociedade conjugal, como também romper o vínculo matrimonial. Assim “ainda que o divórcio seja a única modalidade que atualmente existe para acabar com o casamento, não é possível emprestar-se efeito retroativo à sentença que decreta o divórcio para alcançar o período da separação de fato ou da separação de corpos⁵⁰”.

Maria Berenice Dias afirma que ainda que tenha havido o desaparecimento da separação com a Emenda Constitucional 66 de 2010, os seus efeitos não foram apagados, ressaltando que algumas situações transitórias devem ser consideradas:

Quando decretada quer a separação de corpos, quer a separação judicial, ocorria a alteração do estado civil dos cônjuges, que passavam de casados para separados judicialmente. Com o fim da separação judicial ainda persistem os separados desfrutando o mesmo estado civil. Não há alteração automática para o estado civil de divorciado. Aliás, este entendimento, a par de gerar insegurança jurídica, resultaria no desagradável equívoco de se pretender modificar uma situação jurídica consolidada segundo as normas vigentes à época da sua constituição, sem que tivesse havido manifestação de qualquer das partes envolvidas. Em outras palavras: a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, as pessoas judicialmente

⁴⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 267.

⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!** 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.55 *et seq.*

separadas (por meio de sentença proferida ou escritura pública lavrada) não se tornariam imediatamente divorciadas, exigindo-se-lhes o necessário pedido de decretação de divórcio, para que, por óbvio, não haveria mais a necessidade de cômputo de qualquer prazo. Respeita-se, com isso, o próprio ato jurídico perfeito. Como a separação – judicial, de corpos ou de fato – não rompe o vínculo matrimonial, é possível o reestabelecimento do casamento e o retorno à condição de casados (CC 1.577). No entanto, os separados estão impedidos de casar com outras pessoas. Ocorrendo a morte de um depois da separação, o sobrevivente assume a condição de viúvo. Essa conclusão tem uma justificativa lógica. Advindo a morte de um do par, não há a possibilidade de decretação do divórcio. Desse modo, é necessário reconhecer que a morte libera o separado para novo casamento. O mesmo não acontece quando ocorre o falecimento de um depois do divórcio. Os divorciados continuam sendo assim identificados mesmo depois da morte do ex-cônjuge. Afinal, o casamento já estava dissolvido⁵¹.

3.2.1 Aspectos históricos

A separação judicial adveio do direito canônico, sendo uma derivação do instituto conhecido como “desquite”, representando a resistência do catolicismo à dissolubilidade do vínculo conjugal. Segundo Zeno Veloso a nomenclatura “desquite” não fora copiada *ipsis litteris* em razão de possuir uma carga significativa extremamente negativa, principalmente para a mulher, que se sentia constrangida em apresentar-se socialmente como desquitada, de maneira que a mudança do vocábulo tinha o objetivo de livrar a mulher do sofrimento causado em razão dos estereótipos criados pela sociedade⁵².

Observa-se, assim, que a separação já era regulamentada no direito brasileiro há muito tempo, iniciando nos cânones católicos como desquite, e modelando-se às aflições sociais como separação, ganhando melhor estruturação a partir da lei do divórcio (lei 6.515/77).

Segundo estabelecido na lei 6.515/1977, a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges poderia ser requerida após dois anos do casamento. Por outro lado, poderia ser pretendida a separação judicial por um só dos cônjuges quando imputasse ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importasse em grave violação dos deveres do casamento, que tornassem insuportável a vida em comum, devendo o consorte requerente comprovar a ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstituição.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve uma compatibilização da Lei do Divórcio para atender às modificações trazidas, ficando

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!** 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.58 *et seq.*

⁵² VELOSO, Zeno. Pequena história do divórcio no Brasil. *In:* LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. FERRAZ, Carolina Valença (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil.** JusPODIVM, Salvador, 2011, p.26.

estabelecido que a separação por mútuo consentimento se daria após mais de dois anos da celebração do matrimônio, podendo também ser requerida por apenas um dos cônjuges, comprovando a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e a impossibilidade de sua reconciliação.

A partir do Código Civil de 2002 as questões relativas à separação e ao divórcio passaram a ser tratadas pelo referido diploma legal, juntamente com as disposições constitucionais pertinentes à matéria, conforme se verifica nas palavras de Maria Berenice Dias:

A lei 6.515/77 não foi recepcionada em seus prazos para o divórcio e a separação, tendo sido adequada à nova Constituição pelas alterações trazidas nas leis 7.841/89 e 8.408/92.

Atualmente, tudo quanto diga respeito ao direito material infraconstitucional em sede de separação e divórcio está regulado no Código Civil de 2002. Prevê o código que a separação judicial consensual pode ser requerida após um ano de casamento e a separação judicial não-consensual pode ser pedida a qualquer tempo, desde que demonstrados fatos que tornem insuportáveis a vida em comum, discutindo-se culpa.⁵³

Observa-se que, apesar de a Constituição Federal e o Código Civil de Miguel Reale fazerem alterações maestrais no que concerne à separação e ao divórcio, a culpa continuava a ser matéria pertinente nas discussões judiciais travadas pelos cônjuges, consoante extraído, por exemplo, dos artigos 1.572, § 1º, 1.578, § 1º, 1.704, 1.830 do Código Civil.

Nesse contexto, pela redação do Código Civil vigente, seria admitida nas ações de separação litigiosa a discussão sobre a culpa pela ruptura da relação conjugal, com a função de: i) o cônjuge culpado perder o direito de pleitear alimentos, exceto se houver inaptidão para o trabalho ou se necessitar e não existir nenhum familiar capaz de pensioná-lo; ii) o consorte culpado perder o direito de utilizar o sobrenome do outro, exceto se a supressão acarretar prejuízo crasso para sua identificação, ou manifesta distinção entre seu nome e o nome dos filhos advindos da relação; iii) o cônjuge culpado, se separado de fato há mais de dois anos, ser excluído da sucessão do seu consorte⁵⁴.

A esse respeito, leciona Maria Berenice Dias:

Historicamente sempre existiram duas formas de obtenção da separação: por vontade de ambos os cônjuges ou por iniciativa de somente um deles. Quando mútua

⁵³DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 297.

⁵⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 6. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 212.

era a intenção de romper o casamento, não havia necessidade de apontar qualquer motivação para o decreto judicial de separação. O casal precisava esperar o decurso de um ano da celebração das núpcias para pleitear o divórcio (CC 1.574). mesmo que antes desse prazo tivesse acabado o vínculo afetivo, e o par não mais convivesse sob o mesmo teto, a lei, de forma aleatória e arbitrária, impingia a manutenção do *status* de casado. Não se consegue identificar motivo de negativa de referendar o desejo dos cônjuges.

Quando somente um dos cônjuges desejava terminar a sociedade conjugal, para pleitear a separação, tinha de atribuir ao outro a culpa pelo fim da união ou comprovar a ruptura da vida em comum há mais de um ano (CC 1.572). a jurisprudência, no entanto, já vinha afastando a necessidade de identificar culpados. Antes do decurso desse interstício, ou na ausência de motivo que pudesse ser imputado ao outro, resistia o Estado em cancelar a vontade de um dos cônjuges. Ainda assim, decretada a separação, era preciso volver a juízo para convertê-la em divórcio (CC 1.580 § 1º). Para a obtenção do divórcio direto, era necessário aguardar o decurso do prazo de dois anos da separação de fato (CC 1.580 §2º)⁵⁵.

Excepcionalmente, havia a possibilidade de um dos cônjuges requerer a separação judicial sem o implemento de um ano de casamento, sendo necessária, para isso, a imputação de séria conduta desonrosa ou prática de ato que gerasse grave violação aos deveres do casamento, ocasionando a insuportabilidade da continuidade de vida em comum, conforme afirmado por Maria Berenice Dias:

Para a propositura da ação o autor precisava apontar o réu como “culpado”, indicando os motivos do pedido de separação (CC 1.573): I – adultério; II – tentativa de morte; III – sevícia ou injúria grave; IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V – condenação por crime infamante; ou VI – conduta desonrosa. Tal elenco, no entanto, perdia totalmente o significado e assumia caráter meramente exemplificativo no momento em que era outorgada ao juiz a faculdade de considerar outros fatos que tornaram evidente a impossibilidade da vida conjugal (CC 1.573 parágrafo único). Assim, era de todo desnecessária e inútil a enumeração de tais condutas, pois meras consequências do único fato gerador de tais atitudes: o fim do afeto. Só é infiel, só abandona, só agride quem não ama. Portanto, é o fim do amor o único motivo da separação. E aquele que ainda ama, por pura vingança ou raiva, tem o desejo de buscar a punição de quem não o quer mais. Por isso pedia ao judiciário a condenação do outro com a imposição da pecha de culpado⁵⁶.

Várias eram as consequências do reconhecimento judicial da culpa de um dos cônjuges. Havia implicações no arbitramento de alimentos, que poderiam não ser devidos em virtude da culpa pelo rompimento da relação conjugal, no direito de utilização do sobrenome do cônjuge, na sucessão, com a exclusão do cônjuge faltoso, se separado de fato há mais de dois anos. Além disso, a culpa poderia ser discutida para o arbitramento de danos morais.

Conclui-se, dessa forma, que apesar da louvável redução dos prazos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 e a edição do Código Civil de 2002, havia empecilhos que

⁵⁵DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.304.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 317.

continuavam a atravancar a vida daqueles sujeitos que pleiteavam por fim ao casamento, primeiro porque, por mais que encurtados, os prazos ainda eram exigidos e segundo porque a discussão sobre a culpa pelo fim da relação além de prolongar os atos processuais, tornava ainda mais desgastante aquele processo.

Após a edição da conhecida Emenda do Divórcio (EC 66/2010) houve grande modificação no que diz respeito aos institutos da separação e do divórcio, resultando em supressão dos prazos de separação estabelecidos, podendo, a partir de então, o divórcio de um casal ser pleiteado a qualquer tempo, bem como a extinção de questionamentos subjetivos.

As modificações constitucionais abarcadas pela emenda nº 66/2010 provocaram fervorosas discussões no seio familiarista brasileiro, trazendo à luz questionamentos acerca da sobrevivência do instituto da separação judicial em face da supressão dos prazos, conforme será tratado em seguida.

3.2.2 Emenda Constitucional 66/2010 x Novo Código de Processo Civil

A aprovação da Emenda Constitucional 66 de 2010 foi fruto de grande esforço doutrinário, em especial, de juristas integrantes do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que desembocou na PEC nº 413/05, e, posteriormente, se tornou a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2007, tendo sido inicialmente proposta pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia e concluída pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro⁵⁷.

A emenda constitucional em debate deu nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, para suprimir os requisitos relativos ao lapso temporal, bem como para extinguir os requisitos subjetivos para a concessão do divórcio.

Ao longo de parecer favorável a alteração constitucional, o Senado Federal observa que passados mais de 30 anos da edição da emenda constitucional nº 9 de 1977 houve perda de sentido em se exigir o perpasso de lapsos temporais e de separação judicial para a decretação do divórcio:

Saliente-se que, no casamento, dois institutos se superpõem: a sociedade conjugal, que decorre da simples vida em comum, na condição de marido e mulher, com a intenção de constituir família, e o vínculo conjugal, que nasce da interferência do próprio Estado, mediante a solenização do ato, na presença de testemunhas, com portas abertas e outras condições estabelecidas em lei.

⁵⁷FARIAS, Cristiano Chaves de ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 310.

A sociedade conjugal, fruto da iniciativa dos cônjuges, pode por eles ser desfeita, formal ou informalmente, ao seu arbítrio, mas o vínculo conjugal, para ser desfeito pelo divórcio, depende de nova interferência do Estado.

Ora, o Estado atual é bem menos tutelar que o de trinta anos atrás, e, quanto à sociedade hodierna, as dúvidas e temores que acometeram diversos segmentos dos anos 70 do século passado estão, hoje, todos dissipados, inclusive o de que “no dia seguinte à aprovação do divórcio, não restaria, no País, um só casamento”.

O que se observa é que a sociedade brasileira é madura para decidir a própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem esses institutos. Portanto, não é a existência do instituto do divórcio que desfaz casamentos, nem a imposição de prazos ou separações intermediárias que impedirá⁵⁸.

A separação judicial, conforme anteriormente demonstrado, tem por objeto findar a sociedade conjugal, sem, no entanto, romper o vínculo matrimonial, diferenciando-se do divórcio em razão deste fulminar o vínculo matrimonial, provocando um rompimento definitivo⁵⁹.

Com o advento da emenda constitucional nº 66/2010 a doutrina brasileira iniciou grande debate acerca da permanência do instituto da separação judicial na legislação pátria, dividindo os operadores do direito entre os que acreditam que a modificação constitucional pôs fim à separação judicial, em razão de não haver sentido em manter existente um vínculo matrimonial diante da extinção da sociedade conjugal, visto que tal procedimento só causaria morosidade processual e aqueles que afirmavam que a nova disposição constitucional não foi capaz de extinguir o instituto.

Laune Andrekowisk Volpe Camargo aduz que a supramencionada alteração constitucional não extinguiu a separação judicial do sistema brasileiro, afirmando que não era objetivo do legislador pôr fim ao instituto quando da elaboração do projeto de emenda constitucional, visto que não houve discussão a esse respeito. Além disso, ela afirma que no Brasil a regra é que haja a recepção constitucional das normas preexistentes, exceto quando haja incompatibilidade entre as normas. Por essa razão, afirma a autora que as normas do Código Civil referentes à separação judicial foram recepcionadas em razão de não existir antinomia entre elas e a nova redação constitucional do artigo 226 da Constituição Federal, pois a separação judicial não contraria o divórcio. Prossegue a autora em sua linha de raciocínio:

Extirpar a separação judicial é ferir o princípio da continuidade, já que a dissolução da sociedade conjugal sempre existiu no Brasil, de modo que não é crível que o legislador constituinte, sem realizar uma audiência pública, sem sequer debater tal

⁵⁸ BRASIL. Parecer 863/2009. Brasília, DF: Senado. Rel. Senador Demóstenes Torres. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=60852&tp=1>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

⁵⁹FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 200.

efeito entre seus pares, tenha rompido um sistema fundado em normas infraconstitucionais, objetivando proibir que casais optem pela dissolução da sociedade conjugal através da separação facultativa. Com todo respeito a quem pensa diversamente, isso seria um atentado não só a Constituição, mas a democracia, pois deixaria o sistema em um enorme vácuo jurídico.

Assim, resta demonstrado que a Emenda Constitucional 66/2010 não extinguiu a separação jurídica, pois ao extirpar do sistema apenas os condicionantes do divórcio observou o princípio da continuidade, ou seja, trouxe o novo, o necessário, sem com isso, retirar o que não interfere na inovação pretendida⁶⁰.

Para Walsir Edson Rodrigues Júnior o instituto da separação judicial permanece vivo no sistema jurídico brasileiro, considerando que não é porque um instituto deixou de estar previsto na Constituição que ele deixa de existir, somente ocorrendo tal situação quando o próprio texto constitucional expressamente previsse a eliminação. Para o referido autor, a permanência da separação judicial após a EC 66/2010 respeitaria a autonomia privada dos sujeitos escolherem a forma como querem pôr fim aos seus casamentos⁶¹.

Regina Beatriz Tavares defende que a preservação do instituto judicial diz respeito à observância dos direitos fundamentais:

A manutenção da separação decorre do respeito aos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a liberdade na escolha na espécie dissolutória do casamento (CF art. 5º caput). Dissolvida a sociedade conjugal pela separação, pode ser restabelecido o mesmo casamento (CC artigo 1.577), o que não ocorre no divórcio, que dissolve o vínculo conjugal, devendo ser preservada a liberdade dos cônjuges na escolha dessa espécie dissolutória. E, exatamente por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença e de exercício de direitos em razão de crença (CF art. 5º VI e VIII); a supressão da separação violaria a liberdade no exercício do direito de regularização do estado civil dos que têm crença que não admite o divórcio, já que deveriam manter-se separados somente de fato e não de direito, o que, além disso, acarretaria insegurança jurídica pela zona cinzenta da separação de fato⁶².

Alexandre Câmara também defende a sobrevivência da separação judicial após a EC 66/2010, afirmando que um instituto não desaparece simplesmente porque deixa de estar

⁶⁰ CAMARGO, Lauane Andrekowisk Volpe. O projeto do Novo Código de Processo Civil e o instituto da separação judicial consensual. *In*: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro. (Orgs.) **Novas tendências do Processo Civil**. Salvador: jusPODIVM, 2014, p. 161 *et seq.*

⁶¹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. O sistema dual facultativo de dissolução do casamento no projeto do Novo Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre. DANTAS, Bruno. NUNES, Dierle. DIDIER JR., Fredie. MEDINA, José. FUX, Luiz. VOLPE, Luiz. MIRANDA, Pedro. (Orgs.). **Novas tendências do Processo Civil**: estudos sobre o Novo CPC. Salvador: jusPODIVM, 2014, p. 791 *et seq.*

⁶² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **EC 66 não extinguiu separação judicial e extrajudicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-12/ec-662010-nao-extinguiu-separacao-judicial-extrajudicial>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

previsto na Constituição Federal, ele somente seria extinto se a própria Constituição o proibisse ou o eliminasse expressamente, o que não ocorreu⁶³.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu de maneira favorável à permanência da separação judicial no direito brasileiro, consoante acórdão de relatoria de Washington Ferreira:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. ART. 226 § 6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NOVA REDAÇÃO. INTERESSE DE AGIR. RECURSO DESPROVIDO. I. Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao parágrafo 6º, do art. 226 da CR, restou suprimida, tão somente, a exigência de prévia separação judicial do casal por mais de 1 (um) ano ou da comprovação da separação de fato por mais de 2 (dois) anos, para a decretação do divórcio; II. A nova disposição constitucional não suprimiu do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação; apenas aboliu o requisito temporal com vistas ao divórcio, que é modalidade de extinção do casamento (art. 1571, CC/2002). III. O fato de a Constituição, a partir da Emenda, não mais exigir os requisitos temporais do divórcio em nada interfere na previsão infraconstitucional da separação (consensual ou litigiosa), nem tampouco é com ela incompatível⁶⁴.

Nesse mesmo sentido posicionou-se a 8ª câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVORCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º do art. 226 da Constituição Federal. vigência da LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA.1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos .2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME⁶⁵.

⁶³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.519 *et seq.*, v.3.

⁶⁴ TJ/MG. Apelação Cível AC 10324110102740001, data da publicação: 07 fev. 2014, Relator: Washington Ferreira. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119394395/apelacao-civel-ac-10324110102740001-mg>>. Acesso em 04 mai. 2015.

⁶⁵ TJ/RS. Apelação Cível: AC 70039827159 RS, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22908975/apelacao-civel-ac-70039827159-rs-tjrs/inteiro-teor-111165172>>. Acesso em 02 mai. 2015.

Em decorrência da referida decisão e de outros casos semelhantes que foram julgados pelas 7ª e 8ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o 3º grupo cível do mesmo tribunal firmou o seguinte entendimento: "o advento da Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, não baniu do ordenamento jurídico vigente o instituto da separação judicial" ⁶⁶.

Assim também ficou compreendido no Enunciado do Conselho Federal de Justiça, elaborado na V Jornada de Direito Civil, realizada de 8 a 11 de novembro de 2011: "A EC 66/2010 não extinguiu a separação judicial e extrajudicial" ⁶⁷.

A visão abolicionista da separação judicial, capitaneada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, reúne maior parte da doutrina brasileira, sob a perspectiva de que a alteração constitucional promovida pela emenda ora debatida foi responsável não só por extinguir os prazos necessários ao divórcio, como também extirpou do ordenamento jurídico o próprio instituto da separação judicial.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald a EC nº 66/2010 foi responsável por unificar as causas dissolutórias do matrimônio, não havendo sentido em preservar um obsoleto instituto que não possuía mais aplicabilidade prática, em virtude de seus efeitos serem alcançados pela simples separação de fato ⁶⁸. Ideia também refletida nos escritos de Maria Berenice Dias acerca do tema, que afirma que para aqueles que não querem o divórcio restou duas alternativas: a separação de corpos e a separação de fato ⁶⁹.

Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze asseguram que a partir da promulgação da referida Emenda Constitucional foi extinta do ordenamento jurídico brasileiro a separação judicial, em razão de não ter sido recepcionada pela Constituição Federal, tendo, dessa forma, sido revogados os artigos 1.572 a 1.578 do Código Civil vigente. Além disso, não haveria também que se falar em divórcio indireto, tendo em vista que não mais havia o que se converter, em virtude da inexistência de separação judicial.

Alegam os referidos autores tratar-se, no caso em comento, de uma hipótese de inconstitucionalidade superveniente das normas legais ordinárias, tendo em vista que a Emenda à Constituição Federal, posterior ao Código Civil, estabeleceu novas regras a

⁶⁶ TJ/RS. Súmula do TJRS afirma que separação judicial ainda existe. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/publicacao-27076-sumula-tjrs-afirma-que-separacao-judicial-ainda-existe>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

⁶⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares. **EC 66 não extinguiu separação judicial e extrajudicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-12/ec-662010-nao-extinguiu-separacao-judicial-extrajudicial>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: jusPODIVM, 2012, p. 412 *et seq.*, v.6.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** 2ª ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p.149 *et seq.*

questões abarcadas pela legislação civilista brasileira, gerando um conflito entre as normas do sistema. Justificam os doutrinadores aduzindo que conflitos desse patamar não podem ser solucionados segundo princípios do direito intertemporal, porque, para isso, deveria haver idêntica densidade normativa entre os dois diplomas legais, assim, tais conflitos deveriam ser resolvidos por meio do controle de constitucionalidade, sendo, para o caso em tela, cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental⁷⁰.

Nesse sentido também indica Gilberto Schäfer:

No caso de se apresentar uma divergência relevante a respeito da aplicabilidade da EC 66, é possível propor, através dos legitimados do Art. 103 da CF, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A arguição serviria justamente para tutelar o preceito fundamental da segurança jurídica, em que um dos vetores é a previsibilidade, que atingirá diretamente os interesses da cidadania⁷¹.

Segundo lição de Dirley da Cunha Júnior, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é um instituto novo no direito brasileiro, através do qual se busca evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público (União, estados, Distrito Federal e municípios). O referido instrumento de controle de constitucionalidade abarca, inclusive, atos anteriores à Constituição, possibilitando o controle da validade constitucional da norma preexistente, fazendo, dessa forma, o controle superveniente das normas pré-constitucionais⁷².

Gabriel Dias Marques da Cruz traduz a importância do controle constitucional de legislação anterior à Constituição da seguinte forma:

[...] Subtrair o exame de inconstitucionalidade de normas anteriores significa deixar a maior parte das normas de um ordenamento específico sem fiscalização de sua compatibilidade diante da Constituição. Em Estados que passaram por períodos autoritários isto resulta ainda mais perigoso, no sentido de se permitir que normas de conteúdo restritivo permaneçam produzindo seus efeitos mesmo não guardando mais referência alguma com o advento da nova Constituição⁷³.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que o Supremo Tribunal Federal pode resolver controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional,

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.57.

⁷¹ SCHAFER, Gilberto. **A Emenda Constitucional n. 66 e o divórcio no Brasil**. Disponível em < <http://www.irib.org.br/html/noticias/noticia-detalle.php?not=23>>. Acesso em: 04 mai. 2015.

⁷² CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed., Salvador: jusPODIVM, 2010, p. 447 et seq.

⁷³ CRUZ, Gabriel Marques Dias da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 84 et seq.

com eficácia geral e efeito vinculante no âmbito de um processo objetivo⁷⁴. Assim, é possível o STF realizar o controle constitucional, por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, das leis infraconstitucionais a fim de declarar a inexistência da separação judicial face a EC 66/2010.

A 2ª turma cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em acórdão sob a relatoria de Sérgio Rocha, afirmou a extinção da separação judicial com base na premissa de que não foi delegado ao legislador infraconstitucional poderes para estabelecer qualquer condição que restrinja o direito à ruptura do vínculo conjugal:

EMENTA: SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - AGRAVO RETIDO - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MANUTENÇÃO DE INDEFERIMENTO - COMPETÊNCIA - EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 - DIVÓRCIO DIRETO - P ARTILHA - NOME. 1.A COMPETÊNCIA DA VARAS DE FAMÍLIA (ART. 27, DA LEI 11.697/08 (LOJDFT) NÃO CONTEMPLA A DEMANDA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL SUPOSTAMENTE CAUSADO POR UM CÔNJUGE AO OUTRO, ESTANDO A MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA DAS VARAS CÍVEIS. PRECEDENTES TJDFT. 2. APÓS A EC 66/10 NÃO MAIS EXISTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. NÃO FOI DELEGADO AO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL PODERES PARA ESTABELEECER QUALQUER CONDIÇÃO QUE RESTRINJA O DIREITO À RUPTURA DO VÍNCULO CONJUGAL. 3.É POSSÍVEL A ALTERAÇÃO, EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO, DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM AÇÃO DE DIVÓRCIO, QUANDO VERIFICADO QUE AS P ARTES MANIFESTAM O SEU INTERESSE EM POR FIM AO CASAMENTO. 4. ESSA ALTERAÇÃO TAMBÉM É CABÍVEL QUANDO VERIFICADO QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE, DA ECONOMIA PROCESSUAL, EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL E POR SE TRATAR DE DEMANDA QUE ENVOLVE DIREITO DE FAMÍLIA, O QUE, NATURALMENTE, ENSEJA DESGASTE EMOCIONAL E PSICOLÓGICO DAS P ARTES ENVOLVIDAS, NÃO SENDO VIÁVEL A SIMPLES EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO PARA QUE HAJA A SUA REPROPOSITURA⁷⁵.

Maria Berenice Dias afirma que o pedido de separação judicial não tem mais como prosperar, pois se tornou juridicamente impossível, tendo as ações de separação judicial perdido o seu objeto. Assim, para a referida autora, em razão do objeto da ação de separação judicial ser o fim do casamento, o fim do instituto – separação judicial – não extinguirá as ações de separação judicial em curso, mas caberá transformá-la em ação de divórcio, em virtude da superveniência de fato extintivo do direito objeto da demanda⁷⁶.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 10ª ed., 2015, p. 1277.

⁷⁵ TJ/DF. APL 935361820088070001 DF 0093536-18.2008.807.0001, Relator: Sérgio Rocha, julgamento 21 mar. 2012, 2ª turma cível. Disponível em: < <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21461614/apelacao-civel-apl-935361820088070001-df-0093536-1820088070001-tjdf>>. Acesso em: 04 mai. 2015.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** 2ª ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p.131 *et seq.*

Conforme suscitado por Paulo Lôbo, aduzir a sobrevivência da separação judicial com base no argumento de que não houve exclusão expressa do instituto seria considerar apenas a interpretação literal do texto legislativo, o que estaria equivocado, levando em consideração a exigência de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma, além de que, diante de duas possíveis interpretações, deve prevalecer aquela que confere maiores efeitos àquela lei, tendo por base os seus fins sociais.

Assim, o referido autor chega à conclusão de que a separação judicial foi extinta do ordenamento jurídico pátrio após observar a evolução do divórcio ao longo da história do direito de família nacional. Sistemáticamente observando, a separação deixou de ser requisito necessário para o divórcio, perdendo sua tutela constitucional. Dessa forma, não se pode estender o que foi restrito pela Constituição, com base em um diploma infraconstitucional, pois isso seria inverter a hierarquia normativa, tolhendo a força revogatória da carta constitucional.

Além disso, o doutrinador atenta para a interpretação teleológica, que visa questionar os fins sociais da norma e a sua relevância jurídica. No caso em tela, deve-se ressaltar que a Constituição Federal elevou a princípio a facilitação do divórcio, sob a perspectiva de que o Estado não pode estabelecer dificuldades para que o divórcio de um casal seja decretado. Dessa forma, quais seriam os fins sociais da separação judicial, ou ainda, qual seria o interesse juridicamente relevante em buscar um instituto que não é capaz de dissolver o vínculo matrimonial?⁷⁷

Assim também compreende Zeno Veloso:

[...] Por força da EC nº 66/2010, o art. 226, § 6º, ficou com a seguinte redação: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio". É óbvio que não se pode dar a este preceito uma interpretação angusta, miúda, acanhada, tomando por base, somente, a expressão verbal da norma. Evidentemente, a EC nº 66/2010, não quis, tão-somente, estabelecer que o divórcio, agora, pode ser obtido sem mais prazo algum, sem que se tenha de alegar alguma causa, nem apontar qualquer motivo, e sem ter de ser antecedido de uma separação de direito, ou de uma separação de corpos que tenha durado mais de dois anos. Seria até importante, mas seria pouco e muito pouco se fosse só isso. Quis o legislador constitucional - e deliberadamente, confessadamente quis - que a dissolução da sociedade conjugal e a extinção do vínculo matrimonial ocorram pelo divórcio, que passou a ser, então, o instituto jurídico único e bastante para resolver as questões matrimoniais que levam ao fim do relacionamento do casal. Sem dúvida, ocorreu a simplificação, a descomplicação do divórcio no Brasil, o que levou algumas pessoas a proclamar que chegara o fim do casamento. Exagero! Não é pelo fato de o divórcio estar facilitado que alguém que ama o seu cônjuge e que é feliz no casamento vai requerer o divórcio, só porque este ficou mais ágil, mais singelo. Se a separação de direito persistia no sistema com o fim, o objetivo de viabilizar o divórcio, como um veículo, um meio, um caminho para tal, e se o divórcio, agora, pode ser obtido pura e simplesmente, a todo o tempo,

⁷⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: família**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.152.

sem qualquer restrição, que valor, razão, utilidade teria manter-se, paralelamente, a anacrônica figura da separação de direito?⁷⁸

Nesse sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona observam que além da questão relativa à inconstitucionalidade superveniente da norma, há um viés psicológico e outro econômico sob os quais se pode legitimar o fim da separação judicial. Sob a ótica psicológica, evita-se a duplicidade de processos e o *strepitus fori*, evitando que o divórcio seja ainda mais doloroso para os consortes, visto não haver a exposição daqueles sujeitos submetidos ao processo. Sob a perspectiva econômica, a extinção da separação judicial põe fim a gastos desnecessários em decorrência da duplicidade dos processos⁷⁹.

Segundo Gleiciane Marques de Azevedo a partir do momento em que é válido o divórcio sem prévia separação há um esvaziamento do sentido e da utilidade pública do instituto da separação judicial, sendo possível, até mesmo, que este seja utilizado para fins protelatórios, podendo o sujeito ingressar com ação de separação judicial somente para retardar o fim do vínculo⁸⁰.

Além do aspecto objetivo, referente às alterações temporais, a Emenda do Divórcio promoveu alterações subjetivas absolutamente imprescindíveis: suprimiu a culpa das discussões processuais.

Compreendida como rompimento intencional dos deveres conjugais impostos bilateralmente, a culpa era responsável por impor determinadas sanções de índole civil e penal para aqueles que descumprissem as “obrigações amorosas” decorrentes do casamento⁸¹.

Regina Beatriz Tavares da Silva discorda dessa supressão, afirmando que os efeitos da manutenção da culpa são importantes:

Infidelidades, agressões físicas ou morais, dissipação de bens, dentre outros graves descumprimentos de deveres conjugais não podem ficar sem consequências em nosso ordenamento jurídico, sendo relevante a manutenção, ao lado das demais espécies dissolutórias, da possibilidade de decretação da culpa na separação e, após a EC 66/2010, também no divórcio [...] O descumprimento dos deveres ou normas de conduta tem como consequência a aplicação de sanção civil ao inadimplente, para

⁷⁸ VELOSO, Zeno. **O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado**. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20Novo%20Div%20-%20C3%B3rcio%20e%20o%20Que%20Restou%20do%20Passado%20-%20Por%20Zeno%20Velo.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.56 *et seq.*

⁸⁰ AZEVEDO, Gleiciane Marques de. Aspectos Processuais do divórcio brasileiro no Estado Democrático de Direito. In: CASTRO, João Antônio Lima (Org.). **Direito Processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012, p. 939 *et seq.*

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**, anais do III Congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey, 2004, p. 106 *et seq.*

que seja cumprida a finalidade do Direito, que é organização da vida em sociedade. O casamento é uma relação jurídica, que gera deveres ou normas de conduta, como a fidelidade, o respeito à integridade física e moral do cônjuge e a mútua assistência imaterial e material (Código Civil, art. 1.566). Esses deveres, dentre outros, são as normas de conduta que regulam o casamento. As sanções civis pela inexecução das normas de conduta que regulam o casamento são a perda do direito à pensão alimentícia (Código Civil, artigo 1.704, caput), a perda do direito de utilização do sobrenome conjugal (Código Civil, artigo 1.578), e a reparação de danos morais e materiais que tenham sido causados pelo descumprimento do dever conjugal (Código Civil, artigo 186)⁸².

Paulo Lôbo, por outro lado, aduz a importância da supressão de discussões de caráter subjetivo dos processos de divórcio:

Quando o poder Judiciário, mobilizado pelo cônjuge que se apresentava como abandonado e ofendido pelo outro, investigava a ocorrência ou não da causa alegada e da culpa do indigitado ofensor, ingressava na intimidade e na vida privada da sociedade conjugal e da entidade familiar. A Constituição (art. 5º, X) estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, sem qualquer exceção ou restrição. Ora, nada é mais íntimo e privado que as relações entretidas na convivência familiar. Sob esse importante ângulo, não poderia a lei ordinária excepcionar, de modo tão amplo, a garantia constitucional da inviolabilidade, justamente no espaço privado e existencial onde ela mais se realiza⁸³.

Portanto, não há mais a possibilidade de se discutir dentro do processo de divórcio danos morais e patrimoniais entre os cônjuges, ficando esse direito resguardado para uma discussão fora da seara familiarista, segundo as regras comuns da responsabilidade civil⁸⁴.

Embora tenha havido o embate nacional doutrinário acerca do fim da separação judicial, tendo a maioria da doutrina se posicionado de maneira favorável à extinção do instituto em face da Emenda Constitucional 66/2010, não houve o pronunciamento dos Tribunais Superiores a respeito do assunto até o presente momento, não estando, portanto, pacífica a matéria.

Em razão disso, optou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por não acatar completamente o pedido elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família de alteração da resolução nº 35 do CNJ, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro, alegando que acatar integralmente a proposição feita caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida, em

⁸² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Culpa deve ser decretada na separação e divórcio**. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=263>>. Acesso em: 04 mai. 2015.

⁸³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 153.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 154 et seq.

razão de não haver pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça nem do Supremo Tribunal Federal a respeito:

Para tanto, entendo adequado considerar, em parte, as sugestões trazidas nesse procedimento com o propósito de que sejam evitadas dúvidas e incongruências na aplicação da norma vigente, seja pelo jurisdicionado ou mesmo pelos notários e registradores. Contudo, nem todas as questões encontram-se pacificadas na doutrina e sequer foram versadas na jurisprudência pátria. Tem-se que, mesmo com o advento da Emenda nº 66, persistem diferenças entre o divórcio e a separação. No divórcio há maior amplitude de efeitos e consequências jurídicas, figurando como forma de extinção definitiva do casamento válido. Por seu turno a separação admite a reconciliação e a manutenção da situação jurídica de casado, como prevê o Código de Processo Civil vigente. Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio. Parece razoável, que ainda exista a busca por separações, o que incide na vontade do jurisdicionado em respeito às disposições cuja vigência ainda é questionada e objeto de intensos debates pelos construtores do direito pátrio. Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida. O amadurecimento dos efeitos jurídicos da nova redação trazida pela Emenda Constitucional nº 66, suscitam prudência na aplicação de preceitos de caráter infraconstitucional. Assim, julgo parcialmente procedente o pedido para propor a modificação da redação da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro, para que: a) seja retirado o artigo 53, que versa acerca do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto e; b) seja conferida nova redação ao artigo 52, passando o mesmo a prever: “Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento.”⁸⁵.

O Projeto do Novo Código de Processo Civil, que foi sancionado pela Presidente da República para entrar em vigor a partir de 2016, não adentrou no mérito da discussão acerca do fim ou não da separação judicial no direito brasileiro, mas, para não sepultar a presente discussão, o legislador processual optou por manter a nomenclatura “separação” em seu texto normativo⁸⁶.

A redação original do Projeto de Lei nº 8.046/2010, relatado pelo Senador Valter Pereira, havia suprimido a separação judicial da norma processual, no entanto, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados, presidida pelo Deputado Fabio Trad, criada

⁸⁵ Conselho Nacional de Justiça. **Alteração da Resolução 35: Adequação a Emenda 66. Deferimento.** Rel. Cons. Jefferson Kravchychyn, Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/2010/RESOL_356_STJ_MODIFICA%C3%87AO.pdf, acesso em: 14 mar. 2015

⁸⁶ SOARES, Carlos Henrique. Ações de direito de família no Novo Código de Processo Civil brasileiro. São Paulo, **Revista síntese de direito de família**, ano XV, n. 85, ago-set 2014, p. 13.

especialmente para elaborar o Substituto ao projeto do Senado, trouxe o instituto de volta, tendo permanecido no projeto final, reascendendo a discussão acerca do fim da separação judicial.

Diante da evolução do instituto do divórcio ao longo do tempo, principalmente após a edição da EC 66/2010, parece uma incongruência o Novo Código de Processo Civil trazer disciplina legal sobre a separação judicial, principalmente levando em consideração o posicionamento atual dos juízes atuantes nas varas de família a respeito da inexistência da separação judicial. Posicionar-se favoravelmente a sobrevida da separação judicial no sistema brasileiro contraria a própria base fundamentadora do processo civil, violando seus princípios fundamentais, como o princípio da economia processual, tendo em vista que tal procedimento somente tende a abarrotar o judiciário de mais processos, acabando por dar maior morosidade ao sistema, quando os seus efeitos podem ser alcançados sem que a máquina do Estado seja movimentada, pela simples separação de fato.

3.3 DIVÓRCIO

É o divórcio uma das causas do término da sociedade conjugal, além de ter o condão de dissolver o casamento, alterando o estado civil dos cônjuges, que passam a ser divorciados⁸⁷.

3.3.1 Desenvolvimento do divórcio ao longo do tempo

O direito de família é, provavelmente, dos ramos jurídicos que mais evoluiu ao longo dos anos, em especial, no que diz respeito ao instituto do divórcio.

Tal instituto consubstancia o direito reconhecido a cada pessoa de por fim a uma comunidade de vida, de por termo a um projeto afetivo comum que naufragou, por motivos que não dizem respeito a terceiros ou mesmo ao Estado. Dessa forma, qualquer restrição à destituição da vida conjugal tende a convalidar estruturas familiares em crise, corrosivas à dignidade de cada uma das pessoas envolvidas⁸⁸.

O divórcio, desse modo, é a materialização da autonomia privada, sendo instrumento essencial à consecução da felicidade da pessoa humana, pois garante aos sujeitos

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 317.

⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 402, v. 6.

o direito de escolher partir de uma vida conjugal falida, se assim desejarem, não havendo razão para o Estado impor dificuldades à sua convalidação, tendo em vista que falência da vida comum é a única justificativa necessária para que duas pessoas desvinculem-se juridicamente.

Entretanto, a conjectura atual do divórcio, narrada nestas poucas linhas, nem sempre teve estas cores, ou melhor, só veio tomar tais formas muito recentemente, tendo as estruturas familiares sido por bastante tempo acorrentadas aos grilhões religiosos que impregnavam (impregnam) a estrutura do Estado.

O direito esteve por muito tempo ligado à religião e essa relação foi responsável por engessar as estruturas jurídicas brasileiras ao longo de décadas, principalmente no que dizia respeito às relações matrimoniais, conforme lecionado por Luiz Edson Fachin:

Com relação ao divórcio, que é o modo mais completo, definitivo e radical no sentido de atingir a própria raiz da sociedade conjugal, fortes resistências, principalmente de cunho religioso, durante muitos anos, frearam o ingresso da medida no ordenamento jurídico⁸⁹.

O código Canônico estabelecia como base fática para a possibilidade de rompimento do vínculo matrimonial hipóteses baseadas em graves ofensas de um dos cônjuges ao outro, máxime o adultério da mulher. O divórcio era visto, destarte, como sanção ao cônjuge faltoso. Pode-se dizer, assim, que o divórcio era um instituto de exceção, sendo apenas admitido em situações extremas, onde a imagem de família pautada na moral e nos bons costumes havia sido transgredida.

Mesmo após a subtração da competência do direito canônico sobre as relações familiares, o Código Civil de 1916 incorporou as concepções religiosas que predominavam na sociedade brasileira à época, mantendo, dentre outras coisas, o princípio da indissolubilidade do casamento⁹⁰.

Consagrando a indissolubilidade do vínculo conjugal, a legislação supra indicada fez surgir o “desquite”, figura que encerrava a sociedade conjugal, mas não punha fim ao vínculo matrimonial⁹¹.

O resultado dessa invenção legislativa, copiada do direito canônico, era que na realidade da vida, as pessoas não mais se amavam nem, muito menos, almejavam um futuro

⁸⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.110.

⁹⁰ Art. 315. A sociedade conjugal termina: Parágrafo único. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos conjugues, não se lhe aplicando a preempção estabelecida neste Código (BRASIL, **Código Civil de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 26 fev. 2015).

⁹¹ ASSIS JR., Luiz Carlos de. Análise histórica do novo divórcio no Brasil à luz da autonomia privada. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 11, vol. 44, Rio de Janeiro: Padma, outubro a dezembro de 2010, p. 88 *et seq.*

comum, mas estavam ligadas juridicamente, de modo que o Estado as impedia de seguir em frente em suas vidas. Elas estavam desquites, em débito com a sociedade⁹², pois falharam na construção de uma entidade familiar.

Assim, pouco importava em quais situações as pessoas se encontravam, o direito estava posto e deveria ser cumprido, restando-os manterem-se casados até o deslinde do tempo estabelecido.

Na prática, esse arcabouço criou uma situação muito comum: pessoas vinculadas juridicamente pelo casamento, mas que não mantinham convivência familiar (estavam desquitadas ou separadas de fato), convivendo afetivamente com terceiros e o Estado não reconhecia essas relações, considerando-as ilegítimas, em razão da indissolubilidade do matrimônio, nomeando-as “concubinas”, conforme suscitado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Toda e qualquer união extramatrimonial, naquela arquitetura, era chamada de *ilegítima* e não produzia os efeitos típicos do casamento. Até mesmo porque somente o casamento fundava a família. Por conseguinte, as uniões extramatrimoniais (apelidadas de concubinato) eram meras sociedades de fato, não dispondo dos mesmos direitos reconhecidos às famílias casamentarias. Exemplificativamente, o direito de receber alimentos era exclusivo do casamento, não se aplicando à dissolução do concubinato⁹³.

A força normativa que determinava a obrigação de permanecer casado, contudo, não conseguia impedir que as pessoas vivessem suas vidas, independentemente do que a lei dizia correto ser. Assim, surgiam diversas conformações familiares à margem do direito, fomentando mudanças legislativas.

A edição da lei 6.515 de 1977 (Lei do divórcio), amparada pela Emenda Constitucional n. 9 de 28 de junho de 1977, que modificou a redação do §1º do artigo 175 da Constituição Federal vigente, inaugura uma nova fase no direito familiarista brasileiro, dando início à efetiva regulamentação do divórcio, entretanto, os avanços trazidos ainda eram bastante tímidos⁹⁴.

O desquite, advindo do direito canônico, foi preservado no novo diploma legal, passando a ser chamado de separação, o divórcio por conversão foi instituído, e o divórcio direto foi previsto exclusivamente para os separados de fato antes do dia 28 de julho de 1977:

⁹²DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 294 *et seq.*

⁹³FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 501, v. 6.

⁹⁴GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.40.

Com o advento do divórcio, surgiram duas modalidades de “descasamento”. Primeiro, as pessoas precisavam se separar. Só depois é que podiam converter a separação em divórcio. A dissolução do vínculo conjugal era autorizada uma única vez (LD 38). O divórcio direto era possível exclusivamente em caráter emergencial, tanto que previsto nas disposições finais e transitórias (LD 40). Nitidamente, a intenção era admiti-lo somente para quem se encontrava separado de fato, quando da emenda da Constituição: 28 de junho de 1977. Era necessário o atendimento cumulativo de três pressupostos: (a) estarem as partes separadas de fato há cinco anos; (b) ter esse prazo sido implementado antes da alteração constitucional; e (c) ser comprovada a causa da separação.⁹⁵

O divórcio naquela conjectura só poderia ser decretado após o decurso de três anos do trânsito em julgado da separação judicial. Caso se tratasse de separação de fato a situação era ainda mais complicada, somente podendo ser decretado o divórcio após o deslinde de cinco anos, havendo a necessidade de comprovação da separação durante o referido período e a sua causa. Além disso, tal regra possuía caráter transitório, aplicando-se somente às pessoas que já estavam separadas à data da vigência da lei.

Assim, observa-se que apesar de o diploma legal permitir a dissolução da sociedade conjugal por meio do divórcio, foram estabelecidos diversos entraves que dificultavam e limitavam este processo. Além dos prazos incompreensíveis de separação e da sua exigência prévia para o divórcio, a hipótese de divórcio direto era extremamente limitada. Como se não bastasse, o divórcio, sendo ele direto ou por conversão, só poderia ser concedido uma vez a uma pessoa, cerceando ainda mais a liberdade de “casar e não permanecer casado”.

Apesar de atualmente parecerem pequenas as modificações trazidas pela lei do divórcio, sua importância jurídica é incontestável. O diploma normativo constituiu-se como legislação básica no direito de família por mais de duas décadas, relegando o Código Civil de 1916 ao patamar de norma suplementar⁹⁶.

Não obstante ter passado a existir a previsão legal expressa acerca da possibilidade do divórcio em 1977, o instituto não estava culturalmente incorporado à sociedade brasileira, somente sendo recebido por esta com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 promoveu profundas modificações no direito brasileiro, especialmente no que diz respeito ao direito de família, que passou a chamar-se “direito das famílias”, consagrando uma miscelânea de espécies

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 295.

⁹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

familiares que passaram a ser reconhecidas pelo Estado, tendo o afeto o seu fundamento primordial⁹⁷.

O afeto, destarte, passou a ser considerado razão para o surgimento dos enlaces familiares, bem como, a ausência deste, motivo para o término destas comunhões. O divórcio direto foi institucionalizado, perdendo seu caráter excepcional⁹⁸, entretanto, ainda era necessário o perpasso de tempo para que o divórcio de um casal pudesse ser decretado, havendo, todavia, uma redução dos prazos anteriormente estabelecidos.

Com a Constituição Federal de 1988 o sujeito passou a ser enxergado como fim em si mesmo e a dissolução do enlace matrimonial passou a ser compreendida como direito da pessoa humana à vida digna, por conta da liberdade de autodeterminação⁹⁹.

Guiada sob os preceitos fundamentais de liberdade e igualdade, a pessoa passou a não mais existir para a família e o casamento, mas a família e o casamento passaram a ser vistos como meios para a realização da felicidade pessoal do indivíduo¹⁰⁰.

A Carta Constitucional de 1988 estabeleceu como princípio a facilitação da dissolução do casamento, reduzindo notadamente os seus prazos. Conforme o §6º, do artigo 226 da carta constitucional, o casamento civil poderia ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano. Com relação à separação de fato, o prazo havia sido reduzido de cinco para dois anos, não mais havendo a necessidade de justificar a causa da separação.

O princípio da facilitação da dissolução do casamento decorre do princípio da liberdade que veio romper o paradigma da família estática pautada no modelo matrimonial patriarcal. O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de autonomia de constituição, realização e extinção familiar, sem imposições sociais ou jurídicas externas¹⁰¹, garantindo aos sujeitos a prerrogativa de decidir partir de uma relação afetiva falida, cabendo ao Estado garantir meios eficazes para que a vontade dos sujeitos seja realizada.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald aduzem que o princípio da facilitação da dissolução do casamento está embutido na Constituição Federal de 1988 e promoveu alterações no instituto do divórcio ao longo do tempo, de modo a torna-lo mais eficaz:

⁹⁷ ASSIS JR., Luiz Carlos de. Análise histórica do novo divórcio no Brasil à luz da autonomia privada. **Revista de Direito Civil**, ano 11, vol. 44. Rio de Janeiro: PADMA LTDA., outubro a dezembro de 2010, p. 96.

⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 295.

⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 505, v. 6.

¹⁰⁰ DUARTE, Raissa Teles. Sem culpa de ser família constitucional. **Revista da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco**. Recife: ESMape, 1996, p. 434 Et seq.

¹⁰¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.69.

O texto originário da Lex Legum de 1988 já trazia consigo, como princípio fundamental, a facilitação da dissolução do casamento, fazendo com que casar e não permanecer casado fossem o verso e o reverso da mesma moeda: a autodeterminação afetiva. Já se percebia isso pela simples e perfunctória leitura do § 6º do art. 226 da Carta Magna. Com isso, facilitou-se a obtenção do divórcio, inclusive diminuindo o lapso temporal e obstando outras discussões na ação de divórcio – o que afastava a alegação de culpa em sede de ação de divórcio.

Nas pegadas desse princípio, a Lei nº 7.841/89 aboliu o limite de concessão de divórcio, antes estabelecido no art. 38 da Lei nº 6.515/77, extinguindo uma esdrúxula situação pela qual somente poderia ser concedido um único divórcio por pessoa.

Depois disso, adveio a Lei nº 11.441/07, autorizando a dissolução consensual do casamento em via administrativa, através de escritura pública lavrada em cartório, quando não houvesse interesse de incapaz.

Pois bem, consolidando a evolução legislativa, a partir do princípio constitucional da facilitação da dissolução do casamento, a Emenda Constitucional 66/2010, alterando a redação do § 6º do art. 226 da Lei Maior, estabeleceu que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” [...] a partir desse novo sistema, a dissolução do casamento, durante a vida dos cônjuges, ocorre, tão somente, através do divórcio, independentemente de qualquer lapso temporal¹⁰².

Em consonância à Constituição Federal a lei nº 7.841/89 pôs fim à regra estabelecida pela lei 6.515/77, que dizia que o divórcio só poderia ser concedido uma vez para um sujeito¹⁰³, tendo agora liberdade para divorciar-se quantas vezes desejar, ou quantas vezes infeliz afetivamente estiver.

À vista disso, o divórcio passou a ser ilimitado, podendo o divórcio por conversão ser pleiteado pelas partes após um ano do trânsito em julgado da separação judicial. O divórcio direto, por sua vez, só poderia ser requerido após dois anos da separação de fato do casal.

Dessa forma, para que um casal pudesse por fim ao vínculo conjugal seria necessário permanecer, pelo menos, um ano casado. Uma exigência que se mostra desarrazoada, do ponto de vista de que não mais existe enlace afetivo entre as pessoas e elas estão juridicamente obrigadas a permanecerem casadas.

Além dessa exigência de decurso temporal para o divórcio, permanecia acesa a discussão sobre a culpa, que prolongava ainda mais o sofrimento dos sujeitos que se submetiam a tal processo.

Toda essa intromissão estatal na vida privada, em defesa de preceitos aparentemente religiosos ou éticos, não parece razoável; não havendo, desse modo, justificativa compreensível para tal, tendo em vista que manter duas pessoas casadas em nada

¹⁰²FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, p.106 *et seq.*, v. 6.

¹⁰³ *Ibidem*, p.270.

influencia o desenvolvimento do Estado. Permanecer casado deve ser apenas escolha dos cônjuges e não determinação do poder público.

3.3.2 Os impactos da emenda Constitucional 66/2010

Tendo por base o princípio cristalizado na Constituição Federal de 1988 da facilitação na obtenção do divórcio, a Emenda Constitucional nº 66 de 2010 suprimiu a necessidade de lapso temporal para a sua decretação¹⁰⁴.

A supracitada modificação constitucional representou um grande avanço para o direito de família, atendendo à realidade do mundo dos fatos, onde os prazos estabelecidos pareciam absurdos, diante das situações emocionais em que, muitas vezes, encontravam-se as pessoas envolvidas em um processo de divórcio.

As discussões estendidas ao longo do tempo acerca da culpa pelo término da relação, ou a exigência de permanência do vínculo jurídico por certo período de tempo, só serviam para prolongar o sofrimento daquelas pessoas que viviam em uma situação de fracasso de relação afetiva, seria impor mais sofrimento “aqueles que já se encontram, possivelmente, pelas próprias circunstâncias da vida, suficientemente punidos.”¹⁰⁵.

Assim, a possibilidade de conseguir um divórcio breve mostra-se importante para a reestruturação emocional dos sujeitos que vivenciam tal situação, como bem afirma Ricardo Lísias, em obra literária que narra o processo de seu próprio divórcio: “Eu continuava dormindo pouquíssimas horas por noite, mas a perspectiva de me divorciar logo me deixou mais leve¹⁰⁶”.

O desabafo do personagem principal da obra intitulada “Divórcio” nos remete a um questionamento simplório, mas absolutamente significativo: por que as pessoas precisavam esperar decorrerem os prazos estabelecidos em lei, se a vida já havia sentenciado suas relações afetivas? Por essa razão, as modificações trazidas pela EC 66/2010 foram louváveis.

Conforme anteriormente explanado, a partir do referido marco legislativo, passou-se a conceber de fato que “a pessoa constitui família para sua própria felicidade e não para a

¹⁰⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 78, v. 6.

¹⁰⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Divórcio Liminar**. Disponível em: <<http://pablostolze.com.br/?s=div%C3%B3rcio+liminar>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

¹⁰⁶ LÍSIAS, Ricardo. **Divórcio**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 51.

felicidade do Estado¹⁰⁷”, e a manutenção do casamento tornou-se matéria apenas de direito, não havendo porque prolongar a marcha processual.

O direito de não permanecer casado torna-se, a partir deste momento, expressão da materialização da dignidade humana em sede familiarista, resultando o redimensionamento das normas infraconstitucionais.

Não há, então, mais espaço para debates exaustivos sobre a culpa pelo fracasso da relação, assim como não são exigidos prazos irracionais para que seja decretado o divórcio de um casal, garantindo, dessa forma, o direito de casar e de não permanecer casado¹⁰⁸.

A obra “Divórcio” de Ricardo Lísias, anteriormente citada, narra a história de um casal que permaneceu casado por apenas cinco meses, quando o personagem principal supostamente encontra o diário de sua esposa em que ela confessava suas traições e como havia mantido matrimônio apenas por interesse. A narrativa literária, temperada com a realidade vivida pelo autor, evidencia o desgaste emocional a que estão sujeitas as pessoas submetidas a um processo divórcio. Ricardo Lísias afirma que o fim do seu relacionamento o deixou “sem pele”, sensível a todas as dores do mundo e as discussões processuais deixavam-no impaciente e pareciam não fazer sentido diante das circunstâncias.

A obra, de uma narrativa angustiante, revela uma realidade crônica: o sofrimento do amor que padeceu estendendo-se em longa discussão judicial. Sob esse enfoque, um questionamento essencial surge à vista: será realmente necessário aguardar a marcha processual inteira para decretar o divórcio de um casal?

Pensando neste desgaste emocional, o Juiz de direito, Alberto Raimundo dos Santos, da 6ª Vara de Família de Salvador, defende a possibilidade do divórcio por liminar, sob a seguinte concepção:

A antecipação da tutela quanto à decretação do divórcio do casal, não ofende ao princípio do contraditório, tendo em vista que, manter-se casado, é matéria apenas de direito e, quanto as demais questões, que porventura possa a Ré pretender se indispor, poderão ser objeto de debate continuado nos próprios autos, liberando, portanto, as partes para realização da felicidade afetiva.¹⁰⁹

A decisão do magistrado só foi possível em razão dos efeitos jurídicos promovidos pela emenda constitucional 66/2010. O divórcio passou a poder ser requerido a

¹⁰⁷ ASSIS JR., Luiz Carlos de. Análise histórica do novo divórcio no Brasil à luz da autonomia privada. **Revista de Direito Civil**, ano 11, vol. 44, Rio de Janeiro: Padma, outubro a dezembro de 2010, p. 96.

¹⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. A nova ação de divórcio e a resolução parcial e imediata de mérito, LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. FERRAZ, Carolina Valença (org.). **Novo divórcio**. Salvador: JusPODIVM, p. 73 *et seq.*

¹⁰⁹ TJ/BA. Processo nº 0518107-66.2013.8.05.0001. Decisão interlocutória

qualquer tempo, ceifando-se o desarrazoado prazo de espera, em razão de não haver justificativa capaz de manter casadas duas pessoas que não possuem mais vínculos afetivos.¹¹⁰

Ressalte-se, dessa forma, que após a alteração constitucional, o objeto cognitivo da ação de divórcio passou a ser, tão somente, a perda de eficácia do casamento. Entretanto, é natural que outras discussões surjam com a dissolução do casamento e estas podem ser decididas nos próprios autos da ação de divórcio, cabendo ao magistrado proferir decisão interlocutória, resolvendo a parte incontroversa do pedido, o divórcio, e continuando o debate dos demais pedidos¹¹¹.

Assim, em virtude de não haver mais necessidade de produção probatória com relação ao divórcio e de haver a possibilidade de sua concessão a qualquer tempo, é absolutamente possível dizer que este poderá ser decretado pelo Juízo através de medida liminar, conforme será tratado em capítulo posterior.

3.3.3 Tipos de divórcio no direito brasileiro atual

Entende-se que divórcio é uma medida jurídica, alcançada através da vontade e iniciativa das partes, em conjunto ou isoladamente, que dissolve de maneira definitiva o casamento, extinguindo por um único ato a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial, podendo ser obtido administrativamente, por meio de escritura pública, ou judicialmente, com de ação processual¹¹².

Atualmente a legislação pátria prevê duas modalidades de divórcio: o divórcio extrajudicial e o divórcio judicial, podendo este último dividir-se em consensual e litigioso. Em qualquer modalidade de divórcio são exigidos apenas a certidão de casamento e a definição de algumas questões essenciais, como guarda dos filhos e uso do sobrenome, por exemplo¹¹³.

Essa simplificação do procedimento decorre do princípio da facilitação do divórcio, associado às alterações constitucionais promovidas pela EC 66/2010, que vieram enxugar as discussões em sede de dissolução do casamento, a fim de torna-los mais céleres.

¹¹⁰DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 320.

¹¹¹FARIAS, Cristiano Chaves de. A nova ação de divórcio e a resolução parcial e imediata de mérito. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. FERRAZ, Carolina Valença (Org.). **Novo divórcio**, Salvador: JusPODIVM, p. 73 *et seq.*

¹¹²*Idem*. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 434, v. 6.

¹¹³LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154 *et seq.*

3.3.3.1 Divórcio extrajudicial

Como um instrumento de desburocratização de procedimentos foi implementado no sistema brasileiro o divórcio extrajudicial, através da Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que veio disciplinar as regras para a separação, divórcio e inventário procedidos mediante escritura pública.

A referida lei constitui notável avanço processual brasileiro, promovendo o desafogamento do judiciário, trazendo a possibilidade de dissolver o casamento na esfera administrativa, sem a necessidade de promover ação judicial.

Paulo Lôbo considera que o divórcio extrajudicial veio para “atender o reclamo da comunidade jurídica brasileira e da própria sociedade”, prosseguindo seu raciocínio da seguinte forma:

A Constituição (art. 226) consagra o princípio da liberdade de constituição, desenvolvimento e dissolução do casamento e de qualquer entidade familiar. Na Constituição, o princípio atingiu o ponto culminante da longa trajetória da família brasileira no rumo da laicização e da extinção dos traços de patriarcalismo. Sempre interessou ao Estado o controle da dissolução do casamento, para que o processo judicial desempenhava papel imprescindível, pois na família estavam ancorados os poderes políticos e econômicos dos grupos dominantes. A resistência ao divórcio não foi apenas de origem religiosa.

Se a atual ordem constitucional tutela a liberdade de constituir e extinguir entidades familiares, e de serem mantidas enquanto afeto houver, o processo judicial para dissolver o casamento, sem igual exigência para as demais, tornou-se dispensável. Para constituir o casamento não há necessidade de processo judicial; por que o há para extingui-lo quando os cônjuges estão de pleno acordo, sem qualquer situação litigiosa?

O movimento mundial de acesso à justiça tende para a desjudicialização crescente da resolução dos conflitos, pois a justiça oficial não consegue mais atender às demandas individuais e sociais. Ao mesmo tempo, buscaram-se soluções que levem à simplificação, redução e desburocratização de processos e procedimentos. Cresce a compreensão que o acesso à justiça não se dá apenas perante o Poder Judiciário formal. Se assim é para os conflitos litigiosos, com maior razão se impõe quando as próprias partes estão de acordo em resolvê-los. Desde que sejam observados e respeitados os direitos dos cônjuges e dos filhos, segundo a moldura legal, o processo judicial é dispensável¹¹⁴.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona consideram que, a partir de então, o divórcio judicial passou a ser uma via de exceção, reservado para situações especiais, de modo que

¹¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157 *et. Seq.*

deve haver incentivo ao acesso mais simples da dissolução do vínculo matrimonial, através do divórcio extrajudicial¹¹⁵.

Nesse mesmo sentido, Maria Berenice Dias afirma que há carência de ação quando um casal vai a juízo amigavelmente pleitear a dissolução do casamento, tendo em vista que os seus efeitos podem ser alcançados extrajudicialmente¹¹⁶.

Para que tal procedimento seja realizado é necessário que as partes envolvidas sejam maiores, capazes e estejam de acordo quanto aos termos da dissolução, que possui natureza negocial¹¹⁷.

Segundo prescreve o artigo 3º da Lei 11.441/2007, para que o divórcio se realize mediante escritura pública, além de as partes serem maiores, capazes e estarem acordes, deverão estar assistidas por advogado e no documento deverá constar disposições relativas à partilha de bens, à pensão alimentícia e à manutenção do nome de casado. A escritura pública não depende de homologação do juiz para que surta efeito, podendo os consortes de logo proceder no cartório de registro civil com a alteração do estado civil¹¹⁸.

3.3.3.2 Divórcio judicial

Quando não ocorrem os requisitos estabelecidos pelo artigo 1.124-A do Código de processo civil, não é possível a realização do divórcio administrativo, restando aos consortes buscarem as vias judiciais para dissolverem o casamento.

O divórcio judicial é, dessa forma, instrumento atinente à dissolução do vínculo conjugal quando as partes não estão em acordo, na modalidade litigiosa, quando as partes não são maiores e capazes ou quando elas preterem a via extrajudicial.

Antes da Emenda Constitucional 66 de 2010 prevalecia o instituto do divórcio judicial indireto, tendo em vista que havia a exigência de separação anterior para que pudesse ser requerida a dissolução do casamento, de modo que os sujeitos se separavam judicialmente e após transcorrido os prazos estabelecidos constitucionalmente convertiam a separação em divórcio.

¹¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** 2ª ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p.101.

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 450, v. 6.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei nº 11.441/07**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

Atualmente não há que se falar em divórcio por conversão, tendo em vista a extinção da separação judicial, restando na esfera judicial o divórcio consensual e o divórcio litigioso, podendo a primeira modalidade ser vislumbrada quando os consortes estão de acordo com relação ao rompimento afetivo e a segunda modalidade quando não há consenso entre as partes.

Quando o divórcio consensual for pleiteado judicialmente será imprescindível formulação de pedido expresso elaborado por ambos os cônjuges, acompanhado de cópia da certidão de casamento e do pacto antenupcial (se houver), através de procedimento especial de jurisdição voluntária. Poderá também ocorrer o divórcio judicial consensual no bojo de um processo de divórcio litigioso quando as partes resolvem chegar a um acordo durante o percurso processual¹¹⁹.

¹¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de direito civil**. 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 443, v.6.

4 ASPECTOS PROCESSUAIS DO DIVÓRCIO BRASILEIRO

4.1 RITO PROCESSUAL

O rito processual do divórcio, sob uma perspectiva procedimental, apenas depende da definição se é ele consensual ou litigioso, tendo em vista que após a Emenda Constitucional 66/2010 não mais importa a classificação entre divórcio direto e indireto¹²⁰.

Em assim sendo, revela-se importante a definição dos procedimentos concernentes à ação de divórcio consensual e de divórcio litigioso para que se possa adentrar nas discussões processuais que permeiam a dissolução do vínculo conjugal.

4.1.1 Divórcio consensual

Incluído dentre os procedimentos de jurisdição voluntária do Código de Processo Civil, pelo artigo 40, §2º da Lei do 6.515/1977, o divórcio consensual judicial consiste no rompimento do vínculo conjugal perante o Poder Judiciário na hipótese de as partes estarem concordes.

Inicialmente os consortes deverão peticionar em conjunto, com patrocínio de advogado, devendo constar nos termos da petição como se dará a partilha dos bens comuns do casal, se já quiserem partilhar neste ato, os alimentos, o uso do nome, entre outros aspectos. Além disso, a peça vestibular deve estar acompanhada da cópia da certidão de casamento e do pacto antenupcial (se houver).

Os cônjuges deverão comparecer posteriormente em juízo em audiência designada para ratificarem os termos do pleito, confirmando a vontade de pôr fim ao vínculo conjugal, ato que tornaria o acordo irretratável, por força da súmula 305 do Supremo Tribunal Federal, salvo na hipótese de erro material. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, entretanto, discordam do conteúdo da referida súmula, aduzindo que não é razoável negar à parte o direito de retratação do acordo celebrado quando este ainda não foi homologado pelo juízo e transitado em julgado. Assim, posicionam-se os mencionados doutrinadores a favor do afastamento da aplicação do entendimento sumulado¹²¹.

A ausência de uma das partes à audiência de ratificação implica no arquivamento

¹²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 140.

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 4ª ed., JusPODIVM: Salvador, p.443, v.6.

dos autos, conforme estabelecido no artigo 1.122, §2º do Código de Processo Civil.

Após ratificação da vontade dos sujeitos e vista do Ministério Público, o juiz poderá homologar o acordo decretando o divórcio ou poderá, por outro lado, se recusar a homologar, em razão de o ajuste de vontades não preservar o do direito da prole ou de ambos os cônjuges de maneira equânime¹²².

Transitada em julgado a sentença homologatória poderão as partes efetuar a averbação do divórcio em Cartório de Registro Civil, promovendo a alteração do estado civil.

4.1.2 Divórcio Litigioso

Maria Berenice Dias afirma que a ação de divórcio tem eficácia constitutiva negativa, pois, com o trânsito em julgado da sentença os cônjuges adquirem a condição de divorciados. É uma ação de caráter personalíssimo, não sendo possível a delegação de poderes para que um terceiro resolva aquele vínculo conjugal, nem havendo possibilidade de ser transmitido aos herdeiros com a morte¹²³.

A modalidade litigiosa do divórcio é cabível quando não há consenso entre as partes. Diferentemente do divórcio judicial consensual, o processo litigioso é regido pelo procedimento ordinário, restringindo, contudo, a instrução probatória à questão essencial do cabimento e do *quantum* dos alimentos, de quem é mais adepto à guarda dos filhos ou da existência de bens comuns a serem partilhados¹²⁴. Destarte, a litigiosidade do processo de divórcio não diz respeito a questões propriamente do rompimento do vínculo conjugal, mas a questões acessórias na discussão.

O procedimento dedicado ao divórcio litigioso é o comum ordinário, de acordo com a previsão do § 3º do art. 40 da Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio. Assim, apresentada a pretensão dissolutiva do casamento pelo autor, independentemente da indicação da causa, o juiz determinará a citação do réu para responder no prazo de quinze dias. Em sua defesa, o Requerido pode formular preliminares (CPC, art. 301), apresentando argumentos processuais, bem como pode se defender no mérito, impugnando os fatos articulados vestibularmente, como a partilha dos bens e a guarda de filhos¹²⁵.

¹²² MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 400 *et seq.*

¹²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 321.

¹²⁴ AZEVEDO, Gleiciane Marques de. Aspectos Processuais do divórcio brasileiro no Estado Democrático de Direito. CASTRO, João Antônio Lima (Org.). **Direito Processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012, p. 939 *et seq.*

¹²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 4ª ed., JusPODIVM: Salvador, p.456, v.6.

O objeto cognitivo da ação de divórcio é bastante limitado, considerando a impossibilidade de se discutir a culpa pelo fim da relação afetiva, mas a ação de divórcio usualmente conta com alguns pedidos cumulados que devem ser apreciados em sentença. Em razão da pluralidade de pedidos existe uma necessidade de produção probatória que não diz relação à dissolução do vínculo matrimonial em si, por isso há possibilidade de o divórcio ser decretado por meio de decisão interlocutória, resolvendo parcialmente o mérito da ação, em vista a dar maior celeridade ao processo¹²⁶. Alguns juízes de Varas de Família optam, entretanto, pela separação processual, inadmitindo a cumulação de pedidos.

4.2 A TUTELA ANTECIPATÓRIA E A POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO PARCIAL DO MÉRITO

A tutela jurisdicional pode ser definitiva ou provisória, sendo a primeira obtida por meio de cognição exauriente, onde se faz profundo debate processual e a segunda fundada em cognição sumária, pautando-se em uma análise superficial da causa, que induz o juiz a um juízo de probabilidade.

A tutela definitiva pode ser satisfativa ou não. No primeiro caso, ela terá por objetivo certificar e/ou efetivar o direito material discutido, sendo chamada de tutela padrão. A tutela não satisfativa, por outro lado, não visa satisfazer um direito, mas conservá-lo, assegurando sua posterior satisfação.

A tutela não-satisfativa decorre da ideia de prejuízo gerado para as partes em decorrência da demora processual durante as atividades necessárias a consecução de uma tutela satisfativa, tendo em vista que o tempo é essencial para que atos processuais possam ser praticados adequadamente, respeitando os prazos legalmente estabelecidos. Assim, pode-se afirmar que o tempo, apesar de ser elemento essencial e inerente ao processo, muitas vezes será prejudicial à própria efetividade daquele, como, por exemplo, no caso de uma ação em que se pretende a condenação do demandado em certa quantia e esta demora tanto que quando chega o momento da execução forçada não existem mais bens penhoráveis, pois o tempo permitiu que o executado se desfizesse de todo seu patrimônio¹²⁷.

Sobre o tempo no processo, aduz Marlon Tomazette o que segue:

¹²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 4ª ed., JusPODIVM: Salvador, p.454 *et seq.*v.6.

¹²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 2, v.3.

Na medida em que o processo efetivo é aquele que permite o adequado exercício dos direitos postos em jogo, é certo que o tempo é um de seus maiores inimigos, o que deve ser superado. Os direitos são exercidos ao longo do tempo e o decurso deste pode inclusive extingui-los, tornando inútil eventual provimento jurisdicional sobre o mesmo.

Diante disso, a prestação jurisdicional deve ser sempre outorgada dentro de um prazo razoável, sob pena de violação à garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva¹²⁸.

A tutela não-satisfativa é chamada de tutela cautelar, que se trata de um provimento jurisdicional capaz de assegurar a efetividade processual, sendo, dessa forma, uma medida de cunho assecuratório, temporário e instrumental, justamente porque serve à garantia de futura satisfação do direito pleiteado, sendo instrumento para a efetivação daquele e tendo seus efeitos delimitados no tempo,¹²⁹ pois ela nasce para resguardar um direito que será ou está sendo discutido em um processo apartado e morre quando este chega ao fim, confirmando ou não o direito que foi acautelado.

A tutela cautelar está classificada no livro III do Código de Processo Civil se dividindo entre cautelares nominadas, onde estão previstas hipóteses práticas do cabimento da medida cautelar, e cautelares inominadas, fundadas no poder geral de cautela, segundo o qual é impossível prever juridicamente todas as situações de fato que podem ocorrer e, por conta disso, o direito precisa dispor de mecanismos para conseguir suprir as lacunas que, inevitavelmente, existem no sistema. Há, desse modo, ampla possibilidade de aplicação da tutela cautelar em razão das cautelares inominadas, sendo necessário que haja um processo principal e exista fundado receio de dano irreparável¹³⁰.

Ocorre que muitas vezes a necessidade de tutela de urgência não diz respeito a assegurar o resultado de outro processo e sim antecipar o próprio direito discutido na demanda processual e não existia no sistema jurídico brasileiro previsão legal para tal façanha, o que levava as pessoas a buscarem uma tutela satisfativa por meio da técnica cautelar, valendo-se do poder geral de cautela estabelecido nas cautelares inominadas.

A necessidade de antecipar os efeitos da tutela levou o legislador a editar a lei 8.952 de 1994, inserindo novas regras nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, abrindo a oportunidade para o requerimento da tutela antecipada no caso de *periculum in mora*, diante de toda e qualquer espécie de situação fática. A emergência de alteração das

¹²⁸TOMAZETTE, Marlon. A efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento da tutela antecipada. **Revista brasileira de direito processual**, Ano 15, nº 59, jul/set de 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.55 Et seq.

¹²⁹DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**, vol. 2. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 461 *et seq.*

¹³⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 520, v.2.

normas do Código de Processo Civil deu-se não só em virtude das novas situações de direito material, mas porque, principalmente, os tribunais não estavam admitindo a tutela satisfativa com base na técnica cautelar¹³¹.

A antecipação da tutela, dessa forma, é espécie de tutela provisória que atribui eficácia imediata à tutela definitiva, permitido ao sujeito exercer aquele direito, que somente seria efetivado ao fim do processo, logo de início. Ela é baseada, assim, em cognição sumária e precariedade, sendo concedida quando presentes os requisitos estabelecidos em lei e podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

É a medida destinada a atribuir efetividade à prestação jurisdicional, viabilizando-se que os efeitos de eventual procedência do pedido formulado sejam percebidos já ao longo do procedimento, sem que se tenha de aguardar decisão definitiva. As reiteradas críticas feitas à suposta lentidão dos trâmites processuais têm ocupado o legislador, que demonstra intenção de dar celeridade às providências pleiteadas ao Poder Judiciário. Tida como a mais relevante introdução da reforma processual de 1994, a antecipação de tutela surgiu como forma de amenizar as consequências deletérias da natural demora do procedimento judicial, até que o autor obtenha a concretização de sua pretensão, no mundo fenomênico¹³².

Tutela antecipada e medida liminar não são institutos diferentes. Liminar é um conceito tipicamente cronológico, indica que a medida foi tomada *in limine litis*, ou seja, no início do processo, sem que tenha havido a oitiva da parte contrária¹³³. O mesmo não se pode dizer da tutela cautelar.

A antecipação de tutela, assim sendo, diferencia-se da tutela cautelar porque, de modo sucinto, enquanto esta não é satisfativa, presta-se a assegurar a eficácia de provimento futuro, com natureza distinta, obtida em ação autônoma, aquela se caracteriza como um provimento satisfativo, deduzido dos mesmos autos e com caráter provisório¹³⁴.

Deve-se ressaltar, contudo, que a antecipação de tutela não foi inventada com a edição da lei 8.952 de 1994, pois já existia a tutela liminar em alguns casos específicos estabelecidos na legislação brasileira, mas sua aplicabilidade foi ampliada, permitindo que ela pudesse ser concedida nas mais variadas hipóteses quando observados os critérios exigidos.

A esse respeito apregoa Humberto Theodoro Júnior:

¹³¹MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 61, v.4.

¹³²DIAS, Iberê de Castro. **Processo civil**, 1ª ed., Campinas: Millennium, 2005, p. 09, v.2.

¹³³DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 488, v.2.

¹³⁴*Op cit.*, p. 10.

O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento imediato que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio. Não se deve, porém, confundir antecipação de tutela apenas com as liminares que já se conheciam em várias ações especiais. Embora essas liminares tenham sido a primeira forma de propiciar antecipação de tutela, a forma generalizada de provimentos dessa natureza, concebida pelo atual art. 273 do CPC, compreende providências que tanto podem ocorrer *in limine litis* como no curso do processo, em qualquer tempo em que ainda não se possa executar definitivamente a sentença de mérito¹³⁵.

Luiz Fux afirma que a tutela antecipada é regra procedimental que se concilia com o poder-dever que tem o Juiz de velar pela rápida e adequada solução dos litígios, sendo clara a certeza “de que, não obstante textual a discricionariedade do magistrado, advirá a interpretação autêntica dos tribunais no sentido de que, preenchidos os pressupostos, é de ‘direito da parte’ a obtenção da tutela antecipada¹³⁶”. A antecipação de tutela, desta forma, não se trata de uma faculdade ou mero poder discricionário do juiz, mas um direito subjetivo processual da parte, tendo em vista que estando presentes os requisitos exigidos pelo Estado, deverá ser concedida a aventada medida de urgência¹³⁷.

Destarte, quando o material probatório trazido pelo autor convence o juízo de que é muito provável a existência do direito alegado, e que, caso a pretensão não seja de logo satisfeita, poderá provocar prejuízos para a parte, cumpre ao juiz atender sem demora a postulação, concedendo a tutela antecipada¹³⁸.

A tutela antecipada que aqui será tratada está disposta no artigo 273 do CPC, de onde se pode extrair que a medida referida se fundamenta em requisitos específicos, dando ao instituto uma feição mais rígida do que o procedimento cautelar, por força de seu caráter satisfativo. Existem pressupostos que são obrigatórios para a antecipação da tutela, são eles: a prova inequívoca, a verossimilhança das alegações e a reversibilidade dos efeitos do provimento. Os pressupostos facultativos são o perigo da demora e atos protelatórios e abusivos da parte (tutela punitiva).

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 682, v.2.

¹³⁶ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 340.

¹³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 682, v.2.

¹³⁸ MONTEIRO NETO, Nelson. Se pode ser, o Cabimento da Antecipação da tutela, reexaminado pelos tribunais superiores. **Revista Dialética de Direito Processual**. Nº74, 05/2009, São Paulo: RDD, P.57 Et seq.

Os dois primeiros pressupostos obrigatórios para a concessão de antecipação de tutela que se deve observar estão intimamente ligados, são eles a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações.

Mais do que a simples aparência do direito, denominada *fumus boni Iuri*, a tutela antecipada exige que a reclamação esteja fundada em prova inequívoca, ou seja, que exista nos autos prova robusta o suficiente para induzir o julgador a juízo de probabilidade. A verossimilhança das alegações diz respeito ao grau de persuasão daquela prova, ao poder que tem ela de fazer o Juízo crer que existe grande possibilidade de os fatos alegados pelo requerente serem verídicos. A antecipação não pode ser concedida à base de simples alegações ou suspeitas. É absolutamente necessário que haja prova, que não precisa ser necessariamente documental, mas que evidencie de forma clara aquele direito alegado¹³⁹.

Assim, é inequívoca a prova capaz de evidenciar o direito pleiteado, de modo que ela é tão robusta que poderia induzir uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada no momento processual em que essa é requerida. Não se trataria de julgamento antecipado da lide porque a antecipação diz respeito à parte da controvérsia e visa dar efetividade aquele direito que parece evidente, enquanto que o julgamento antecipado se trata de julgamento de mérito e, muitas vezes, pode não satisfazer de imediato o direito da parte como na antecipação de tutela, tendo em vista que deverá aguardar o prazo de recurso para poder iniciar a execução forçada¹⁴⁰.

O terceiro requisito a ser considerado é a reversibilidade dos efeitos do provimento, que se trata da possibilidade de fazer com que a situação fática alterada com a concessão da tutela antecipada seja revertida, retorne ao *status quo ante* caso o direito não seja concedido ao final da tutela exauriente.

O legislador pretende coibir abusos no uso da providência com essa exigência, tratando-se de um meio de preservar o adversário contra excessos no emprego da medida. “a necessidade de valorização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não deve ser pretexto para a pura e simples anulação do princípio da segurança jurídica¹⁴¹”.

Esse requisito é, entretanto, controvertido, levando-se em consideração que a maior parte das hipóteses de antecipação de tutela são, no fim das contas, irreversíveis. Para

¹³⁹ COUTO JÚNIOR, Antônio Joaquim de Oliveira. **Tutela antecipada: conceito, requisitos e características**. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/antoniojoaquimdeoliveiracoutojunior.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

¹⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.687 *et seq.*

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 690.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart não há qualquer lógica em não admitir a concessão de tutela antecipada baseada em fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação sob o argumento de que poderia gerar um prejuízo irreversível para o réu¹⁴².

Nesse mesmo viés lecionam Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira:

Mas essa exigência legal deve ser lida com temperamentos, pois, se levada às últimas consequências, pode reduzir à inutilização da antecipação de tutela. Deve ser abrandada, de forma a que se preserve o instituto.

Isto porque, em muitos casos, mesmo sendo irreversível a medida antecipatória – ex.: cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais, dentre outros -, o seu deferimento é essencial, para que se evite um “mal maior” para a parte/requerente. Se o seu deferimento é fadado à produção de efeitos irreversíveis para o requerido, o seu indeferimento também implica consequências irreversíveis para o requerente. Nesse contexto, existe, pois, o perigo da irreversibilidade decorrente da não concessão da medida. Não conceder a tutela antecipada para efetivação do direito à saúde pode, por exemplo, muitas vezes, implicar a consequência irreversível da morte do demandante¹⁴³.

Para que seja antecipada a tutela, nos moldes do artigo 273 do CPC, além dos pressupostos obrigatórios, deve-se observar a ocorrência de, pelo menos, um pressuposto facultativo.

O perigo da demora, caracterizado como perigo de dano irreparável ou de difícil reparação é pressuposto facultativo evidenciado pela urgência da medida. É similar ao *periculum in mora* das cautelares e se verifica nas situações em que a demora, inerente ao procedimento judicial, pode ocasionar ineficácia do provimento jurisdicional final. Para isso, é preciso que exista um receio de dano fundado, não bastando a mera conjectura ou uma possibilidade remota de prejuízo pela demora do processo. É necessário, ainda, que tal dano seja irreparável ou de difícil reparação, ou seja, deve ficar clara a dificuldade ou impossibilidade de fazer a situação fática retornar a seu estado anterior ao final do processo, caso a medida antecipatória não seja concedida¹⁴⁴.

Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart tratam do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação da seguinte forma:

O perigo de dano deve ser fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetivas. Além disto, embora o perigo de dano faça surgir uma situação de urgência, tornando insuportável a demora do processo, não há razão para identificar perigo de dano com

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 229 *et seq.*, v.2.

¹⁴³ DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, p.504, v.2.

¹⁴⁴ DIAS, Iberê de Castro. **Processo civil**. 1ª ed., Campinas: Millennium, 2005, p. 17, v.2.

periculum in mora, como se ambos tivessem o mesmo significado. O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar o *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano.

De outro lado, é certo que para a outorga da providência de urgência bastará que a parte demonstre a *probabilidade* da ocorrência do dano afirmado, não sendo necessário que demonstre, em cognição exauriente, essa ocorrência. Assim deve ser porque, de outro modo, jamais se concederia medidas de urgência. A se exigir prova irretorquível do perigo de dano, seria necessário ter um processo adequado à cognição exauriente, o que é incompatível com a urgência requerida para as medidas cautelares. Por isso, bastará a demonstração, em cognição sumária, da ocorrência do risco de dano, não podendo exigir certeza absoluta da situação¹⁴⁵.

Nesse mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara aduz que há dois tipos de situações de perigo: a que provoca risco de dano para o direito substancial e a que gera risco de dano para a efetividade do processo. No primeiro caso, seria adequada a tutela antecipada e no segundo caso a tutela cautelar. Isto porque quando existe perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito substancial pleiteado é necessária uma medida mais rápida que garanta a antecipação do próprio direito, para que o sujeito não sofra a lesão iminente. Em situação de risco para a efetividade processual a medida cautelar pode ser aplicada em razão de o *periculum in mora* estar relacionado à garantia do resultado final daquele processo, seria um perigo para a efetividade do processo principal¹⁴⁶.

Portanto, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação deverá ser demonstrado pelo requerente de forma mais concreta possível, por meio de prova inequívoca que demonstre a verossimilhança das alegações, para que possa ser antecipada a tutela, por meio de cognição sumária, visto a urgência da medida.

Outro pressuposto observável para a concessão de tutela antecipada está previsto no inciso dois do artigo 273 do CPC, que é a chamada tutela punitiva caracterizada quando ocorre o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A tutela punitiva é uma forma de punir a parte que se comporta de maneira abusiva e ilícita no processo, pois a reprovação de tais condutas é também questão de garantia da efetividade da jurisdição¹⁴⁷.

O abuso do direito de defesa acontece quando a parte apresenta resistência à pretensão processualmente buscada, de maneira totalmente infundada ou contra direito expresso ou, ainda, quando usa de meios ilícitos ou escusos para forjar defesa. Esse abuso de

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.28.

¹⁴⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 36 et seq., v.3.

¹⁴⁷ DIAS, Iberê de Castro. **Processo civil**. 1ª ed, Campinas: Millennium, 2005, p.18, v.2.

direito pode ocorrer em situações anteriores ao processo, podendo o autor demonstrá-lo em inicial, ou restar configurado após a contestação, resultando a possibilidade do autor requerer a antecipação de tutela punitiva¹⁴⁸.

Deve-se ressaltar, que a antecipação de tutela fundada no caráter punitivo não encontra muita aplicabilidade prática, uma vez que quando se verifica a atuação de má-fé e abusiva do réu, o julgador prefere a aplicação de outras sanções previstas no ordenamento processual à concessão da tutela antecipada. Isso ocorre porque a concessão da referida punição causa impacto maior no réu e no processo do que a simples imposição, por exemplo, de uma multa¹⁴⁹.

4.2.1 Antecipação de tutela fundada em pedido incontroverso – artigo 273, § 6º

Embora previsto como pressuposto de tutela antecipada, constante no parágrafo 6º, artigo 273 do CPC, há discussão doutrinária sobre sua natureza jurídica. Por vez, pode-se afirmar que o pedido incontroverso é a hipótese mais relevante neste trabalho monográfico, tendo em vista que a concessão de tutela antecipada para decretação de divórcio estaria baseada não na urgência do pedido, mas em sua incontrovérsia, conforme será esclarecido mais adiante.

A possibilidade de antecipação de tutela com base na incontrovérsia de um ou mais pedidos foi inserida no Código de Processo Civil com a edição da lei 10.444 de 2002, resultando intenso debate doutrinário sobre sua aplicabilidade.

Para aplicação desse dispositivo legal é necessário que a incontrovérsia recaia apenas sobre parte do pedido, sobre o qual ocorrerá a antecipação de tutela, por meio de decisão interlocutória, continuando a instrução para resolução da parte controversa da ação¹⁵⁰.

Dessa forma, o dispositivo legal tem aplicabilidade quando parte de um pedido é incontroverso ou quando a demanda possui mais de um pedido, independentes entre si, e um ou alguns deles são incontroversos, tendo em vista que no caso de toda a demanda ser incontroversa poderia haver o julgamento antecipado da lide e não antecipação de tutela.

O pedido incontroverso é baseado em um fato reconhecido ou não contestado pelo réu em sua defesa, podendo ocorrer também de um fato ser contestado e o juiz entender

¹⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 689, v.2.

¹⁴⁹ MENDES, Débora Fernandes de Souza. **Tutela antecipada sancionatória**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-tutela-antecipada-sancionatoria,40384.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

¹⁵⁰ DIAS, Iberê de Castro. **Processo civil**. 1ª ed., Campinas: Millennium, 2005, p.20, v.2.

incontroverso, ou restar evidenciado que somente um dos pedidos exige instrução probatória, sendo o outro incontroverso, merecendo o autor imediata tutela quanto a esse¹⁵¹.

Esse também é o entendimento de Teori Albino Zavascki, consoante extrai-se do seguinte excerto:

Em contrapartida, considerando o manifesto desiderato legislativo - de criar, com a satisfação antecipada, ainda que provisória, dos “pedidos incontroversos”, uma ação afirmativa em prol da efetividade do processo -, é indispensável que se retire dessa vontade da lei as consequências lógicas que dela naturalmente decorrem, entre as quais a de não admitir a utilização de subterfúgios à concretização dos objetivos programados. Sob essa premissa, é apropriado concluir, quando se interpreta o § 6º, que a “controvérsia” apta a inibir a antecipação da tutela há de se revestir de um mínimo de seriedade e razoabilidade. Nesse enfoque, pode-se dar ao conceito de “pedido incontroverso” um sentido ampliado, mais afinado com uma interpretação teleológica da norma: será considerado como incontroverso o pedido, mesmo contestado, quando os fundamentos da contestação sejam evidentemente descabidos ou improcedentes. Em outras palavras: quando não haja contestação séria.

Esta ausência de seriedade ou razoabilidade, todavia, há de ser medida, não apenas a partir da convicção pessoal do juiz, mas à luz de critérios objetivos fornecidos pelo próprio sistema de processo. Por exemplo: não se poderá ter como controvertido um pedido cuja contestação esteja fundada exclusivamente na negação de um fato notório (CPC 334,I) ou de um fato que goze de presunção legal de verdade (CPC 334, IV); também não se pode ter por controvertido um pedido cuja contestação tenha por fundamento exclusivo alegação contrária (a) a decisões de caráter vinculante, como são as proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (Lei 9.868, de 10.11.99, art. 28, § único) ou (b) contrária a súmula ou jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, hoje tão prestigiadas em nosso sistema (CPC, art. 475, § 3º e art. 558).

Em suma: pode-se afirmar que a antecipação da tutela de que trata o § 6º do art. 273 do CPC tem como pressuposto pedido (ou a parcela dele) (a) não controvertido seriamente pelas partes, (b) verossímil e (c) cujo atendimento não está subordinado a qualquer questão prejudicial¹⁵².

Existe na doutrina impasse com relação à natureza jurídica do parágrafo 6º do artigo 273 do CPC, afirmando alguns autores que não se trataria de antecipação de tutela e sim hipótese de resolução parcial do mérito, estando o parágrafo mal alocado no Código de Processo Civil.

¹⁵¹ CAVALCANTI, Lucas Maciel Anderson. **Tutela antecipada com base na evidência**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Cavalcanti%20versoao%20final.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2015.

¹⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela em face de pedido incontroverso**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCAQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.abdpc.org.br%2Ftextos%2Fartigos%2FArtigo%2520site%2520original%2520-%2520Teori%2520Zavascki%2520-%2520antecipacao%2520da%2520tutela%2520em%2520face%2520de%2520pedido.doc&ei=XQ01VYuUHMnYggT_84GAAg&usq=AFQjCNEAix2xR5xsV_XDpepWQbt_SuEqQ&sig2=n3nyqwBdM6YExZiwLQ3TPg&bvm=bv.91071109,d.eXY&cad=rja>. Acesso em: 20 abr. 2015.

Humberto Theodoro Júnior posiciona-se favorável à tese de que a hipótese de pedido incontroverso, na realidade, dá causa ao julgamento antecipado da lide e não a antecipação de tutela, conforme se pode extrair do trecho abaixo transcrito:

O § 6º, acrescentado ao artigo 273 pela Lei nº 10.444, de 07.02.2002, cuida de um caso em que se torna mais facilmente alcançável a antecipação de tutela: trata-se da cumulação de pedidos, quando o réu contesta apenas um ou alguns deles, deixando incontroversos outros. Em tal conjectura, a antecipação se mostra possível, sem necessidade de recorrer-se aos requisitos ordinariamente exigidos (perigo de dano grave, prova inequívoca etc.). É que, pela não contestação, o fato básico se tornou incontroverso, nos limites da pretensão não impugnada, e a consequência dele extraível não depende mais de outras provas. É de se ponderar, todavia, o seguinte: a) a antecipação de tutela dar-se-á, sem os requisitos, apenas para os pedidos (ou partes do pedido) realmente incontroversos; b) há de existir independência jurídica entre os pedidos não impugnados e os contestados.

A incontrovérsia, na espécie, afasta o pedido não contestado no litígio. O reconhecimento dessa exclusão, embora o §6º do art. 273 o situe no campo da tutela antecipada, representa, por sua extensão e profundidade, um verdadeiro e definitivo julgamento antecipado da lide, pelo que ficará sujeito às consequências da coisa julgada, pois o que de fato decorre do provimento na situação do novo §6º é um julgamento fracionado do mérito da causa.

A tutela antecipada da parte não contestada da demanda, de que trata o art. 273, §6º, tem em comum com as demais hipóteses do caput e do inc. II do mesmo dispositivo o propósito de evitar ou amenizar o dano marginal do processo, que decorre de sua duração, além do prazo razoável previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição¹⁵³.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam que embora o pedido incontroverso esteja previsto como parágrafo do artigo 273 do CPC, a hipótese estabelecida não se trata de antecipação de tutela e sim permissão para decisão parcial definitiva de mérito. Para os referidos autores a antecipação de tutela com base em pedido incontroverso não se funda em cognição sumária e juízo de probabilidade, mas em cognição exauriente e juízo de certeza. A decisão que concede a “antecipação de tutela” nos termos do parágrafo 6º do CPC é decisão interlocutória apta à coisa julgada material e, por isso mesmo, pode ser executada definitivamente. A decisão desgarra-se da parte da demanda que resta para ser julgada, tornando-se absolutamente autônoma, não necessitando ser confirmada em decisão final pelo magistrado. Como não se trata de tutela antecipada não se aplicariam os pressupostos desta: verossimilhança das alegações, prova inequívoca, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, manifesto caráter protelatório e, principalmente, perigo de irreversibilidade. Os únicos requisitos para a sua aplicação seriam: a incontrovérsia de um pedido formulado, ou parcela dele e a desnecessidade de realização de prova em audiência para determinado pedido, ou parcela dele. Trata-se de mais uma

¹⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.686, v.2.

modalidade de “julgamento conforme o estado do processo”, admitindo agravo, em razão de se tratar de decisão interlocutória¹⁵⁴.

Se um dos pedidos apresentados pelo autor já puder ser apreciado – sem necessidade produção de provas em audiência, segundo as hipóteses do art. 330 do CPC –, nada justifica que esta apreciação não seja feita de logo, apenas porque haveria de esperar-se a instrução do outro pedido formulado. Se entre eles não houver qualquer vínculo (cumulação simples de pedidos), realmente não há sentido exigir-se, necessariamente, o julgamento simultâneo. Uma fruta já madura não precisa esperar o amadurecimento de uma outra, ainda verde, para ser colhida¹⁵⁵.

Nessa mesma perspectiva, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart aduzem que “a tutela da parte incontroversa é fundada em cognição exauriente. O juiz não pode concedê-la quando ainda necessitar de provas. Esta tutela somente é viável quando o direito estiver evidenciado, seja pela prova, seja pelo reconhecimento parcial ou pela não contestação”. Prosseguem os autores afirmando que a tutela da parte incontroversa da demanda, apesar de instrumentalizada através da técnica antecipatória, não pode ser revogada ou modificada ao final do processo¹⁵⁶.

Para Luiz Guilherme Marinoni a previsão legal estabelecida pelo parágrafo 6º do artigo 273 é de cognição exauriente, capaz de produzir coisa julgada material:

Se um dos pedidos apresentados pelo autor está maduro para o julgamento, seja porque diz respeito apenas a matéria de direito, seja porque independe de instrução dilatatória, a necessidade, cada vez mais premente, de uma prestação jurisdicional célere e efetiva justifica a quebra do velho princípio da “unità e unicità dela decisione”.

A tutela antecipatória, neste caso, estará antecipando o momento do julgamento do pedido. A tutela não é fundada em cognição sumária, mas sim em cognição exauriente, produzindo coisa julgada material. Não se trata, obviamente, de condenação parcial ou de coisa julgada parcial, conceitos que vem sendo elaborados pela doutrina italiana mais moderna a partir de ideias hauridas em Carnelutti, mas que dizem respeito a outras situações, como a condanna genérica.

Note-se que, se é possível a tutela antecipatória, com base em probabilidade, do direito postulado pelo autor (por exemplo, tutela antecipatória fundada na técnica monitória), não há explicação razoável para não se admitir a realização imediata de um dos direitos postulados pelo autor no caso em que ele não é mais controvertido¹⁵⁷.

Teori Albino Zavascki, por outro lado, entende que não se trata de julgamento

¹⁵⁴ DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 8º ed., Salvador: jusPODIVM, 2013, p. 585 *et seq.*, v.2.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 585 *et seq.*

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.234 *et seq.*, v.2.

¹⁵⁷ *Idem*. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 142.

antecipado da lide, mas de hipótese de antecipação de tutela. O autor afirma que para a imediata tutela da parte incontroversa do pedido seria melhor que pudesse haver cisão do julgamento, o que não é permitido no sistema processual brasileiro, que adota a antecipação dos efeitos executivos da tutela, podendo ocasionar futura sentença definitiva condenatória, declaratória, constitutiva ou desconstitutiva. Dessa forma, considerada natureza de antecipação de tutela em face de pedido incontroverso, ela se sujeitará ao regime geral estabelecido no artigo 273 do CPC, atendendo aos seguintes requisitos: i. depende de requerimento da parte, ii. a decisão do juiz deve ser fundamentada, iii. terá caráter provisório podendo sua outorga ocorrer a qualquer tempo. Ressalta o autor que se deve observar a impossibilidade de conceder antecipação de tutela no caso de haver perigo de irreversibilidade do provimento¹⁵⁸.

A esse respeito a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que autorizou o levantamento de US\$ 1,6 milhão pela empresa STM Wireless Telecomunicações Ltda. (de um total de US\$ 12,8 milhões depositados em juízo pela STM Networks Inc.), referentes à parte incontroversa de diferenças de comissões sobre vendas realizadas em território brasileiro, e entendeu que por questão de política legislativa a tutela acrescentada pela Lei 10.444 não é suscetível de imunização pela coisa julgada, ou seja, não teria natureza de julgamento antecipado da lide e sim de antecipação de tutela¹⁵⁹:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONECTIVOS LEGAIS NA TUTELA DO INCONTROVERSO EM ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. O valor correspondente à parte incontroversa do pedido pode ser levantado pelo beneficiado por decisão que antecipa os efeitos da tutela (art. 273, § 6º, do CPC), mas o montante não deve ser acrescido dos respectivos honorários advocatícios e juros de mora, os quais deverão ser fixados pelo juiz na sentença. Com efeito, enquanto nos demais casos de antecipação de tutela são indispensáveis os requisitos do perigo de dano, da aparência e da verossimilhança para a sua concessão, na tutela antecipada do § 6º do art. 273 do CPC basta o caráter incontroverso de uma parte dos pedidos, que pode ser reconhecido pela confissão, pela revelia e, ainda, pela própria prova inequívoca nos autos. Se um dos pedidos, ou parte deles, já se encontre comprovado, confessado ou reconhecido pelo réu, não há razão que justifique o seu adiamento até a decisão final que aprecie a parte controversa da demanda que carece de instrução probatória, podendo ser deferida a antecipação de tutela para o levantamento da

¹⁵⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela em face de pedido incontroverso**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCAQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.abdpc.org.br%2Ftextos%2Fartigos%2Fartigo%2520site%2520original%2520-%2520Teori%2520Zavascki%2520-%2520antecipacao%2520da%2520tutela%2520em%2520face%2520de%2520pedido.doc&ei=XQ01VYuUHMnYggT_84GAAg&usq=AFQjCNEAix2xR5xsZV_XDpepWQbt_SuEqQ&sig2=n3nyqwBdM6YExZiwLQ3TPg&bvm=bv.91071109,d.eXY&cad=rja>. Acesso em: 20 abr. 2015.

¹⁵⁹ Informativo do STJ nº 532 disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112036>. Acesso em: 20 abr. 2015.

parte incontroversa (art. 273, § 6º, do CPC). Verifica-se, portanto, que a antecipação em comento não é baseada em urgência, muito menos se refere a um juízo de probabilidade ao contrário, é concedida mediante técnica de cognição exauriente após a oportunidade do contraditório. Entretanto, por política legislativa, a tutela do incontroverso, ainda que envolva técnica de cognição exauriente, não é suscetível de imunidade pela coisa julgada, o que inviabiliza o adiantamento dos consectários legais da condenação (juros de mora e honorários advocatícios). De fato, a despeito das reformas legislativas que se sucederam visando à modernização do sistema processual pátrio, deixou o legislador de prever expressamente a possibilidade de cisão da sentença. Daí a diretiva de que o processo brasileiro não admite sentenças parciais, recaindo sobre as decisões não extintivas o conceito de decisão interlocutória de mérito¹⁶⁰.

4.2.2 O Novo Código de Processo Civil: Tutela antecipada com base na evidência e julgamento parcial do mérito

Conforme citado em capítulo anterior, o Projeto de Lei nº 8.046/2010, que formulou um Novo Código de Processo Civil, foi sancionado pela Presidente da República e entrará em vigor em março de 2016. O novo código traz mudanças processuais positivas que visam dar mais efetividade e celeridade à prestação jurisdicional, dentre as quais, destaca-se a criação da tutela de evidência e a autorização para o julgamento parcial do mérito.

Apesar de não constar expressamente referência à tutela de evidência na legislação atual, como foi feito no Novo Código Civil, a doutrina percebeu a distinção entre tutela de urgência e tutela de evidência no Código de Processo Civil ora vigente¹⁶¹.

Assim, o Novo Código de Processo Civil aprimorou as inovações inseridas pelas reformas processuais que ocorreram ao logo dos anos no Código de Processo Civil de 1973 e as sistematizou de forma mais abrangente, tratando da tutela cautelar e da antecipação de tutela em um mesmo capítulo, onde foi incluída a tutela de evidência¹⁶².

“Muitos podem se perguntar por que razão se deve antecipar os efeitos da tutela se não há urgência. A resposta é simples: porque o processo tem que ser justo”¹⁶³. Para Maria

¹⁶⁰ TJ/RJ. REsp 1.234.887-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/9/2013. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBOQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stj.jus.br%2Fdocs_internet%2FInformativos%2FRTF%2FInf0532.rtf&ei=DBg1VaWEKdaSsQ Sq7YDoDg&usq=AFQjCNEUR0uNUTP2cibh9-fQt4Bm7gHBFg&sig2=ZW7-dVUiF9ZB-Sy-Bacfjw&bvm=bv.91071109,d.eXY&cad=rja>. Acesso em 20/04/2015.

¹⁶¹ MORAIS, Maria Lúcia Baptista. As tutelas de urgência e as de evidência – especificidades e efeitos. In: ROSSI, Fernando. RAMOS, Glauco Gumerato. GUEDES, Jefferson Carús. DELFINO, Lúcio. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Org.). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: fórum, 2011, p.453 *et seq.*

¹⁶² SILVA, Bruno Freire e. Algumas considerações sobre a tutela de urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: SILVA, José Anchieta da (Org.). **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Lex Editora, 2012, p.121 *et seq.*

¹⁶³ CAVALCANTI, Lucas Maciel Andersen. **Tutela antecipada com base na evidência**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Cavalcanti%20versao%20final.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

Lúcia Baptista Morais a antecipação de tutela no caso de tutela de evidência é realmente questão de justiça:

Há muito se discute a questão da morosidade da justiça e a implicação disso na atuação do Estado, no momento de resolver conflitos. O Estado proibiu a autotutela, mas não está sendo capaz de dar uma prestação jurisdicional tempestiva, efetiva. [...] as tutelas de urgência servem para minimizar problemas decorrentes dessa demora. Ao lado das cautelares, aparecem situações em que o Direito se mostra com um grau de probabilidade tão elevado, que se torna evidente. Há, por vezes, como demonstrá-lo de pronto, e o juiz, ao acolher o pedido de uma liminar, em algumas hipóteses, até decide de forma que os efeitos se tornam irreversíveis.

Existe consenso, na doutrina, no sentido de que, em uma hipótese como a descrita acima, seria injusto que houvesse o mesmo tratamento de uma tutela apenas aparente. À luz do código atual, essa percepção já existe, sendo que ela ficou expressa com a proposta no Novo CPC¹⁶⁴.

Destarte, observa-se que apesar de a ideia da antecipação de tutela estar muitas vezes associada à urgência do pedido, essa não é a única hipótese em que a tutela jurisdicional é antecipada. Existem casos em que a antecipação de tutela está baseada na evidência do direito, combinada ou não com outros fatores, que nada têm a ver com a urgência, não se tratando de tutela de urgência e sim de tutela de evidência¹⁶⁵.

A tutela de evidência, dessa forma, não se fundamenta na urgência do pleito jurisdicional, mas, conforme afirmando por Luiz Fux, “vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou o direito documentado do exequente.”¹⁶⁶

Tal modalidade de tutela jurisdicional consiste em tutela satisfativa, pois visa certificar, satisfazer um direito material com a entrega do bem da vida almejado, pautado em juízo de probabilidade, no qual a parte requerente deve trazer a juízo prova suficiente para o convencimento do julgador. Luiz Fux a exemplifica da seguinte forma:

Imaginemos, por exemplo, um caso prático que nos foi dado examinar. Um cidadão adquiriu imóvel mobiliado, por escritura pública, tendo pago o preço adiantado no ato da escritura, conforme lavrado pelo notário. Sessenta dias após aguardar a mobília em seu imóvel, ingressou em juízo alegando que, por força do negócio pago adiantadamente, desfizera-se de todos os seus móveis de seu imóvel, por isso encontrava-se em dificuldades, sem dispor de uma residência mobiliada conforme o

¹⁶⁴ MORAIS, Maria Lúcia Baptista. As tutelas de urgência e as de evidência – especificidades e efeitos. In: ROSSI, Fernando. RAMOS, Glauco Gumerato. GUEDES, Jefferson Carús. DELFINO, Lúcio. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.453 *et seq.*

¹⁶⁵ CAVALCANTI, Lucas Maciel Anderson. **Tutela antecipada com base na evidência**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Cavalcanti%20versao%20final.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2015.

¹⁶⁶ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p.305.

pactuado e quitado. O juízo cível deferiu uma liminar satisfativa, determinando a colocação de toda a mobília no prazo de cinco dias. [...] Observa-se, do exemplo proposto, que não se tratava de medida cautelar, porque não havia qualquer utilidade de futuro processo. Tratava-se de um caso de “justiça”, no sentido de não revelar-se crível que um jurisdicionado, portador de um direito líquido e certo, como o inserido na escritura, tivesse que aguardar as delongas do procedimento ordinário para a definição do seu direito [...] ¹⁶⁷.

A tutela de evidência está prevista no artigo 311 do Novo Código de Processo Civil, no qual se pode observar que realmente não houve uma inserção da tutela de evidência no sistema processual brasileiro, mas sua esquematização, uma vez que as hipóteses aventadas no referido artigo já estão presentes, de maneira tímida, no código ora vigente ¹⁶⁸.

Pode-se afirmar que a tutela de evidência se fundamenta em juízo de probabilidade da existência do direito do autor e inconsistência da defesa do réu, que justificam a outorga de tutela antecipada à parte que consegue demonstrar a evidência do seu direito sem a necessidade de aguardar o desfecho final do processo ¹⁶⁹.

Quando entrou em vigor a atual redação do art. 273, a doutrina preocupou-se em traçar as distinções entre cautelares e a antecipação de tutela. Um aspecto salientado foi, exatamente, o relativo à diferença entre o direito aparente e o evidente. A medida acautelatória deveria ser deferida, quando o direito fosse aparente e a tutela antecipada, em caso de direito evidente.

Para a concessão de tutela com base em direito evidente, o juiz deve observar o grau de probabilidade de existência do direito afirmado pelo autor e exigir dele a prova da verossimilhança da alegação. Esses são requisitos para a concessão de uma tutela antecipada, prevista no art. 273 do CPC.

Essa técnica implica em dar às partes um equilíbrio no processo, pois, se o direito do autor mostra-se evidente, não há porque penalizá-lo com a demora para receber a tutela jurisdicional. A justificativa para o deferimento da tutela de evidência, sob a forma de uma liminar, é o tempo dilatado do processo e a busca pela efetividade da tutela jurisdicional ¹⁷⁰.

¹⁶⁷ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p.307 *et seq.*

¹⁶⁸ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

- I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
- II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
- III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
- IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente (BRASIL. **Novo Código de Processo civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 20 abr. 2015).

¹⁶⁹ SILVA, Bruno Freire e. Algumas considerações sobre a tutela de urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: SILVA, José Anchieta da (Org.). **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Lex Editora, 2012, p.131.

¹⁷⁰ MORAIS, Maria Lúcia Baptista. As tutelas de urgência e as de evidência – especificidades e efeitos. ROSSI, Fernando. RAMOS, Glauco Gumerato. GUEDES, Jefferson Carús. DELFINO, Lúcio. MOURÃO, Luiz Eduardo

Da mesma forma como o artigo 273 do código processual vigente exige a comprovação do grau de probabilidade do direito pleiteado, fazendo prova da verossimilhança das alegações, o artigo 311 do Novo CPC traz as mesmas exigências, devendo o requerente acostar ao pedido a maior quantidade de documentos que dispuser para que o juiz possa verificar a probabilidade daquele direito. Observa-se que a vasta prova documental é tão importante que o artigo prevê que quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante a concessão de tutela antecipada se dará liminarmente, ou seja, antes mesmo de manifestação do réu.

Observe-se que, em princípio, nessa hipótese de tutela antecipada do direito evidente, o juízo necessitará conhecer a defesa do réu para concluir pela inconsistência desta em frente ao direito do autor. Entretanto não se pode afastar a possibilidade do juiz verificar a ausência de oposição séria à luz de comunicações formais trocadas entre os contendores, como cartas, notificações etc., possibilitando a concessão da antecipação *initio litis*. [...] Assente-se, ainda, por oportuno, que não é preciso o juízo aguardar a defesa para considerá-la abusiva, haja vista que nos casos de evidência é lícito atender o requerimento de tutela antecipada, tal como se faz quando se analisa o pedido liminar de mandado de segurança, proteção possessória etc.¹⁷¹.

Assim, para que o direito em debate seja considerado evidente é necessário que o lastro probatório trazido seja amplo, de modo que quanto maior a quantidade de elementos de convicção melhor se visualizará a evidência do direito, consoante afirmado por Luiz Fux:

É o material probatório fornecido com a postulação de "tutela urgente" que vai indicar da "evidência do direito". [...] Verifica-se, pois, que a evidência toca os limites da prova e é tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção. Assim, é evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em "manifesta ilegalidade", o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutra processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição¹⁷².

Ribeiro (Org.). **O futuro do processo civil no Brasil – uma análise crítica ao projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.454.

¹⁷¹ FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**: Fundamentos da Tutela Antecipada. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p.347.

¹⁷² *Idem*. **A tutela dos direitos evidentes**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/894/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 abr. 2015.

Além de trazer previsão expressa acerca da tutela de evidência no artigo 311, o Novo Código de Processo civil admitiu a possibilidade de julgamento parcial e imediato do mérito, encerrando a divergência processual sobre se o provimento imediato de pedido incontroverso é ou não apto a fazer coisa julgada¹⁷³. Ou seja, a hipótese prevista no parágrafo 6º do artigo 273 do CPC, ora vigente, foi realocada configurando-se como hipótese que resolução parcial de mérito¹⁷⁴.

O Novo Código de Processo Civil trouxe modificações nos conceitos de sentença e decisão interlocutória existentes no sistema processual brasileiro, admitindo que decisões interlocutórias tratem de questões de mérito e não só questões incidentais, como previsto no texto de 1973, admitindo, dessa forma, a resolução parcial de mérito.

Pode-se considerar que requerimento do julgamento parcial de mérito fundado do pedido incontroverso deve ocorrer de maneira semelhante ao pedido de antecipação de tutela com base no direito evidente. Dessa forma, a parte deve instruir a inicial com prova suficiente a atestar a incontrovérsia do seu pedido ao requerer o julgamento parcial de mérito.

A impugnação da decisão se dará por agravo de instrumento porque, muito embora a decisão seja fundada em cognição exauriente e seja definitiva, o julgamento antecipado parcial de mérito não põe fim ao processo, uma vez que a demanda seguirá quanto aos pedidos que não se enquadrem nesta hipótese de solução judicial. Dessa forma, sabe-se que as decisões que não põem fim ao processo são interlocutórias, sendo, pois, impugnáveis por agravo na forma instrumental (e não retido), haja visto que tal decisão é definitiva, prescindindo de confirmação posterior¹⁷⁵.

4.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO DIVÓRCIO LIMINAR

¹⁷³ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.144.

¹⁷⁴ 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.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento. (BRASIL. Novo Código de Processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 20 abr. 2015).

¹⁷⁵ BRAGA, Pedro Henrique Silva Santos de. **Da previsão de julgamento antecipado parcial do mérito constante no novo CPC: uma correção necessária ao CPC de 1973**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/37957/da-previsao-de-julgamento-antecipado-parcial-do-merito-constante-do-novo-cpc-uma-correcao-necessaria-ao-cpc-de-1973>, acesso em: 28 abr. 2015.

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, o casamento é um instituto que esteve presente na sociedade brasileira desde os primórdios, considerado a forma básica de estruturação familiar. O divórcio, por outro lado, foi inserido na sociedade brasileira aos poucos, inicialmente sendo admitido apenas de maneira extraordinária e depois sendo institucionalizado com a lei do divórcio.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 promoveu mudanças consideráveis para o direito de família, trazendo a lume o princípio da facilitação do divórcio, reduzindo os prazos para o divórcio direto e indireto.

O referido princípio, que foi tratado no capítulo 3, tópico 3.3.1, serviu de fundamento para a edição da Emenda Constitucional 66 de 2010, que veio a suprimir os prazos exigidos para a dissolução do vínculo conjugal, restringindo o objeto cognitivo da ação de divórcio e há quem entenda até que suprimiu o próprio instituto da separação judicial¹⁷⁶. A partir desse marco legislativo o divórcio passou a ser considerado um direito potestativo, conforme afirmado por Cristiano Chaves de Farias:

Trilhando as pegadas do princípio da facilitação da obtenção do divórcio, abraçado pelo texto constitucional de 5 de outubro, a Emenda constitucional 66/2010 afastou a exigência de qualquer prazo para a sua obtenção, permitindo que o divórcio seja decretado a qualquer tempo, independentemente do lapso temporal de convivência do casal ou de cessação de convivência. Sem dúvida, a inovação constitucional é justificável e merece elogios. Embora seja certo e incontroverso que todo casamento tende à manutenção, não se pode olvidar a possibilidade de cessação do afeto, encerrando o projeto familiar. Frustrando o pacto de solidariedade afetiva, pela ausência de ideais de comunhão de vida, surge para cada consorte um direito potestativo extintivo de dissolver a união matrimonial que se imaginou eterna, sem qualquer justificativa ou cumprimento de lapso temporal. Isto é, quando o véu da paixão já não mais encobre os defeitos recíprocos, o final é inexorável e fracassada a cumplicidade almejada, resta reconhecer o direito de ambos os cônjuges – mesmo do eventual responsável (em todos os sentidos) pela ruptura – de promover a dissolução matrimonial¹⁷⁷.

Consoante esclarecido por Orlando Gomes a todo direito corresponde uma obrigação, havendo, no entanto, direitos nos quais a faculdade de agir do seu titular não está correlacionada a uma prestação do outro, sendo estes os chamados direitos potestativos¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Vide Regina Beatriz Tavares em: EC 66 não extinguiu separação judicial e extrajudicial Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-12/ec-662010-nao-extinguiu-separacao-judicial-extrajudicial>>. Acesso em: 02 mai. 2015. Ou, ainda, Alexandre Câmara em: Lições de direito processual civil. 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.519 *et seq.*, v.3.

¹⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. A nova ação de divórcio e a resolução parcial e imediata de mérito. In: LEITE, George Salomão. SCARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2012, p.74 *et seq.*

¹⁷⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.107.

Direito potestativo, dessa forma, é um poder jurídico conferido ao titular de um direito que engloba, além do aspecto fático, a incidência na norma jurídica. Sua produção de efeitos decorre da simples declaração unilateral de vontade, sendo inoficiosa a manifestação positiva ou negativa da contraparte. Assim, à parte contrária resta somente o dever correlato de não obstar a efetivação do direito potestativo de seu titular¹⁷⁹.

Após a nova redação do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal, trazida com a edição da emenda 66/2010, é permitido afirmar que o divórcio tornou-se um direito potestativo, que pode ser concedido a qualquer dos cônjuges em decorrência de declaração de vontade, independentemente do consentimento de seu consorte ou de fundamentação fática para tal pedido. Assim sendo, estando os cônjuges de acordo quanto ao desfazimento do casamento ou havendo divergência quanto ao rompimento do vínculo conjugal, haverá a decretação do divórcio sem maiores delongas¹⁸⁰.

Destarte, cumpre salientar que o divórcio poderá ser decretado independentemente das demais pendências decorrentes do rompimento da vida conjugal, não podendo este ser obstado por força de discussões acessórias, tendo em vista que na conjectura atual o divórcio independe da comunhão de vontades, bastando um dos cônjuges não desejar mais a continuidade do casamento para que possa ser divorciado o casal.

Esse é, inclusive, o atual entendimento da doutrina nacional e dos Tribunais nas ações de divórcio, conforme se pode extrair da ementa abaixo transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. DIREITO POTESTATIVO. DESNECESSIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE CULPA A UM DOS CÔNJUGES OU LAPSO TEMPORAL. EC Nº 66/2010. SENDO O DIVÓRCIO DIREITO POTESTATIVO, ESTÁ CONDICIONADO APENAS E TÃO-SOMENTE AO PEDIDO DE UMA DAS PARTES, NÃO HAVENDO FALAR-SE EM NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DE CULPA OU LAPSO TEMPORAL PARA SUA DECRETAÇÃO, APÓS A PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, A QUAL MODIFICOU A REDAÇÃO DO ART.226, § 6º DA CF/88¹⁸¹.

Por ser um direito potestativo e não admitir oposição da contraparte, não há porque diferir a decretação do divórcio somente para o fim do processo, em razão das discussões que resultam do próprio procedimento, como partilha de bens, alimentos, entre

¹⁷⁹ LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. **Direito Potestativo**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 09 *et seq.*

¹⁸⁰ GRECO FILHO, Vicente. O Divórcio tornou-se potestativo. *In*: LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. FERRAZ, Carolina Valença (Org.). **O Novo Divórcio no Brasil**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 136.

¹⁸¹ TJ/DF. APC 20110111726092 (DF 0043413-11.2011.8.07.0001), 2ª Câmara Cível, julgado em 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23597102/apelacao-civel-apc-20110111726092-df-0043413-1120118070001-tjdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

outras coisas. Sob essa premissa foi editada a súmula 197 do STJ, que passou a admitir a concessão do divórcio sem prévia partilha de bens¹⁸².

À luz desse mesmo raciocínio – é o divórcio direito potestativo e sua concessão não admite resistência da parte contrária – deve-se lembrar um questionamento anteriormente suscitado em decorrência da obra literária “Divórcio”: porque não decretar um divórcio por meio de liminar, tendo em vista que a simples ruptura do afeto já evidencia o direito incontroverso da parte de se divorciar?

Neste sentido, lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Havendo, portanto, algum outro pedido cumulado ao de divórcio, o magistrado deverá determinar a produção de provas em relação àquele(s) pedido(s) especificamente, proferindo, de imediato, uma decisão interlocutória de decretação de divórcio, com supedâneo no §6º do art. 273 do Código Instrumental. Assim, de logo, decreta o divórcio do casal e o procedimento terá regular continuidade para que as partes possam exercer o constitucional direito à produção de provas, no que tange às demais questões controvertidas.

Isto é possível porque, não mais havendo lapso temporal mínimo para o divórcio, não se pode cogitar da existência de alguma controvérsia em relação a ele. O divórcio se tornou direto potestativo da parte interessada, bastando que seja casada para sua obtenção.

Por isso, ao invés de determinar a produção de provas para, somente depois do término da instrução, dirimir todas as questões pendentes, inclusive o pedido de divórcio, o juiz tem que proferir decisão interlocutória de logo, julgando antecipadamente a parcela incontroversa do pedido, decretando o divórcio e determinando a sua execução definitiva – que se dará mediante a expedição de mandado ao cartório do registro civil de pessoas naturais para averbação do divórcio. O procedimento, logicamente, continuará, agora para tratar das demais questões cumuladas¹⁸³.

A validade do casamento é o objeto cognitivo da ação de divórcio, contudo, é certo que outras questões podem ser levantadas e deverão ser decididas na sentença do divórcio, desde que os autos revelem elementos suficientes para isso. Assim, não havendo prova bastante para dirimir o conflito por completo, cabe ao juiz resolver parcialmente o mérito por meio de decisão interlocutória na qual decreta o divórcio e prossegue com as demais questões, resolvendo, assim, a parte incontroversa do pedido¹⁸⁴.

Parafraseando Luiz Fux, é incontroverso o direito pautado em questões estritamente jurídicas¹⁸⁵. É permitido afirmar que o divórcio hoje é questão estritamente

¹⁸² STJ. SÚMULA 197 DO STJ. Disponível em: <<http://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stj&num=197>>, acesso em: 26 abr. 2015.

¹⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 4ª ed., Salvador: jusPODIVM, 2012, p.439, v.6.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p.439.

¹⁸⁵ FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/894/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf?sequence=1>. Acesso em 26 abr. 2015.

jurídica, tendo em vista que após a alteração constitucional promovida pela Emenda 66/2010 ficou impossibilitada a submissão do divórcio a discussões de fato. É dizer, o divórcio deve ser decretado independentemente de culpa e de outras discussões. Para que seja decretado o divórcio basta a simples vontade de uma das partes, por isso, o pedido de divórcio seria incontroverso, admitindo a antecipação de tutela (que se trataria, em verdade, de julgamento de mérito) com base no pedido incontroverso, estabelecido no artigo 273, §6º do CPC.

Essa compreensão tem levado diversos juízes atuantes na área de família a conceder a antecipação de tutela para a decretação do divórcio:

Decido. 3 – Com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, houve a supressão da exigência de se observar o decurso do lapso temporal da separação de fato, restando unicamente a aplicação do direito, sendo desnecessária instrução probatória em audiência. 4 – Por outro lado, os alimentos em favor da filha menor do casal serão objeto de discussão neste mesmo processo, sendo certo que o divórcio ou o novo casamento dos pais não modificará os direitos e deveres destes [pais] em relação aos filhos (art. 27 da Lei do Divórcio e art. 1.579 do CC). Ademais, conquanto não tenha o autor carreado aos autos prova da inexistência de bens suscetíveis de partilha, certo também é que a prévia partilha dos bens não constitui requisito para a decretação do divórcio, conforme art. 1.581 do Código Civil e súmula n. 197 do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual eventual discussão acerca da existência de bens a partilhar não tem o condão de impedir a decretação do divórcio. 5 – Nesse passo, vê-se que o objeto cognitivo do Divórcio Litigioso é extremamente restrito, estando vedada a discussão de culpa ou qualquer descumprimento de obrigação conjugal, não sendo admissível que controvérsias outras, como a partilha de bens e os alimentos, se interponham como óbice para o reconhecimento da dissolução do vínculo matrimonial. [...] Posto isso, DEFIRO o pedido de ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, formulado na inicial, a fim de DECRETAR O DIVÓRCIO DE R.B.D.S.J e A.R.F.D.S.B, extinguindo o vínculo matrimonial. Não havendo recursos interpostos contr a presente decisão, expeça-se mandado de averbação ao respectivo Cartório de Registro Civil (art. 32, da lei n. 6.515/77), consignando que a divorcianda voltará a usar o nome de solteira¹⁸⁶.

Posicionamento que também tem se confirmado nos tribunais superiores:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PEDIDO DE DIVÓRCIO ANTES DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. EC 66/2010. Possibilidade de ser concedida uma sentença parcial de mérito, em face da nova redação do parágrafo 1º do artigo 162 do CPC. AGRAVO PROVIDO¹⁸⁷.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE DIVÓRCIO ANTES DA

¹⁸⁶ TJ/BA. Vara Cível da Comarca de Alagoinhas, processo nº 0004428-81.2012.805.0004, Juíza Francisca Cristiane Simões Veras Cordeiro.

¹⁸⁷ TJ/RS. Agravo de Instrumento Nº 70059163402, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 07 abr. 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115921384/agravo-de-instrumento-ai-70059163402-rs>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

SENTENÇA. POSSIBILIDADE. Diante da supressão de qualquer prazo para decretação do divórcio desde a EC 66/2010, nada obsta a decretação do divórcio com o prosseguimento da demanda quanto aos demais pontos. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO¹⁸⁸.

Conforme observado em tópico anterior, a tutela antecipada com base na incontrovérsia do pedido (art. 273, §6º CPC) é uma modalidade diferenciada de antecipação de tutela, que não se fundamenta na urgência da medida, mas na incontrovérsia do pleito e, conforme lição de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, funda-se em cognição exauriente e juízo de certeza, não necessitando atender os requisitos gerais da tutela antecipada, mas, simplesmente ser incontroverso um dos pedidos formulados, ou parcela dele e não ser necessária a produção de prova em audiência para determinado pedido, ou sua parcela¹⁸⁹. Assim, para que seja concedido o divórcio liminar com base no pedido incontroverso é preciso que fique clara sua incontrovérsia no momento em que o magistrado analisa o pedido.

Destarte, quando a parte requer a concessão liminar do divórcio, deve instruir a inicial com prova documental suficiente a atestar a incontrovérsia do seu pedido. Ou seja, não basta ao sujeito simplesmente requerer a antecipação de tutela para a decretação do divórcio, é necessário demonstrar ao juízo o rompimento do afeto no ato do pedido, certificando que não há possibilidade de reconciliação, em razão de ser a hipótese do parágrafo 6º do artigo 273 do CPC fundada em juízo de certeza e cognição exauriente (apta a fazer coisa julgada).

Nesse sentido, assevera Cristiano Chaves de Farias:

Conquanto previsto, na sistemática da legislação processual, como uma espécie de tutela antecipatória, o instituto tem natureza diversa, cuidando de uma autorização legal para a prolação de uma decisão definitiva sobre parcela do mérito da causa (sobre um, ou alguns, dos pedidos contidos na petição inicial), quando o seu julgamento não exigir a produção de prova. Trata-se, pois, de decisão interlocutória – porque não é terminativa do processo – idônea à formação da coisa julgada material e que, bem por isso, permite a execução definitiva da parte incontroversa, julgando definitivamente. [...] No caso, há cognição exauriente e juízo de certeza, capaz de declarar a própria existência, ou não, do direito material pleiteado, razão pela qual será alcançada a coisa julgada material. [...] Trata-se, como se percebe, de uma resolução parcial e imediata do mérito (e não de tutela antecipatória, como incorretamente enquadrou o legislador), caracterizando uma nova modalidade de julgamento conforme o estado do processo¹⁹⁰.

¹⁸⁸ TJ/RN. Agravo de instrumento 70052792694, TJ/RN, Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 06 de junho de 2013, Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/78012882/djrn-judicial-09-10-2014-pg-580>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

¹⁸⁹ DIDIER JR. Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 8º ed., Salvador: jusPODIVM, 2013, p. 585 *et seq.*, v.2.

¹⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves. A nova ação de divórcio e a resolução parcial e imediata de mérito. *In*: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Salvador: jusPODIVM, 2012, p. 74 *et seq.*

Essa situação parece ficar ainda mais evidenciada com o Novo Código de Processo Civil, observado que ele pôs fim ao debate doutrinário acerca da natureza do parágrafo 6º do artigo 273 do CPC de 1973 admitindo a possibilidade de julgamento parcial de mérito.

O juiz da 6ª Vara de Família de Salvador, Alberto Raimundo dos Santos, admite a possibilidade de divórcio liminar, esclarecendo a necessidade de instruir a inicial com evidências dos fatos alegados, em decisão interlocutória em que considerou que a parte requerente comprovou a ruptura do afeto demonstrando que os cônjuges não mais conviviam como um casal e, por isso, não haveria possibilidade de reconciliação, consoante trecho abaixo reproduzido:

Observando que o casal concorda com a decretação do divórcio, devido a dissolução da sociedade conjugal, ocorrida há mais de 2 (dois) anos, sem possibilidade de reconciliação e, diante do entendimento firmado por esse Juízo, nos autos da Ação de Divórcio nº 0518107-66.2013.8.05.0001, a antecipação de tutela quanto à decretação do divórcio do casal, independentemente de já ter sido citada a parte contrária, não traz prejuízo aos litigantes, tendo em vista que, a manutenção do casamento é matéria apenas de direito e, quanto as demais questões, que *in casu* da Ré se opõe, permanecerão como objetos de debate, continuado nos próprios autos, porém, liberando as partes para a realização da felicidade afetiva. [...] Especificamente, no caso dos autos, a Emenda Constitucional 66/2010 extirpou do ordenamento jurídico o debate sobre a culpa no rompimento do relacionamento matrimonial como causa para decretação do divórcio, estabelecendo no entendimento da grande maioria dos doutrinadores nacionais como premissa a necessidade de reestruturação da sociedade conjugal, podendo, inclusive, ser decretado o divórcio, com a resolução da partilha de bens posteriormente, a exemplo da súmula nº 197, do Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento fora acolhido pela legislação infraconstitucional, no artigo 1.581 do Código Civil, que deve ser extensivamente interpretado, como necessária a instrução processual para a extinção do vínculo matrimonial, por ser direito potestativo das partes. Assim, diante dos fundamentos acima adotados e visando economizar a cominação das partes quanto à resolução da vida afetiva, visto que declarado o sucumbimento do amor, com o cumprimento estrito das normas processuais, CONCEDO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA para DECRETAR O DIVÓRCIO DO CASAL M.B.D.C e B.B.B.D.C, reservando qualquer discussão sobre a partilha de bens e demais pedidos para o seguimento do feito, devendo a ré permanecer com o nome de casada. [...] ¹⁹¹

Dessa forma, observando que o divórcio é um direito potestativo, visto que não se admite mais seu óbice por discussões fáticas, como sobre quem deve recair a culpa pelo fim do relacionamento e que não é mais necessária partilha prévia, não existe razão suficientemente forte que impeça a decretação liminar do divórcio, quando a parte requerente demonstra que o seu pedido é incontroverso, dado que o divórcio é questão apenas de direito,

¹⁹¹ TJ/BA. 6ª Vara de Família de Salvador, processo nº 0373390-92.2012.8.05.0001, Juiz Alberto Raimundo Gomes dos Santos.

não gerando, assim, prejuízo para a contraparte e, muitas vezes, tratando-se apenas de mera formalidade.

Neste ponto, deve-se destacar a importância da teoria da aparência do direito na seara familiarista, principalmente em relação a conformações familiares – casamento, união estável – porque, muitas vezes, a situação jurídica destoa da realidade fática e ela deve ser observada para que os direitos das pessoas envolvidas possam ser resguardados.

Compreende-se que aparência é o estado daquilo que parece exteriormente, que se manifesta por signos exteriores. Podemos assim dizer que, em geral, de uma qualidade, de um direito, que eles são aparentes quando parecem existir, quando se reencontram as características exteriores pelas quais se anuncia, de ordinário, a existência desse direito ou dessa qualidade¹⁹².

Duas pessoas podem não realizar matrimônio, satisfazendo-se apenas em conviver em conjunto, comungando uma vida familiar que não foi oficializada, mas o Estado deverá reconhecer aquela união se verificar a presença de elementos suficientes para comprovar o *intuitu familiae*, ou seja, o desejo de constituir família com aquela relação. Do mesmo modo, duas pessoas casadas podem não mais conviver como cônjuges, já havendo separação de fato, e terem constituído família à parte dessa relação. Haverá nos dois casos juízo de aparência que induzirá o magistrado a reconhecer essas relações.

A aparência de direito se configura num princípio ético-jurídico, ou seja, uma pauta orientadora da normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, pode justificar decisões jurídicas. [...] Assim, o princípio da aparência de direito possui todas as características que informam a ideia de um princípio ético-jurídico, apto a desenvolver um sentido superador da regra legal estrita: tem um conteúdo material de justiça, está de acordo com a consciência jurídica geral de nosso tempo [...]¹⁹³

Assim, ao instruir a inicial requerendo a concessão de divórcio liminar a parte pode se valer do princípio da aparência para demonstrar a ruptura do afeto, trazendo elementos que esclareçam que, muito embora os consortes estejam juridicamente casados, aquela relação não mais existe no mundo dos fatos.

Dessa forma, o magistrado deverá analisar o pedido e conceder a antecipação de tutela quando estiverem presentes nos autos prova do esfacelamento da afetividade e da quebra dos deveres conjugais, por meio de documentos que demonstrem a separação de fato

¹⁹² MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. A teoria da aparência. **Revista da faculdade de direito de Campos**, ano 1, n. 1, jan/jun de 2000. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/teoria_aparencia.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2015.

¹⁹³ *Ibidem*.

do casal, como: uma nova convivência, inclusive com filhos, residência diversa dos consortes, ajuizamento de ação cautelar de separação de corpos ou de alimentos, denúncia de violência doméstica em ação própria, entre outras coisas. Ou seja, elementos que possam induzir o juízo a crer na incontroversia do pedido da parte que autorize a concessão de liminar.

A antecipação de tutela será concedida por meio de decisão interlocutória, tendo em vista que não se trata de decisão terminativa, visto que o processo continuará para dirimir as demais questões, por isso, caberá recurso de agravo de instrumento dessa decisão¹⁹⁴.

Esse entendimento, inclusive, está pacificado no Novo Código de Processo Civil, que afirma que pode haver decisão antecipando parcialmente o mérito em razão de alguns pedidos ou parcela deles mostrarem-se incontroversos e dessa decisão caberá impugnação por meio de agravo de instrumento, de acordo com o artigo 356, § 5º do Novo Código de Processo Civil.

Contrário à concessão de divórcio por meio de medida liminar, posiciona-se o juízo da 14ª Vara da Comarca de Salvador, conforme decisão abaixo transcrita:

Ao pedido de antecipação de tutela, sem notificação prévia do réu, se opõem o disposto no inciso I, e parágrafo segundo, do artigo 273, do CPC, bem como os incisos LV, do artigo 5º da Constituição Federal e o princípio insculpido no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal.

Em que pese a supremacia da matéria constitucional em relação às ordinárias, iniciaremos do menos para o mais só para uma análise sistemática do nosso ordenamento jurídico, justificando assim, o nosso entendimento quanto ao não cabimento de antecipação em pedidos deste jaez, quando a parte adversa não tem conhecimento do pedido que pretende mudança no seu estado civil. 1 – O inciso primeiro do artigo 273, do CPC, impõe que além da prova inequívoca dos fatos e verossimilhança da alegação, para a obtenção da medida antecipatória, é necessário que seja demonstrado fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (...). O conectivo e não deixa outra opção em matéria interpretativa. 2 – Por sua vez, o parágrafo segundo do mesmo artigo adverte da impossibilidade de concessão da medida antecipatória se ela for irreversível, o que é bastante evidente na ação que se cuida. Com efeito, não se pode olvidar das inúmeras ações que tramitam nesta unidade e tem seu andamento obstado, ainda na fase pré-citatória, por desídia da parte autora, ensejando a extinção do feito sem conhecimento do mérito e, sobretudo, sem instalação do contraditório. Na hipótese que se apresenta, dada a irreversibilidade da medida, a desídia tornaria o processo perpétuo diante da inação da autora e da ausência de citação do réu. 3 – Não há urgência que se justifique, sem que seja ouvida a parte contrária, a decretação em comento. 4 – Não podemos esquecer, anda, que a medida não pode ser vista apenas do ponto de vista voluntarista, pois, a natureza contratual do casamento e sua bilateralidade obrigam a observação da ciência prévia do outro cônjuge. A retirada do status de casado, de forma abrupta e, sobretudo a devida notificação da parte contrária, infringe preceitos constitucionais do contraditório e, sobretudo a do respeito da dignidade da pessoa humana.

Não há dúvida de que o entendimento atual é que a desvinculação jurídica, através

¹⁹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves. A nova ação de divórcio e a resolução parcial e imediata de mérito. *In*: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Salvador: jusPODIVM, 2012, p. 74 *et seq.*

do divórcio, independe de causas par sua decretação, entretanto, a satisfação dos interesses individuais, a voluntariedade no caso, se traduz em desfazimento contratual, sendo necessária a ciência da parte contrária. Entendimento contrário afastaria o interesse processual já que a simples manifestação de vontade perante o Oficial de Notas seria o suficiente para a desvinculação pretendida.

Mas, dada a bilateralidade do contrato de casamento, apesar das cláusulas serem de ordem pública, é necessário que se estabeleça o contraditório se não por força dos princípios constitucionais invocados, que o seja pelo respeito que deve nortear todas as relações contratuais, mormente aqueles que derivam no primeiro momento das relações afetivas.

Ora, não se desfaz uma relação matrimonial como se desfaz de um objeto doméstico. A atuação judicial é justamente para que os interesses, direitos e respeito de ambas as partes sejam assegurados, através do devido processo legal, com respeito ao contraditório.

Assim, por este motivo, reservo-me para apreciar o pedido antecipatório após ciência da parte ré¹⁹⁵.

Houve a decisão por negar o pedido de divórcio liminar compreendendo que sua concessão violaria o disposto do inciso I e parágrafo segundo do artigo 273 do CPC, além dos incisos LV, do artigo 5º e o inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal. Aduziu a magistrada, que a concessão da tutela antecipada não seria possível em virtude de não existir urgência no pedido, bem como, que o divórcio seria uma relação bilateral, não podendo ser concedido à revelia da outra parte.

Inicialmente deve-se frisar que nem todas as hipóteses de antecipação de tutela são fundadas na urgência da medida. Como foi bem esclarecido em tópico anterior, existem pressupostos facultativos e pressupostos obrigatórios para a antecipação da tutela e a urgência não figura como pressuposto obrigatório, ou seja, haverá situações em que a antecipação de tutela não estará fundada na urgência da medida e sim em outros aspectos como o abuso de direito e, no caso do divórcio, terá fundamento na incontrovérsia do pedido. Destarte, parece desarrazoado fundamentar a não concessão do divórcio liminar pautando-se da inexistência de urgência no pleito, considerando que a tutela antecipada não se limita a tutela de urgência.

Além disso, o juízo utilizou-se do parágrafo 2º do artigo 273 para dizer que existe receio fundado de irreversibilidade do provimento antecipado, entretanto, conforme foi aqui verificado, como as hipóteses do artigo 273 do CPC tratam de antecipação do próprio provimento jurisdicional, ocorrerá de muitas vezes esse provimento ser irreversível e, ainda assim, ocorrer a antecipação de tutela. Ademais, considera-se que a situação prevista no parágrafo 6º do aventado artigo (que seria a hipótese do divórcio liminar) é uma modalidade especial de antecipação de tutela e, na realidade, possui natureza de resolução parcial de mérito, não necessitando atender os requisitos obrigatórios da tutela antecipada (prova

¹⁹⁵ TJ/BA. 14ª Vara de Família de Salvador, processo nº 0565318-64.2014.8.05.0001, Juíza Maria das Graças Guerra de Santana Hamilton.

inequívoca, verossimilhança das alegações e provisoriedade).

Nesse mesmo sentido, afirma Pablo Stolze:

Empregamos, conscientemente a expressão “divórcio liminar”, na medida em que se trata de providência que pode ser adotada no limiar do processo, ou seja, *in limine litis*.

E não olvidamos que, em essência, trata-se da antecipação dos efeitos definitivos incontrovertidos da sentença, porquanto, como dito acima, por se tratar, o divórcio, de um direito potestativo, não haveria razão ou justificativa de mérito hábil a impedir a sua decretação.

Nesse contexto, podemos concluir, então, ser juridicamente possível que o casal obtenha o divórcio mediante uma simples medida liminar, devidamente fundamentada, enquanto ainda tramita o procedimento para julgamento final dos demais pedidos cumulados¹⁹⁶.

Outrossim, não há o que se falar em violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que se trata o divórcio de matéria de direito que não admite que questões de fato obstem a sua consecução.

As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa são impostas pela carta constitucional a todo e qualquer processo, o que significa que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento, exercendo ele próprio o contraditório¹⁹⁷. Dessa forma, cabe ao magistrado avaliar o diálogo entre os princípios do sistema, de modo a sopesar a eficácia destes.

Além disso, considera-se que o exercício do princípio do contraditório e da ampla defesa estão relacionados ao “poder de influência”, ou seja, não basta a garantia de que a parte seja ouvida, mas que ela disponha de poder para influenciar o juízo em sua decisão¹⁹⁸.

No caso de uma ação de divórcio não há o que se falar em poder da parte em influenciar a decisão do magistrado no que concerne ao objeto cognitivo da ação – a decretação do divórcio – tendo em vista que se trata de um direito potestativo inadmitindo resistência da contraparte. Assim sendo, não haveria violação ao contraditório e a ampla defesa.

Além do mais, não haveria supressão dos mencionados princípios, mas apenas seu diferimento, em razão de a parte irressignada poder recorrer da decisão por meio de agravo de instrumento.

¹⁹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Divórcio liminar**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/divorcio-liminar/13956>>. Acesso em 29 abr. 2015.

¹⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p.322, v.1.

¹⁹⁸ DIDIER, Fredie. **Direito processual civil**. 10ª ed., Salvador: jusPODIVM, 2012, p. 45.

Por fim, não pode prosperar a tese de que o divórcio é uma relação contratual de bilateralidade, especialmente por se tratar de um direito potestativo. Pode-se afirmar que o casamento é bilateral, mas o divórcio, por outro lado, independe da vontade do outro, consoante estabelecido pela EC 66/2010. Assim, à contraparte resta o dever de não obstar o exercício daquele direito potestativo.

Parafraseando Pablo Stolze – e que sejam felizes!¹⁹⁹

¹⁹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Divórcio liminar**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/divorcio-liminar/13956>>. Acesso em 29 abr. 2015.

5 CONCLUSÃO

Esse trabalho monográfico buscou investigar a possibilidade de concessão de divórcio liminar, fazendo, inicialmente, um apanhado histórico do desenvolvimento do instituto ao longo dos anos, demonstrando que em primeiro momento o casamento era considerado indissolúvel e que, diante das modificações sociais, foi se remodelando até desembocar na facilitação da dissolução do casamento, expressada por meio da CF/88 e aprimorada com EC 66/2010 que passou a permitir o divórcio a qualquer tempo, suprimindo a exigência de separação prévia.

Verificou-se que a EC 66/2010 foi responsável por incitar um intenso debate no cenário jurídico brasileiro acerca da sobrevivência do instituto da separação judicial após a supressão realizada no texto constitucional. Embora alguns autores, como Regina Beatriz Tavares e alguns Tribunais, como a 7ª e a 8ª turma do TJ do Rio Grande do Sul tenham se posicionado de maneira favorável a perpetuação da separação judicial no direito brasileiro e, inclusive, o Novo Código de Processo Civil tenha trazido regulamentação sobre tal instituto, parece mais acertada a posição doutrinária Capitaneada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família e seguida pela maioria da doutrina nacional, que defende a extinção da separação judicial após a alteração constitucional. Isto porque, dentre outros aspectos que foram abordados neste trabalho, a separação judicial tem seus efeitos alcançados pela simples separação de fato, não havendo necessidade de movimentar a máquina do Estado para tal feito.

As mudanças constitucionais promovidas pela EC 66/2010 permitem afirmar que é possível decretar um divórcio mediante a antecipação da tutela. Mais ainda, que é possível conceder tal antecipação liminarmente.

Para isso, parte-se do entendimento que a referida emenda atribuiu ao divórcio caráter de direito potestativo. É dizer que para sua decretação é bastante a manifestação de vontade de uma das partes no sentido de dissolver o vínculo matrimonial, cabendo ao outro unicamente a obrigação de não obstar o exercício daquele direito, porquanto, o objeto cognitivo da ação de divórcio é, simplesmente, a validade do casamento. Não obstante, questões outras, naturalmente, podem ser suscitadas, como partilha de bens, guarda dos filhos, alimentos etc. e estas devem ser decididas ao fim do processo, o que, contudo, requer produção de provas que pode acabar tornando-o moroso.

Destarte, pode a parte proponente formular pedidos cumulados, requerendo a antecipação de tutela da parte incontroversa – o divórcio – com fundamento no parágrafo 6º do art. 273 do CPC e, em razão de não ser exigida produção de prova em audiência, pode o magistrado decretar o divórcio *in limine litis*, mediante decisão interlocutória fundamentada, desde que haja manifestação da parte nesse sentido e se verifique nos documentos acostados ao processo a ruína do afeto.

Entende-se que muito embora a hipótese de pedido incontroverso esteja previsto como uma espécie de tutela antecipatória, o instituto tem natureza diversa, tratando-se, em verdade, de uma autorização legal para a prolação de decisão definitiva sobre parcela do mérito da causa no caso do julgamento prescindir de produção de provas. Por essa razão, a decisão que concede o divórcio por liminar é fundada em cognição exauriente e juízo de certeza, sendo apta a fazer coisa julgada, estando o parágrafo 6º do art. 273 do CPC mal localizado. Essa situação ficou mais clara com o Novo Código de Processo Civil que alocou o parágrafo 6º do art. 273 do Código de 1973 para hipótese de julgamento antecipado parcial do mérito.

Em razão de se tratar de decisão definitiva, o magistrado deverá analisar de maneira criteriosa o pedido formulado pela parte, concedendo a tutela liminar quando estiverem presentes nos autos prova do esfacelamento da afetividade e da quebra dos deveres conjugais. Juízo que será feito por meio de documentos que demonstrem a separação de fato do casal, como: uma nova convivência, filhos advindos de outra relação, residência diversa dos consortes, ajuizamento de ação cautelar de separação de corpos ou de alimentos, denúncia de violência doméstica em ação própria, ou seja, elementos que possam induzir o julgador a crer na incontrovérsia do pedido da parte que autorize a concessão de liminar.

Dessa forma, havendo manifestação da parte requerente na petição inicial e sendo incontroverso o pedido de divórcio – em razão da ruptura do afeto demonstrada por prova documental – este poderá ser liminarmente decretado por meio de decisão interlocutória devidamente fundamentada, prosseguindo o debate judicial para dirimir as demais questões. Desta decisão caberá o recurso de agravo de instrumento, haja visto que não se trata de uma decisão terminativa de mérito.

REFERÊNCIAS

ASSIS JR., Luiz Carlos de. Análise histórica do novo divórcio no Brasil à luz da autonomia privada. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 11, vol. 44, Rio de Janeiro: Padma, outubro a dezembro de 2010.

AZEVEDO, Gleiciane Marques de. Aspectos Processuais do divórcio brasileiro no Estado Democrático de Direito. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (Org.). **Direito Processual**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. **Casamento**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Casamento: conceito e natureza jurídica no Novo Código Civil. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de. (Coord.). **Temas atuais de direito e processo de família**, primeira série. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

BRASIL. **Parecer 863/2009**. Brasília, DF: Senado. Rel. Senador Demóstenes Torres. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=60852&tp=1>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 26 fev. 2015.

_____. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

_____. **Código de Direito Canônico**. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/31867/codigo-de-direito-canonical#ancora-167>>. Acesso em 01 mar. 2015.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. **Decreto nº 1.144/1861**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. **Lei nº 11.441/07**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11441.htm>, acesso em: 15 mar. 2015.

_____. **Lei nº 6.515/77**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v.3.

CAMARGO, Lauane Andrekowisk Volpe. O projeto do Novo Código de Processo Civil e o instituto da separação judicial consensual. *In*: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno;

NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro. (Orgs.) **Novas tendências do Processo Civil**. Salvador: jusPODIVM, 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da família e das sucessões**. 17ª ed., Coimbra: Almedina, 2008.

CAVALCANTI, Lucas Maciel Anderson. **Tutela antecipada com base na evidência**.

Disponível em:

<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Lucas%20Cavalcanti%20versao%20final.pdf>>.

Acesso em 20 maio 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Alteração da Resolução 35: Adequação a**

Emenda 66 - Deferimento. Rel. Cons. Jefferson Kravchychyn. Disponível em:

<http://www.esmp.sp.gov.br/2010/RESOL_356_STJ_MODIFICA%C3%87AO.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2015.

CONSULADO DO BRASIL EM PARIS. **Casamento Consular**: Informações gerais.

Disponível em: <http://cgparis.itamaraty.gov.br/pt-br/casamento_consular.xml>. Acesso em: 23 mar. 2015.

COUTO JÚNIOR, Antônio Joaquim de Oliveira. **Tutela antecipada: conceito, requisitos e características**. Disponível em:

<<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/antoniojoaquimdeoliveiracoutojunior.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed., Salvador: jusPODIVM, 2011.

CRUZ, Gabriel Marques Dias da. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de. (Coord.)

Temas atuais de direito e processo de família. Primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. A estatização das relações afetivas e a imposição de direitos e deveres no casamento e na união estável. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**, anais do III Congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey.

_____. **Divórcio Já!** 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Manual de Direito das Famílias**, 8ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Iberê de Castro. **Processo civil**. 1ª ed., Campinas: Millennium, 2005, v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v.1.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v.2.

DIDIER JR., Fredie. **Direito processual civil**. 7ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, v.1.

_____, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 7ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, v.2.

DUARTE, Raissa Teles. Sem culpa de ser família constitucional. **Revista da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco**. Recife: ESMAPE, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil brasileiro**. 2º ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis**, anais do III Congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: IBDFAM/ Del Rey.

_____. A nova ação de divórcio e a resolução parcial e imediata de mérito (concessão imediata do divórcio e a continuidade do procedimento para os demais pedidos cumulados). *In*: LEITE, George Salomão. SCARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

_____. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 4ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2012, v.6.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 51ª ed., São Paulo: Global, 2010.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência: Fundamentos da Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. 1º ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Divórcio liminar**. Disponível em:

<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/divorcio-liminar/13956>>. Acesso em 29 abr. 2015.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 26 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro**. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, v.6.

GRECO FILHO, Vicente. O Divórcio tornou-se potestativo. *In*: LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. FERRAZ, Carolina Valença (Orgs.). **O Novo Divórcio no Brasil: de acordo com a EC nº 66/2010**. 1ª ed., Salvador: JusPodivm, 2011.

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

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

LÍSIAS, Ricardo. **Divórcio**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v.4.

_____. **Processo de conhecimento**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v.2.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 10ª ed., 2015.

MENDES, Débora Fernandes de Souza. **A tutela antecipada sancionatória**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12613>. Acesso em: 19 abr. 2015.

MP/BA. **Parecer nº 7540/2005**, processo nº 34739-8/2005. O Ministério Público da Bahia entendeu que a negação de efeitos civis a casamento realizado em centro espírita violaria os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade religiosa. Disponível em: <http://jus.com.br/pareceres/16666/ministerio-publico-entende-que-casamento-em-centro-espirita-pode-ter-efeitos-civis>, acesso em: 23 mar. 2015.. Disponível em: <http://jus.com.br/pareceres/16666/ministerio-publico-entende-que-casamento-em-centro-espirita-pode-ter-efeitos-civis>. Acesso em: 23 mar. 2015.

MORAIS, Maria Lúcia Baptista. As tutelas de urgência e as de evidência: especificidades e efeitos. *In*: ROSSI, Fernando. RAMOS, Glauco Gumerato. GUEDES, Jefferson Carús. DELFINO, Lúcio. MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Orgs.). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do Novo CPC**. 1ª ed., Belo Horizonte: fórum, 2011.

MONTEIRO NETO, Nelson. Se pode ser, o Cabimento da Antecipação da tutela, reexaminado pelos Tribunais Superiores. **Revista Dialética de Direito Processual**. Nº74, 05/2009, São Paulo: RDD.

PETRINI, João Carlos. Notas para uma antropologia da família. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**: primeira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RESTIFFE NETO, Paulo. ALONSO, Félix Ruiz. A recepção do casamento religioso e o Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, ano 92, vol. 817, novembro de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. O sistema dual facultativo de dissolução do casamento no projeto do Novo Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre. DANTAS, Bruno. NUNES, Dierle. DIDIER JR., Fredie. MEDINA, José. FUX, Luiz. VOLPE, Luiz. MIRANDA, Pedro. (Orgs.). **Novas tendências do Processo Civil**: estudos sobre o Novo CPC. Salvador: jusPODIVM, 2014.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHAFER, Gilberto. **A Emenda Constitucional n. 66 e o divórcio no Brasil**. Disponível em <<http://www.irib.org.br/html/noticias/noticia-detalle.php?not=23>>. Acesso em: 04 mai. 2015.

SILVA, Bruno Freire e. Algumas considerações sobre a tutela de urgência no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *In*: SILVA, José Anchieta da (Org.). **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Lex Editora, 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **EC 66 não extinguiu separação judicial e extrajudicial** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-12/ec-662010-nao-extinguiu-separacao-judicial-extrajudicial>>. Acesso em: 02 mai. 2015.

_____. **Culpa deve ser decretada na separação e divórcio**. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=263>>. Acesso em: 04 mai. 2015.

SOARES, Carlos Henrique. Ações de direito de família no Novo Código de Processo Civil brasileiro. São Paulo, **Revista síntese de direito de família**, ano XV, n. 85, ago-set 2014.

STJ. **Informativo do STJ nº 532** disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112036, acesso em: 20 abr. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, V.2.

TJ/BA. 14ª Vara de Família de Salvador, processo nº 0565318-64.2014.8.05.0001, Juíza Maria das Graças Guerra de Santana Hamilton.

_____. 6ª Vara de Família de Salvador, processo nº 0373390-92.2012.8.05.0001, Juiz Alberto Raimundo Gomes dos Santos.

_____. Vara Cível da Comarca de Alagoinhas, processo nº 0004428-81.2012.805.0004, Juíza Francisca Cristiane Simões Veras Cordeiro.

TJ/DF. APC 20110111726092 (DF 0043413-11.2011.8.07.0001), 2ª Câmara Cível, julgado em 26/06/2013. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23597102/apelacao-civel-apc-20110111726092-df-0043413-1120118070001-tjdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

_____. APL 935361820088070001 DF 0093536-18.2008.807.0001, Relator: Sérgio Rocha, julgamento 21/03/2012, 2ª turma cível. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21461614/apelacao-ci-vel-apl-935361820088070001-df-0093536-1820088070001-tjdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015

TJ/MG. Apelação Cível AC 10324110102740001, data da publicação: 07/02/2014, Relator: Washington Ferreira. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119394395/apelacao-civel-ac-10324110102740001-mg>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

TJ/RJ. REsp 1.234.887-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/9/2013. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBOQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stj.jus.br%2Fdocs_internet%2Finformativos%2FRTF%2FInf0532.rtf&ei=DBg1VaWEKdaSsQSq7YDoDg&usg=AFQjCNEUR0uNUTP2cibh9-fQt4Bm7gHBFg&sig2=ZW7-dVUiF9ZB-Sy-Bacfjw&bvm=bv.91071109,d.eXY&cad=rja, acesso em 20 abr. 2015.

TJ/RN. Agravo de instrumento 70052792694, TJ/RN, Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 06 de junho de 2013, Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/78012882/djrn-judicial-09-10-2014-pg-580>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

TJ/RS. Apelação Cível: AC 70039827159 RS, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22908975/apelacao-civel-ac-70039827159-rs-tjrs/inteiro-teor-111165172>, acesso em 02 mai. 2015.

_____. Agravo de Instrumento Nº 70059163402, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 07/04/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115921384/agravo-de-instrumento-ai-70059163402-rs>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

_____. **Súmula do TJRS afirma que separação judicial ainda existe.** Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/publicacao-27076-sumula-tjrs-afirma-que-separacao-judicial-ainda-existe>, acesso em 02 mai. 2015.

TOMAZETTE, Marlon. A efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento da tutela antecipada. **Revista brasileira de direito processual**, Ano 15, nº 59, jul/set de 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

WALD, Arnold. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Direito civil**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, v.5.

VELOSO, Zeno. Pequena história do divórcio no Brasil. In: LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. FERRAZ, Carolina Valença (Orgs.). **O novo divórcio no Brasil**. JusPODIVM, Salvador, 2011.

_____. **O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado.** Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20->

%20O%20Novo%20Div%C3%B3rcio%20e%20o%20Que%20Restou%20do%20Passado%20-%20Por%20Zeno%20Veloso.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela em face de pedido incontroverso.**

Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCAQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.abdpc.org.br%2Ftextos%2Fartigos%2Fartigo%2520site%2520original%2520-%2520Teori%2520Zavascki%2520-%2520antecipacao%2520da%2520tutela%2520em%2520face%2520de%2520pedido.doc&ei=XQ01VYUuUHMnYggT_84GAAg&usg=AFQjCNEAix2xR5xsZV_XDpepWQbt_SuEqQ&sig2=n3nyqwBdM6YExZiwLQ3TPg&bvm=bv.91071109,d.eXY&cad=rja>. Acesso em: 20 abr. 2015.