

DIVÓRCIO POTESTATIVO E JULGAMENTO FRACIONADO DO MÉRITO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Francis Vanine de Andrade Reis

THE NEW POTESTATIVE DIVORCE AND THE FRACTIONAL JUDGMENT
ON THE MERITS IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

RESUMO

O presente artigo, a partir de uma evolução histórica, analisa as repercussões da criação do divórcio potestativo nas discussões sobre a subsistência da separação (judicial, administrativa ou de fato) como requisito prévio para a extinção do casamento, bem como em temas correlatos tais como, nome de casado, guarda de filhos menores, alimentos e direitos sucessórios entre ex-cônjuges. Aborda as repercussões da Emenda na realocação da discussão da culpa pelo fim do casamento para ações indenizatórias e nas modificações nos procedimentos judiciais e cartorários para a separação e divórcio. Por fim, trata das repercussões da Emenda 66 nas ações judiciais de divórcio cumuladas com outras pretensões, abordando a antecipação de tutela no pedido incontroverso e a futura técnica do julgamento fracionado do mérito prevista no novo Código de Processo Civil. Tem como campo de estudo o Direito de Família e o Direito Processual Civil, utilizando o método indutivo, já que se parte da análise de diversos dispositivos legais para uma síntese geral e dedutiva, pela aplicação da teoria geral a diversos dispositivos legais, por meio de revisão bibliográfica. Como resultado da pesquisa, chegou-se às seguintes conclusões: o divórcio passou a ser um direito potestativo por exigir somente a vontade de um dos cônjuges para seu deferimento, e, na ação de divórcio com cumulação de pedidos, é possível a concessão de antecipação de tutela, mesmo que este seja incontroverso, pela aplicação do instituto do julgamento fracionado do mérito previsto no novo Código de Processo Civil.

» PALAVRAS-CHAVE: DIVÓRCIO. DECISÃO. ANTECIPAÇÃO. JULGAMENTO. CELERIDADE.

ABSTRACT

This study involves, from an analysis of the historical evolution, approaches the impact of the creation of potestative divorce in discussions concerning the remaining of the couple separation (judicial, administrative or de facto) as a prerequisite for marriage dissolution, as well as related topics, such as married name, child custody, alimony and inheritance rights between former spouses. Also, it examines the repercussions of Constitutional Amendment 66/2010 on the discussion of the blame for the end of the marriage in order to suit for damages and the changes in judicial and notarial proceedings for the separation and divorce. Finally, discusses the impact of Constitutional Amendment 66/2010 in the lawsuits of simultaneous divorce with other claims, addressing the preliminary injunction in uncontroversial request and the future technique of fractional judgment on the merits as prescribed in the New Code of Civil Procedure. Its field of study the Family Law and the Civil Procedure Law, using the inductive method, because it is part of the analysis of various legal provisions for a general overview and deductive, by applying the general theory to the various legal provisions through literature review. As a result of the research, came to the following conclusions: the divorce became a potestative right to require only the will of one spouse for your approval and divorce action with overlapping claims, the grant of preliminary injunction is possible, even if it is undisputed by application of fractional trial institute predicted merit in the New Code of Civil Procedure.

» KEYWORDS: DIVORCE. DECISION. ADVANCEMENT. TRIAL. CELERITY.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, a qual veio dar nova redação ao art. 226, § 6º, da CF/1988, foi completamente modificado o regime jurídico da extinção da sociedade e vínculo conjugais, com a criação do novo instituto do divórcio potestativo. Este, por sua vez, foi criado

com a finalidade de potencializar os princípios da afetividade e intervenção mínima (preservação da intimidade), numa perspectiva eudemonista da família (busca pela felicidade) e de desapego dos aspectos religiosos que cercavam o instituto.

Para tanto, justifica-se o presente estudo, com fincas à análise das consequências jurídicas trazidas pela referida Emenda Constitucional em diversos institutos jurídicos que se correlacionam com o divórcio: a separação; o nome de casado; alimentos; guarda de filhos menores; direitos sucessórios. Além do mais, necessário se faz analisar as consequências trazidas para a ação de divórcio consensual e litigioso, bem como na elaboração de escrituras públicas de divórcio administrativo. Por fim, necessária análise do instituto do julgamento parcial do mérito previsto no novo Código de Processo Civil e seus reflexos em face da temática do divórcio potestativo.

1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIVÓRCIO NO BRASIL: DA INDISSOLUBILIDADE DO VÍNCULO AO DIVÓRCIO POTESTATIVO

Pensando na evolução histórica da dissolução do casamento no Brasil, num primeiro momento o vínculo gerado pelo matrimônio era indissolúvel. Para se ter uma ideia, no Brasil Imperial o catolicismo era a religião oficial do País e sequer existia o casamento civil, o qual somente foi institucionalizado após a Proclamação da República, por meio do Decreto 180/1891, com texto reproduzido no art. 72, § 4º, da Constituição de 1891. Ao tema, portanto, à época, aplicavam-se preceitos bíblicos baseados no axioma: “o que Deus uniu o homem não separa”¹. .

Com a edição, porém, do Código Civil de 1916 e com a tendência de laicização do Estado brasileiro advinda das ideias positivas que permearam a Proclamação da República, em que pese se manter indissolúvel o vínculo do casamento, foi criado o instituto do desquite, o qual permitia a separação do casal, com extinção dos deveres de coabitação e fim do regime de bens, conforme expresso no texto do art. 315, III, do citado diploma legal.

O ano de 1977 trouxe, por sua vez, grande revolução sobre o tema, a permitir, pela primeira vez, o fim do vínculo conjugal pelo divórcio. Isso se deu por meio da edição da Emenda Constitucional 9/1977, a qual modificou o art. 175, § 1º, da CF/1967, além da posterior edição da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), regulamentadora do citado dispositivo constitucional.

Tal lei modificou integralmente a questão do fim do casamento, ao remodelar o desquite com sua substituição pela figura da separação judicial. Além do mais, inaugurando a possibilidade de extinção do casamento pelo divórcio, desenvolveu um sistema dual, composto pelo divórcio por conversão de prévia separação judicial cuja sentença já tivesse passado em julgado há três s, bem como permitiu o divórcio direto, precedido de separação de fato por, pelo menos, cinco anos².

O tema sofreu nova revolução com o advento da Constituição Federal de 1988, que, conforme texto de seu art. 226, § 6º, reduziu os prazos para o divórcio: o direto passou a exigir prazo de

dois anos de prévia separação de fato, e o indireto, um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial do casal. Tal dispositivo foi regulamentado pela Lei 7.841/1989, responsável por dar nova redação ao art. 40 da Lei 6.515/1977, além de permitir a realização de mais de um divórcio por pessoa pela revogação do art. 38 da Lei do Divórcio³.

Por fim, o estado legislativo atual foi definido pela Emenda Constitucional 66/2010, a qual modificou radicalmente o texto do art. 226, § 6º, da CF/1988, adotando a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

A proposta aprovada foi apresentada pelo Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, que justificou a defesa do fim da separação como requisito prévio ao divórcio, visando à desburocratização do instituto e economia processual. Assim, hoje, basta a vontade dos cônjuges para dar fim ao vínculo, eliminando do sistema jurídico as chamadas cláusulas de dureza, as quais tinham o escopo somente de permitir a decretação da separação ou divórcio por impossibilidade de vida em comum ou quebra dos deveres conjugais. Pode-se afirmar, portanto, que, na positividade hodierna, o divórcio passa a ser um direito potestativo do cônjuge, porque se trata de manifestação de vontade que gera, automaticamente, efeitos jurídicos: no caso, a resilição do contrato de casamento⁴.

Feito o levantamento histórico quanto à evolução do instituto do divórcio no direito brasileiro, passa-se, agora, ao tema central deste ensaio, analisando as repercussões práticas da criação de um direito potestativo ao divórcio em diversos outros institutos correlatos ao tema, bem como seus reflexos nas ações judiciais de separação ou divórcio e na dissolução administrativa do casamento.

2 REPERCUSSÕES DA EMENDA 66/2010 NO DIREITO MATERIAL

Neste item, serão analisadas as repercussões da Emenda Constitucional 66/2010 em face dos seguintes institutos do direito material: separação e culpa (e seus reflexos no nome de casado, alimentos e guarda de filhos menores ou incapazes, além de direitos sucessórios).

2.1 SUBSISTÊNCIA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO?

Uma primeira questão de relevo envolve a discussão quanto à permanência no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da separação. Sobre esta polêmica, três correntes se formaram, a saber: os que defendem a integral revogação do instituto; os que defendem sua manutenção como opção dos cônjuges; os que defendem que nada mudou.

Na literatura, a primeira corrente é majoritária e tem como fundamento a incompatibilidade do divórcio potestativo como instituto da separação, já que esta deixa de ter qualquer sentido lógico, por ser mera fase prévia ao divórcio (separação-meio)⁵. Assim, a Emenda Constitucional 66/2010 importou na revogação tácita do Código Civil, não havendo, sequer, mais a possibilidade de separação por escritura pública.

Em uma posição diametralmente oposta, há autores que entendem que a separação é fase prévia e obrigatória ao divórcio por conversão, ou seja, que a Emenda 66, além de não ter revogado a separação, não alterou o regime infraconstitucional sobre o tema⁶. Defendem que ela, tão somente, desconstitucionalizou os requisitos, abrindo caminho ao legislador para sua alteração, como, por exemplo, supressão ou redução dos prazos. Tal interpretação, porém, tem a falha de não levar em conta as justificativas do projeto de lei (método histórico)⁷.

Lado outro, há autores que defendem que a citada Emenda, tão somente, tornou a separação um instituto facultativo⁸. Esta corrente tem prevalecido na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual tem adotado a orientação do Enunciado 514 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal⁹. Os principais fundamentos de tal corrente são de que a separação pode ser utilizada por quem tem interesse em extinguir a sociedade conjugal, mas não o vínculo, como, por exemplo, quem tem motivações religiosas para mantê-lo. Anota-se que o próprio Conselho Nacional de Justiça parece ter adotado esta orientação, já que não alterou a Resolução 35/2007 neste aspecto.

Também neste sentido é o texto do Novo Código de Processo Civil, o qual, em alguns dispositivos, mantém a expressão “separação judicial”. Neste sentido, citam-se os artigos 53, I, 693 e 731 a 733¹⁰.

Essa é a melhor orientação, visto que, em que pese a separação judicial tender a cair em desuso, tal fundamento não basta para extinguir o direito a uma fase prévia de rompimento oficial do regime de bens e deveres conjugais para aqueles que não concordam, filosófica ou religiosamente, com o fim do casamento, ou mesmo que desejam prazo para reflexão como meio facilitado de retomada do estado civil de casados. Sobre o tema, cita-se posição de Dierle Nunes e Walsir Edson Rodrigues Júnior, os quais, inclusive, entendem que a manutenção do instituto fortalece a concepção de pluralismo jurídico, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 4º, V, da CF/1988), pela defesa do direito de minoria.¹¹

Quanto ao estado civil de separado, não há qualquer polêmica doutrinária ou jurisprudencial, continuando a existir em face das separações decretadas antes da entrada em vigor da Emenda 66 (bem como nas posteriores para os que defendem a subsistência do instituto). Tal tese se justifica pelo fato da irretroatividade do divórcio potestativo em face dos atos jurídicos perfeitos, praticados sob a égide do ordenamento anterior (revogado ou não). Logo, sem qualquer dificuldade a defesa da tese de que persiste em nosso ordenamento a cláusula de arrependimento na separação judicial (art. 1.577 do CCB).

2.2 A CULPA PASSA A SER UM IRRELEVANTE JURÍDICO DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL?

Outro aspecto relevante que sofreu alterações com o advento da Emenda 66 é o papel da culpa pelo fim do casamento como elemento influenciador na alteração ou manutenção do nome de casado, no valor dos alimentos, na guarda dos filhos e nos direitos sucessórios.

Se não mais se discute culpa como requisito nem para a separação, nem para o divórcio, já que não há mais previsão constitucional neste sentido, esse tema deixa de ser debatido em ações judiciais.

Isso não exclui, porém, a possibilidade de ser tema em ações autônomas (*e.g.*, indenizações por danos morais decorrentes de violação dos deveres do casamento) ou na cumulação de pedidos. Tal conclusão conduz à percepção da ocorrência de mutação constitucional em face do desenvolvimento dos princípios da intervenção mínima e do afeto, decorrentes, inclusive, do texto do art. 1.513 do CCB.

Se a culpa deixa de ser requisito para o divórcio, em face da mutação constitucional reconhecida, ficam revogadas as disposições referentes a esse tema como repercussão no nome de casado. O entendimento hodierno é no sentido de ser o nome um direito da personalidade, no aspecto identidade, como reflexo da dignidade da pessoa humana¹². Logo, por ser direito personalíssimo, não admite intervenção por vontade de outrem que não seja seu titular. Ademais, a retirada do nome de casado do cônjuge culpado, ao se visualizar esta como direito da personalidade, pode ser perfeitamente enquadrada no conceito de dano grave, previsto como exceção à referida alteração no art. 1.578, III, do CCB.

Em relação aos alimentos, deve-se destacar que, pelo texto do art. 1.694, § 2º, do CCB, deixaria o cônjuge culpado de perceber os da modalidade cônjugos (ou civis), ou seja, os voltados para manutenção do *status* social adquirido durante a união conjugal (art. 1.694, *caput*, do CCB). Para os autores que defendem a subsistência da separação no sistema, seria possível tal discussão na ação de divórcio litigioso ou em ação autônoma de alimentos¹³. A tendência atual, porém, é de pensionamento, tão somente, com alimentos necessários, voltados para a simples subsistência do credor e, mesmo assim, com duração temporal limitada para não incentivar o ócio injustificado do cônjuge que tem condições de entrar no mercado de trabalho, destacando o seu atual caráter assistencial e evitando enriquecimento sem causa¹⁴.

Por outro lado, em relação à guarda dos filhos menores, a discussão da culpa também já era considerada como superada em face do princípio do melhor interesse do menor, insculpido no atual art. 1.583, § 2º, do CCB. Logo, se a criança é sujeito de direito da guarda (não seu objeto), deixa de ter qualquer relevância a discussão da culpa dos pais pelo fim do casamento, desde que essa não envolva o interesse do menor.

Por fim, também deve ser modificado o entendimento insculpido no art. 1.830 do CCB, com o fim da influência da culpa na cessação dos direitos sucessórios. Assim, bastaria a separação de fato, por iniciativa até do falecido, para que o cônjuge supérstite passe a não mais ter direitos sobre a herança deixada¹⁵.

Essas são as principais alterações percebidas no direito material em face da Emenda 66.

3 REPERCUSSÕES DA EMENDA 66/2010 NAS AÇÕES DE DIVÓRCIO CONSENSUAL E LITIGIOSO

Antes mesmo de se adentrar no tema da ação de divórcio, adotando a tese de que subsiste a possibilidade de utilização da separação judicial como fase prévia facultativa, esta ação também passa por alterações. Em primeiro lugar, não há mais que se falar no prazo mínimo de um ano de convi-

vência para separação consensual (art. 1.574 do CCB). Também, não é mais requisito para a separação litigiosa a motivação fática de descumprimento de deveres do casamento (art. 1.572 do CCB), o que leva à conclusão de que também a separação pode ser considerada como direito potestativo da parte.

Afirma-se isso porque, se o divórcio hoje prescinde de requisitos temporais ou fáticos, bastando a vontade de um dos cônjuges para sua ultimação, também assim é a separação, até pelo princípio hermenêutico do “quem pode mais, pode menos.”

Quanto ao procedimento da separação e divórcio direto (ou por conversão) consensuais em si, a principal alteração pela dispensa dos referidos requisitos é também a desnecessidade da audiência de tentativa de reconciliação (art. 40, § 2º, da Lei 6.515/1977), em face do princípio da intervenção mínima. O que se pode cogitar, porém, é a utilização da audiência inaugural de mediação, prevista no art. 695 do CPC/2015, na qual o juiz pode-se valer do auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento para buscar uma solução consensual da lide, com, inclusive, suspensão do processo (art. 694 do CPC/2015) e desdobramento em tantas sessões quantas se fizerem necessárias (art. 696 do CPC/2015). Tal providência, marcada pelo princípio da confidencialidade (art. 166, § 1º, do CPC/2015), pode gerar, inclusive, a reconciliação do casal.

No mais, não há alterações, mantendo este sua natureza de procedimento especial de jurisdição voluntária, com as regras especiais de necessidade de assinatura das partes na petição inicial (art. 1.120 do CPC/1973 e art. 731, *caput*, do CPC/2015), além de possibilidade de acordo sobre questões acessórias como guarda, alimentos e partilha, com homologação judicial¹⁶. Mantém-se, inclusive, a regra de que o pedido de separação possa ser homologado sem solução da partilha (art. 1.121, § 1º, CPC/1973; art. 731, parágrafo único, do CPC/2015; art. 1.581 do CCB e Súmula 197 do STJ), a qual se dará em posterior ação autônoma de competência cível, com adoção do procedimento do inventário¹⁷.

Quanto ao divórcio direto, se consensual, aplica-se o procedimento da separação consensual, na forma do art. 40, § 2º, da Lei 6.515/1977, com as observações acima listadas. Relembre-se de que o CPC/2015 trata, de forma isonômica, o procedimento de ambos os pedidos, juntamente com a dissolução consensual de união estável, na forma de seus artigos 731 a 733.

Ao divórcio direto litigioso, na forma do art. 34, *caput*, da Lei 6.515/1977, aplica-se o procedimento ordinário. Assim, há possibilidade de pedido autônomo de divórcio ou cumulação com questões acessórias, tais como alimentos, guarda e visitas dos filhos menores e partilha de bens. Já o CPC/2015 trata do tema como procedimento especial, abordando-o em conjunto com o divórcio, a separação e a dissolução de união estável, nos artigos 693 a 699.

Em relação a esta ação, na sistemática atual, destacam-se três questões mais relevantes: o foro privilegiado da mulher, a competência material na cumulação de pedidos e a antecipação de tutela.

Quanto ao foro privilegiado da virago, previsto art. 100, I, do CPC, em que pese este não ser inconstitucional *a priori* pela posição de hipossuficiência feminina presumida, não se pode descartar

a possibilidade de prova em sentido contrário, em eventual exceção de incompetência, com aplicação do foro comum (domicílio do réu)¹⁸.

Já o novo CPC muda radicalmente o tratamento do tema, com a extinção do referido foro privilegiado da mulher. Este passa a ser, em ordem de preferência, o do guardião do filho incapaz; do último domicílio do casal ou do domicílio do réu, se ambas as partes mudaram-se do último domicílio do casal. Esta é a redação de seu art. 53, I.

Outro tema que avulta em importância é o da possibilidade de cumulação de pedidos na ação de divórcio. Questões acessórias, tais como indenização por danos morais decorrentes do descumprimento de deveres conjugais e partilha de bens, a princípio, também podem ser cumuladas na ação de divórcio, considerando que esta tramita pelo procedimento ordinário (art. 292, § 2º, do CPC/1973). A grande questão, porém, envolve a impossibilidade de cumulação de pedidos em comarcas com varas especializadas, visto que os referidos temas acessórios e laterais seriam de competência cível e não de varas de família, o que importaria na ausência do requisito do art. 292, § 1º, II, do CPC/1973 (ou art. 327, § 1º, II, do CPC/2015) para a formação do cúmulo.

Quanto à partilha litigiosa de bens, por outro lado, não se imagina sua possibilidade de cumulação. Justifica-se isso porque, na forma do art. 292, § 1º, III, do CPC/1973 (ou art. 327, § 1º, III, do CPC/2015), deve ser adequado o procedimento para a cumulação de pedidos e à partilha de bens aplica-se o especial procedimento do inventário (art. 1.121, § 1º, do CPC/1973 ou art. 731, parágrafo único, do CPC/2015), com técnica processual absolutamente diversa do procedimento ordinário. Assim, inadmissível a referida cumulação, devendo o pedido de partilha ser decotado da petição (decisão interlocutória de redução objetiva da lide), com indeferimento parcial da petição inicial (art. 295, V, do CPC/1973).

Assim, apresentada a necessidade de partilha litigiosa de bens, este tema deve ser delegado para ação autônoma, por impossibilidade técnica de sua cumulação na ação de divórcio, em face da especialização procedimental inadaptable às regras do procedimento ordinário.

A situação, porém, muda radicalmente no CPC/2015. Este, ao prever, em seu artigo 190, a possibilidade de as partes realizarem negócios jurídicos processuais, flexibilizando o procedimento, admite a possibilidade de, consensualmente, mesmo em divórcios cuja partilha seja litigiosa, que esta não seja postergada para ação futura, mas realizada no mesmo processo¹⁹. Veja-se que pode, inclusive, ser superada a crítica anterior, mantida, *a priori*, no texto do art. 327, § 1º, III, considerando o princípio da atipicidade dos negócios processuais. Logo, cabe acordo para adoção do procedimento do inventário litigioso para a partilha de bens na mesma relação processual, após decisão sobre divórcio, alimentos, guarda etc.²⁰

Feitas estas reflexões, surge a importância do estudo do divórcio extrajudicial, consensual (bilateral) ou unilateral, para, após, retornar ao tema central do presente ensaio: a antecipação de

tutela no pedido incontroverso e o julgamento fracionado do mérito na ação, este previsto no novo Código de Processo Civil, aplicáveis ao divórcio potestativo.

4 REPERCUSSÕES DA EMENDA 66/2010 NO DIVÓRCIO ADMINISTRATIVO

Um grande salto no tema do divórcio, no sentido de sua desburocratização, foi o advento da Lei 11.441/2007, a qual inseriu o art. 1.124-A no CPC/1973, criando o instituto do divórcio administrativo. Tal modalidade exige como requisitos: o consenso entre as partes; a ausência de filhos menores ou incapazes; a partilha de bens; a fixação de alimentos; a regulação do uso do nome de casado.

O divórcio administrativo fica condicionado, na forma do *caput* do citado art. 1.124-A do CPC/1973, aos prazos e requisitos legais. Assim, passa a ser um direito potestativo, bastando a vontade das partes para sua realização, como também não está mais condicionado a qualquer requisito temporal.

Anota-se que o tema, no CPC/2015, foi tratado no art. 733, o qual traz como novidades a possibilidade de utilização da escritura pública como documento suficiente para levantamento de importâncias depositadas em instituições financeiras (art. 733, § 1º), eliminando a necessidade de ação de alvará judicial. Também explicita a gratuidade da averbação do divórcio no registro civil, de imóveis ou para qualquer outro ato notarial, para os beneficiários da justiça gratuita, conforme texto do art. 98, § 1º, IX.

Quanto ao requisito de obrigatória regulamentação do uso do nome de casado, fixação de alimentos e partilha de bens, vale o registro do acerto da crítica de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 588) quanto ao referido dispositivo neste ponto, já que a resolução das referidas questões acessórias pode ser postergada, bastando que haja informação nesse sentido, na escritura pública. Veja-se que a intenção do legislador em incentivar as partes à resolução integral das questões que permeiam a dissolução do casamento é louvável, mas não faz sentido a ausência de facultatividade, principalmente num momento de valorização da autonomia da vontade dos cônjuges²¹. Assim, tal exigência chega a ser inconstitucional, por ofensa ao princípio da isonomia e proporcionalidade, já que não se encontra presente no divórcio judicial.

Outro tema delicado sobre o assunto é a obrigatoriedade da intervenção de advogados na elaboração da referida escritura pública, prevista no art. 1.124-A do CPC/1973, mantida no art. 733, § 2º, do CPC/2015. Em que pese a maioria dos autores sustentar que este seria um garantidor da legalidade na elaboração da escritura pública, adotando-se a tese da dispensa da obrigatoriedade da regulamentação dos temas laterais ao divórcio, fica sem sentido a obrigatoriedade da presença do advogado para tão singela manifestação de vontade: a simples dissolução do vínculo matrimonial²². Não se está defendendo a inutilidade da assistência do profissional do direito, que inclusive é aconselhável, mas esta deveria ser, simplesmente, facultativa, a exemplo de outros atos e negócios jurídicos (*e.g.*, constituição de renda; testamento; divisão de terras etc.).

Por fim, interessantíssima hipótese foi levantada por Maximiliano Führer (2010), merecendo aqui aplausos e encômios. O referido autor, partindo da premissa de ser o divórcio um direito potestativo de qualquer dos cônjuges, defende a possibilidade da rescisão unilateral do contrato de casamento, por escritura pública, com mera denúncia a ser notificada ao cônjuge renitente. Uma vez notificado, bastaria ao cônjuge interessado no divórcio averbar no Registro Civil a rescisão do contrato do casamento, com a apresentação da escritura pública e notificação (art. 29, § 1º, 'a', da Lei 6.015/1973).

Tal tese baseia-se no disposto no art. 473 do CCB e tem fundamento constitucional na autonomia concedida aos sujeitos no direito de família e, em muito, facilita e desburocratiza o fim do casamento.

Defende-se, inclusive, conforme já dito em linhas pretéritas, a desnecessidade, inclusive, de intervenção de advogado para realização do ato de rescisão.

Por fim, em conclusão interessante, Führer (2010) ainda defende a falta de interesse processual no ajuizamento da ação de divórcio litigioso, considerando a possibilidade de rescisão administrativa do contrato de casamento, deixando para o Judiciário apenas a resolução das questões acessórias (guarda, alimentos e partilha de bens). Imagina-se, por outro lado, a presença de interesse processual no ajuizamento da ação de divórcio litigioso para os casos de, por exemplo, incapacidade de um dos cônjuges, caso em que, necessariamente, haverá intervenção do Judiciário em feito com características de jurisdição voluntária.

5 A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NO PEDIDO INCONTROVERSO E O JULGAMENTO FRACIONADO DO MÉRITO NO NCPC APLICADOS AO DIVÓRCIO POTESTATIVO

O tema central do presente estudo envolve a possibilidade de antecipação de tutela na ação de divórcio na situação de cumulação com pretensões acessórias (tais como guarda, alimentos e partilha), analisando a positividade em vigor, bem como o regramento da matéria no novo Código de Processo Civil.

A literatura tradicional costuma defender o princípio da unicidade da sentença como axioma do processo civil brasileiro, a partir da premissa de que só cabe um provimento final no processo²³. Sentença, assim, em uma acepção tradicional, era a decisão que encerrava o procedimento com ou sem julgamento do mérito, diferenciando-se de decisão interlocutória, como pronunciamento judicial de resolução de questão incidente.

Porém, vive-se hoje fase de sincretismo processual, potencializado pela Lei 11.232/2005, responsável pela inserção da execução do título judicial no processo de conhecimento com a criação do cumprimento de sentença como fase deste, o que foi responsável por quebrar a autonomia técnica entre execução e cognição, tão cara à redação original do CPC/1973. Esta Lei, inclusive, foi responsável por redefinir o conceito de sentença (na nova redação do art. 162, § 1º, do CPC/1973),

não mais como ato de extinção do processo (tese finalística), mas como ato decisional cujo conteúdo de seu dispositivo encontra-se previsto nos artigos 267 ou 269 do CPC/1973.

Assim, sentença é ato decisional cuja definição depende do momento processual de sua realização (após a cognição exauriente) e por seu conteúdo (matérias previstas nos artigos 267 e 269 do CPC/1973, respectivamente correspondentes a sentença terminativa e sentença definitiva).

Em face da nova positividade, o que seria decisão interlocutória? O conceito anterior persistiria? Qual é o novo conceito de questão incidente?

Nesse quadro de novas reflexões, surge, ainda, o instituto da tutela antecipada no pedido incontroverso (art. 267, § 6º, do CPC/1973), a qual permite que o juiz antecipe a tutela se parcela do pedido for incontroversa, ou adquirir tal característica algum (ou alguns) dos pedidos cumulados. Tal decisão pode ser classificada como decisão interlocutória ou sentença?

Duas foram as possibilidades criadas pela literatura processual: a decisão tem natureza de sentença parcial de mérito ou de decisão interlocutória equiparada à sentença. É a segunda corrente mais lógica por razões práticas, como demonstra o fato de o sistema recursal atual prever a utilização de agravo de instrumento para revisão da referida decisão²⁴.

Ora, o que não se tem percebido é que a possibilidade de resolução parcial da lide (pensando sob o ponto de vista dos pontos controvertidos que envolvem o mérito da causa) não é novidade em nosso sistema processual. Desde a redação original do CPC/1973, há possibilidade de seccionamento do julgamento nos procedimentos especiais bifásicos (*e.g.* insolvência civil, prestação de contas e consignação em pagamento), bem como no procedimento ordinário. Neste, basta pensar na possibilidade de decretação de prescrição de parcela dos pedidos em pretensões continuativas ou na homologação parcial de acordo em casos de litisconsórcio.

Voltando, portanto, os olhos para a antecipação de tutela no pedido incontroverso, a grande questão é o conceito de incontroversia. A linha majoritária e mais tradicional defende que esta depende da postura do réu: ou reconhece expressamente a procedência de parcela do pedido autoral ou de algum dos pedidos cumulados ou queda-se revel em relação a algum destes, deixando de cumprir o ônus da impugnação especificada e o princípio da eventualidade (artigos 302, *caput*, e 300 do CPC/1973)²⁵.

Ocorre, porém, que há autores que defendem a possibilidade de ampliação do conceito. Teori Albino Zavascki (2005), por exemplo, entende que só há controvérsia no processo na presença de contestação séria²⁶. O referido autor abre espaço para novas reflexões, principalmente porque leva o tema para o campo do julgamento antecipado da lide, mesmo que de maneira parcial.

O referido instituto foi criado como técnica de sumarização do procedimento pela ampliação das hipóteses de dispensa da audiência de instrução e julgamento²⁷. Hoje, na forma do art. 330 do CPC/1973, se a causa não depender de dilação probatória (ou seja, da produção de prova em audiência ou perícia), o feito deve ser julgado logo após a apresentação da réplica (nos casos em que esta é

prevista) ou por ocasião da audiência preliminar (art. 331 do CPC/1973). Veja-se que, nestes casos, a dilação probatória é dispensada por sua inutilidade em face do tema objeto da decisão judicial. A cognição, portanto, é plenária nestas hipóteses, tanto que não há dificuldades na constatação da formação da coisa julgada.

O que se cogita é pensar na possibilidade de julgamento antecipado de parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados, mesmo que sejam controvertidos.

O fundamento para a antecipação de tutela prevista no art. 273, § 6º, do CPC/1973, mesmo para os autores que a defendem restrita às hipóteses de reconhecimento do pedido ou revelia parciais, é a presença de cognição exauriente sobre os temas a serem decididos. Isto porque ambas as hipóteses dispensam dilação probatória: a primeira por se tratar de autocomposição parcial (submissão), e a segunda por se tratar de efeito material da revelia (presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor como meio de prova).

Ora, se, por outro lado, o ponto controvertido envolve matéria que não dependa de dilação probatória, qual a dificuldade de ser julgado pelo magistrado antecipadamente? Assim, não se vê qualquer problema prático ou teórico, mesmo no sistema atual, de julgamento fracionado do mérito, mesmo na presença de controvérsia do tema a ser decidido, justamente pela presença de cognição exauriente. Veja-se que a decisão em questão, por questões topológicas no procedimento e práticas, tem natureza interlocutória com força de sentença e é marcada pela executividade e definitividade, justamente por se pautar em certeza jurídica adquirida pela cognição plena²⁸.

Veja-se que tal postura é completamente adequada à concretização do princípio da duração razoável do processo, insculpido do art. 5º, LXXVIII, da CF/1988, sendo técnica de sumarização do procedimento.

O novo Código de Processo Civil, conforme redação do art. 356, prevê de maneira expressa técnica processual de concretização da tese aqui esposada²⁹. Dentro da ideia de tutela de evidência trazida pelo novo texto legal, possibilita o julgamento fracionado e antecipado do mérito, o que, conforme dito, não é nenhuma novidade em nosso sistema. A grande vantagem do texto legal é explicitar e institucionalizar a regra, dando previsibilidade na atuação dos julgadores em face da técnica em questão, merecendo aplausos, portanto.

É claro que tal técnica tem limitações práticas, principalmente, se houver relação de prejudicialidade entre os temas a serem decididos. Nestes casos, em havendo necessidade de dilação probatória da questão prejudicial, não há possibilidade de julgamento antecipado da questão prejudicada.

Se não bastasse isso, vale ressaltar, ainda, que, assim como o autor, deve o réu, também, na forma do art. 3º do CPC/1973, demonstrar seu interesse em contestar³⁰. Logo, a defesa deve ser útil, ou seja, ser capaz de levar o réu a uma posição de vantagem juridicamente protegida, o que pode ser lido como seriedade de sua contestação, buscando desenvolvimento da ideia de Zavascki.

Quanto ao tema central da pesquisa, ou seja, o divórcio potestativo, as premissas fixadas acima nos levam à conclusão de que, sequer, o réu tem interesse em contestar a referida pretensão, justamente porque não pode atingir posição de vantagem juridicamente protegida com sua defesa. Em tendo a parte interesse processual no divórcio judicial (como, por exemplo, ser incapaz o cônjuge), este será um procedimento de jurisdição voluntária, similar ao da interpelação (art. 867 do CPC/1973), o qual surtirá efeitos logo após a juntada nos autos do mandado de intimação do interessado (no exemplo, via seu representante legal).

Em havendo, porém, cumulação de pedidos, com a adoção do procedimento ordinário, nenhuma dificuldade há na decretação do divórcio, via julgamento antecipado e fracionado do mérito, logo após a efetivação da citação. Nem há que se cogitar na espera pela defesa, considerando que esta, em face da pretensão de resilição do contrato de casamento, será juridicamente inócua para impedir o direito potestativo do autor. Logo, deve o magistrado decretar o divórcio de plano, mesmo sem requerimento específico da parte neste sentido, em face da evidência de seu direito (presença de cognição exauriente sobre o tema), prosseguindo-se o procedimento em face das demais questões acessórias.

A tese em questão só traz benefícios a todos os envolvidos, uma vez que, de imediato, permite marco temporal seguro para a cessação do regime de bens (sem discussão, por exemplo, da ocorrência de prévia separação de fato, o que poderá dar-se em via própria) e permissão de convolação de novas núpcias com rapidez, mesmo com a condição suspensiva decorrente da ausência da partilha de bens (adoção do regime de separação obrigatória – art. 1.523, III, do CCB), situação que pode ser corrigida, posteriormente, pelos novos cônjuges em posterior ação de alteração de regime (art. 1.639, § 2º, do CCB). Assim, concretizam-se os princípios da autonomia privada e intervenção mínima no Direito de Família, bem como de duração razoável do processo.

CONCLUSÃO

Nosso sistema jurídico evoluiu, em pouco mais de cem anos, da extrema intervenção do Estado nas relações familiares para a adoção da liberdade pela consagração da afetividade como postulado básico da família e das relações jurídicas criadas neste arranjo social.

Essa ideia trouxe verdadeira transformação em diversos institutos, como o fim da separação como obrigatória fase prévia à extinção do casamento, com o fim da discussão da culpa como elemento preponderante na questão do uso do nome de casado, alimentos entre ex-cônjuges, guarda de filhos menores e direitos sucessórios.

A Emenda 66/2010, numa interpretação histórica, é clara ao transformar o divórcio em direito potestativo do cônjuge que deseja o fim do casamento, eliminando a necessidade de explicitação de motivações vexatórias aos envolvidos. A eliminação, por sua vez, dos prazos prévios para o fim do vínculo conjugal importa em reconhecimento de autonomia privada e maturidade ao cidadão brasileiro.

A separação (judicial ou administrativa), assim, passa a ser facultativa, em que pese tender a cair em desuso, e o divórcio passa a ser extremamente desburocratizado, visto que pode ser realizado, inclusive, de maneira unilateral pelo cônjuge desejoso no fim do casamento (resilição unilateral). Não se vê, ainda, qualquer sentido na necessidade da cumulação da pretensão de divórcio com outros temas acessórios na via administrativa, por isonomização com a dispensa da regulação destes temas em via judicial, o que, também, importa na desnecessidade da intervenção de advogado, pela singeleza do ato.

Por fim, quanto à ação judicial de divórcio, mesmo o litigioso deve tramitar pelo procedimento de jurisdição voluntária similar ao da interpelação, considerando a impossibilidade de defesa do cônjuge que não tem interesse na dissolução do casamento. Em casos de cumulação de pedidos, por sua vez, é perfeitamente possível a antecipação de tutela deste pedido (na técnica atual) ou o julgamento fracionado do mérito (na técnica do novo CPC), em decisão definitiva que já permita a expedição imediata do mandado de averbação para o registro civil, considerando, justamente, a característica de direito potestativo do novo divórcio.

Aprovado: 26/10/2015. Recebido: 31/08/2015.

NOTAS

¹ A referência bíblica básica para o dogma da indissolubilidade do casamento religioso é Mateus, capítulo 19, versículos 3-6. Vale a pena citação literal do respectivo trecho: “Os fariseus vieram perguntar-lhe para pô-lo à prova: ‘É permitido a um homem rejeitar sua mulher por um motivo qualquer?. Respondeu-lhes Jesus: ‘Não lestes que o Criador, no começo, fez o homem e a mulher e disse: ‘Por isso, o homem deixará seu pai e sua mãe e se unirá à sua mulher, e os dois formarão uma só carne? [...]’ (2010, 1.307). Também o dogma encontra-se previsto em Marcos, capítulo 10, versículo 9: “Não separe, pois, o homem o que Deus uniu”. (2010, 1.334). Nesse sentido, o cânone 1.056 do Código Canônico: “As propriedades essenciais do matrimônio são a unidade e a indissolubilidade, as quais, em razão do sacramento, adquirem particular firmeza no matrimônio cristão.”

² “Após a introdução do divórcio no Brasil, o desquite ganha o nome de separação judicial e perde esta qualidade até então existente de ‘um fim em si’. Isso porque, após a introdução da possibilidade de divórcio no Brasil, a separação judicial passou a ser um meio, uma etapa, para o fim do casamento. Como se, em direito penal, estivessemos diante de verdadeiro ato preparatório para que, decorridos os prazos legais, pudessem os cônjuges se valer da conversão em divórcio.” (SIMÃO, 2010, p. 16).

³ Veja-se que a interpretação que prevalecia, no texto anterior, era no sentido de que, se um dos cônjuges já fosse divorciado, por mais que o outro não o fosse, não cabia o divórcio. (CHAVES, 2011, p. 8).

⁴ Interessante conceito de direito potestativo é fornecido por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: “Caracterizam-se os direitos potestativos por atribuir ao titular a possibilidade de produzir efeitos jurídicos em determinadas situações mediante um ato próprio de vontade, inclusive, atingindo a terceiros interessados nessa situação, que não poderão se opor.” (2009, p. 7-8). E continuam os autores: “Veja-se, pois, que o exercício de direito potestativo dispensa comportamento do sujeito passivo. O titular de tal direito o exerce sozinho ou através de medida judicial, se preciso, mas sem qualquer necessidade de atuação da parte contrária. É que os direitos potestativos são poderes do titular de formar situações jurídicas pela sua própria vontade, impondo a terceiros determinados comportamentos.” (2009, p. 8). E finalizam informando que o exercício válido de tais direitos pode, em situações excepcionais, ser condicionado à participação do Judiciário: “Frise-se que em determinadas situações, pode se exigir que o Poder Judiciário integre a vontade do titular. É o exemplo da dissolução do casamento através do divórcio ou da separação judicial. Cada um dos cônjuges pode exercer o direito de dissolver o matrimônio, através de ato de vontade, submetido ao crivo do juiz, ouvido o Promotor de Justiça, ou à chancela do tabelião, em cartório. É direito potestativo que reclama a intervenção judicial para sua efetivação.” (2009, p. 9).

⁵ Cita-se como exemplo de autores que adotam tal corrente: Pablo Stolze Gagliano; Rodrigo da Cunha Pereira; Maria Berenice Dias; Paulo Netto Lôbo; Mariana Chaves; José Fernando Simão; Paulo Abrão.

⁶ Alexandre Freitas Câmara e Luiz Felipe Brasil Santos.

⁷ Segue trecho das justificativas contidas no Projeto de Emenda Constitucional 413/2005, de autoria do Deputado Antônio Carlos Biscaia: “Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis”.

⁸ Waldyr Grisard Filho; Mário Luiz Delgado; Ronaldo Brêtas; Dierle Coelho Nunes; Maximiliano Führer.

⁹ “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. 1.571, 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 incompatível. (TJMG – Apelação Cível 1.0324.11.010274-0/001, Relator(a): Des.(a) Washington Ferreira, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/01/2014, publicação da súmula em 07/02/2014).”

¹⁰ Sobre o tema, vale a pena citação literal da posição de Nelson Nery Júnior (2015, p. 1565): “[...] A separação judicial como forma de extinção da sociedade conjugal, prevista na norma sob comentário, não é materialmente incompatível com a CF 226 § 6º. O texto constitucional regula a dissolução do casamento pelo divórcio; o CC 1571 III trata da dissolução da sociedade conjugal, que é coisa diversa. O sistema infraconstitucional da dissolução do casamento e da sociedade conjugal, previsto e regulado no CC, sobrevive em todos os seus termos justamente porque não é incompatível com o divórcio direto, estatuído na CF 226 § 6º, com a redação dada pela EC 66/10. [...] O texto constitucional não prevê e não regula todos os institutos do direito civil, como é curial. [...] Não cabe ao intérprete tirar conclusões precipitadas e desconformes com o direito civil, a partir do texto constitucional conciso e preciso que nada diz sobre a sociedade conjugal. [...]”. A separação judicial como forma de extinção da sociedade conjugal, prevista na norma sob comentário, não é materialmente incompatível com a CF, 226, § 6º. O texto constitucional regula a dissolução do casamento pelo divórcio; o CC 1.571, III, trata da dissolução da sociedade conjugal, que é coisa diversa. O sistema infraconstitucional da dissolução do casamento e da sociedade conjugal, previsto e regulado no CC, sobrevive em todos os seus termos justamente porque não é incompatível com o divórcio direto, estatuído na CF, 226, § 6º, com a redação dada pela EC 66/10. [...] O texto constitucional não prevê e não regula todos os institutos do direito civil, como é curial. [...] Não cabe ao intérprete tirar conclusões precipitadas e desconformes com o direito civil, a partir do texto constitucional conciso e preciso que nada diz sobre a sociedade conjugal. [...]”.

¹¹ “Contudo, tendo em vista a opção do constituinte pelo Estado Democrático de Direito e, portanto, pelo respeito ao pluralismo social e diferentes projetos de vida, torna-se temerário impedir que os cônjuges, caso queiram, adotem solução intermediária antes do fim do vínculo conjugal, ou seja, no lugar do divórcio, prefiram a separação judicial. A intervenção estatal e judicial não pode interferir na esfera decisória e privada do cidadão, nos limites que a própria normatividade garante.” (NUNES, RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 16).

¹² Por todos, veja-se o dito por Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias: “Surge, assim, a partir desta indubitosa necessidade de individualização da pessoa no seu grupo social respectivo, o nome civil, como verdadeiro atributo da personalidade, consistente no direito à identificação (espécie dos direitos da personalidade).” (2009, p. 215).

¹³ Por todos, vale a pena citação de José Fernando Simão: “Não se trata de permitir a irresponsabilidade do cônjuge. Só que a partir da emenda constitucional, a culpa será debatida no *locus* adequado em que surtirá efeitos: a ação autônoma de alimentos ou eventual ação de indenização promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais, materiais ou estéticos.” (2010, p. 22).

¹⁴ Dierle Nunes e Waldir Edson Rodrigues Júnior defendem que os alimentos, em face do princípio da solidariedade familiar e em seu caráter assistencial, só devem ser fixados com base na necessidade do cônjuge em face da manutenção de um mínimo existencial, sob pena de enriquecimento ilícito do alimentário (2010, p. 23). Inclusive, nesse sentido, defendem, com acerto, o caráter temporário e provisório da obrigação alimentar entre cônjuges: “Assim, é importante frisar que os alimentos devidos entre os cônjuges, na medida do possível, não podem ser transformados em fonte de renda vitalícia. Tais alimentos só serão devidos enquanto persistir a necessidade, sob pena de caracterização de enriquecimento sem causa, desvirtuando, na essência, o seu caráter assistencial. Por isso, é dever do cônjuge que recebe alimentos usar de todos os meios possíveis para fazer cessar sua necessidade.” (2010, p. 23).

¹⁵ Conforme preleciona José Fernando Simão: “Com a emenda constitucional, a culpa é abolida também no debate sucessório, pois é irrelevante o motivo que levou o casamento a acabar, e tal motivo sequer pode ser abordado para impedir o fim do vínculo, motivos não há para sua discussão após a morte de um dos cônjuges.” (2010 p. 25). E arremata: “A partir de agora, basta que tenha havido a separação de fato para que possa ocorrer o divórcio e, portanto, qualquer debate de prazos ou de culpa perdeu o objeto em matéria sucessória. [...]” (2010, p. 25).

¹⁶ Entende-se que, com o texto do art. 731, *caput*, do CPC/2015, nas ações de divórcio ou separação consensuais, a partir de sua vigência (16.03.2016), fica dispensado o requisito de reconhecimento de firma nas assinaturas ou sua aposição na presença do juiz.

¹⁷ Veja-se que a tese envolve o reconhecimento que a cessação do regime de bens pela separação de fato importa na constituição de situação jurídica nova para os cônjuges: a mancomunhão (espécie de condomínio). Assim, a ação de partilha posterior ao divórcio importa, na verdade, em verdadeira extinção de condomínio.

¹⁸ Nesse sentido, interessante posição de Daniel Amorim Assumpção Neves: “Após a exata definição no âmbito de aplicação da norma, cumpre enfrentar a questão a respeito de sua constitucionalidade à luz do art. 226, § 5.º, da CF, que prevê a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges. Já tive oportunidade de defender que a hipossuficiência da mulher é fruto de presunção relativa, de forma que será possível ao marido, ao excepcionar o juízo, demonstrar no caso concreto a inexistência de motivo de proteção à mulher, em razão da ausência de hipossuficiência. [...]” (2010, p. 130).

¹⁹ Sobre o tema, imprescindível citação de Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 169): “O Novo CPC, seguindo tendências do direito inglês (*case management*) e francês (*contrat de procédure*), cria uma cláusula geral de negociação processual, que pode ter como objetivo as situações processuais das partes, o procedimento e a fixação de um calendário procedimental.” No mesmo sentido, conferir, ainda, o excelente estudo de Freddie Didier Júnior (2015, p. 376-393).

²⁰ Sobre o tema, pode-se cogitar, inclusive, a possibilidade de constituição de legitimação extraordinária convencional (DIDIER JÚNIOR, p. 382), o que resolve o problema da ilegitimidade de esposa guardiã pleitear alimentos para seus filhos.

²¹ Nesse sentido, vale a pena citação da obra de Nelson Nery Júnior (2015, p. 1.568): “Nada obstante a imperatividade do núcleo do verbo do CPC, 731, *caput* (‘constarão’), as partes podem lavrar a escritura apenas com a manifestação da vontade da separação ou do divórcio consensual, deixando a partilha dos bens para ser realizada posteriormente [...] Todavia, devem mencionar na escritura de separação ou divórcio tudo o que é exigido pela norma sob comentário (descrição de bens, partilha, pensão e nome), explicitando que, para a partilha, será dada solução posterior. [...]”.

²² Por todos, conferir Jadir Silva Rocha (2013): “Cabe ressaltar os ensinamentos do Professor Sérgio Magalhães, segundo o qual, o papel do advogado neste procedimento alcança grande relevância, como elemento central de garantia da legalidade e de justiça na convenção estatuída entre as partes, ultrapassando a função de mera assistência técnica: ‘Dir-se-á mais que, aqui, o Legislador atribui ao advogado muito mais do que uma função assistencial indispensável. A ausência do Juiz e do representante do *Parquet*, na apreciação das Escrituras de Inventário e Partilha, como também nas de Separação e de Divórcio, acaba por engrandecer a sublime e nobilíssima função do Advogado, e tudo em abono do que preceitua, positiva e adequadamente, o artigo 133 da Carta Magna, no seu capítulo IV, que trata “Das Funções Essenciais à Justiça” (2007, p. 125)”.

²³ Tal princípio (também chamado na Itália de “concentração da sentença”) é pautado pela ideia de que o mérito deve ser julgado de maneira unificada, em um único ato decisório. A tese foi defendida por Chiovenda, para o qual a cindibilidade do julgamento não seria possível em um contexto de um processo marcado pela oralidade (como o italiano em sua época), em que se valorizava a identidade física do juiz e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias (BARBOSA, 2013, p. 69-73). Partindo da necessidade de contato direto do julgador com as partes (algo próximo com o *the day in court* do direito norte-americano), não haveria sentido em antecipação de julgamentos, o qual deveria se dar em um só momento, de preferência na presença das partes. Tal contexto não se mantém no direito brasileiro, considerando que, desde o advento do CPC de 1973, com a ampliação do despacho saneador abarcando novas hipóteses de julgamento antecipado da lide, a oralidade deixa de ser uma característica marcante para ser apenas mais um elemento do processo. Sobre tema conferir a dissertação de mestrado “Interesse Processual e Intersubjetividade Racional”, de Francis Reis (2009, p. 89-93 e p. 156-160).

²⁴ “[...] O juiz pode a qualquer tempo, antes da prolação da sentença final, julgar imediatamente a parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados em regime de cumulação simples. O juiz pode a qualquer tempo, antes da prolação da sentença final, julgar imediatamente parcela incontroversa da demanda. O julgamento se dá por decisão interlocutória de mérito definitiva e irrevogável. Há quem sustente que se trata de verdadeira sentença parcial de mérito. Seja como for, recurso cabível é o agravo de instrumento. Como, todavia, mérito da causa foi enfrentado de maneira definitiva, o que normalmente só ocorre na sentença do Código de Processo Civil, não há como negar às partes os mesmos direitos e garantias que lhes são atribuídos pelo regime da apelação, sob pena de se dar aos litigantes oportunidades diferentes em situações que merecem idêntico tratamento, o que evidentemente é contrário ao postulado da coerência do ordenamento jurídico. Assim, nesse agravo de instrumento as partes têm direito à sustentação, à interposição, se for o caso, de embargos infringentes, de recurso especial e/ou de recurso extraordinário não retidos, e, configurados os seus pressupostos, à propositura de ação rescisória do julgado (art. 485, CPC).” (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 279-280).

²⁵ Por todos, conferir Daniel Assumpção Amorim Neves, o qual, inclusive, entende que, por se tratar de tutela antecipada, cabe revogação ou modificação posterior do julgado, mesmo nesta hipótese (2010, p. 1.083-1.086).

²⁶ “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 impropriedades. Em outras palavras: quando não haja contestação séria.” (ZAVASCKI, 2005, p. 109).

²⁷ Sobre o tema, conferir o item 19 da Exposição de Motivos do CPC/1973: “Cumpridas as providências preliminares ou não havendo necessidade delas, o juiz profere julgamento conforme o estado do processo. [...] O que o processo ganha em condensação e celeridade, bem podem avaliar os que lidam no foro. Suprime-se a audiência, porque nela nada há de particular a discutir. Assim não se pratica ato inútil. De outra parte, não sofre o processo paralisação, dormindo meses nas estantes dos cartórios, enquanto aguarda uma audiência, cuja realização nenhum proveito trará ao esclarecimento da causa, porque esta já se acha amplamente discutida na inicial e na resposta do réu”.

²⁸ “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 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, julgada definitivamente” (CHAVES, 2012, p. 10).

²⁹ Sobre o tema: “Como é injusto – do ponto de vista da tempestividade da tutela jurisdicional – obrigar a parte a esperar pela resolução de determinada parcela do litígio que não depende de qualquer ato processual posterior para ser elucidada, o art. 356, CPC, permite o julgamento imediato da parcela do mérito que já se encontra madura. Vale dizer: que é incontroversa – e por isso independe de prova (art. 374, III, CPC) – ou que não depende de prova outra para sua elucidação do que aquelas já constantes dos autos. Com a previsão da possibilidade de julgamento imediato parcial do mérito, o legislador busca densificar o direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva (art. 5.º, LXXVIII, CF e art. 4.º, CPC). Trata-se de julgamento fundado em cognição exauriente e cuja ausência de recurso gera coisa julgada (art. 356, § 3.º, CPC). A decisão que julga imediatamente parcela do mérito é irrevogável pelo juiz (art. 494, CPC). Em sendo o caso, a decisão que julga parcialmente o mérito pode reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 379-380). E ainda: “Ao prever a possibilidade de julgamento imediato de parcela do mérito, o novo Código quebra com o dogma da unidade e da unicidade do julgamento da causa – que se encontrava à base de estruturação do procedimento comum do direito anterior. Com isso, viabiliza não só a tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda como efetivo julgamento da causa, mas também amplia a possibilidade de cisão do julgamento do mérito para todas as hipóteses em que não seja necessária prova diversa daquela já colhida para elucidação de parte do mérito” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 380).

³⁰ Sobre o tema: “Ademais, deverá demonstrar a necessidade de contestar trazendo à tona o prejuízo que o atendimento ao pedido do autor provocaria em sua esfera jurídica e a utilidade do indeferimento do pedido inicial para a manutenção das coisas no estado em que se encontravam antes do ajuizamento da ação. O interesse processual do demandado em contestar, portanto, é preventivo quanto aos efeitos que, na hipótese de um atendimento do pedido do autor, poderiam provocar na sua esfera jurídica” (REIS, 2009, p. 114). No CPC/2015, o tema é tratado no art. 17, o qual substitui, com felicidade, “propor e contestar” por postular, abrangendo outros atores processuais que não as partes (e.g. terceiros, *amicus curiae* e o Ministério Público).

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Bruno Valentim. *Julgamentos Parciais de Mérito no Processo Civil Individual Brasileiro*. 2013. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, São Paulo: 2013. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Francis/Meus%20documentos/Downloads/dissertacao_de_mestrado_bruno_valentim_barbosa%20(2).pdf>. Acesso em 08 fev.2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. 3. 40. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CHAVES, Mariana. O Divórcio e Separação no Brasil: algumas considerações após a aprovação da EC 66. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, ano XIII, v. 20, fev./mar. 2011, p. 5-18.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique. *Manual Elementar de Processo Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podvm, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Nova Ação de Divórcio e a Resolução Parcial e Imediata do Mérito (Concessão Imediata do Divórcio e Continuidade do Procedimento para os Demais Pedidos Cumulados)*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, ano XIV, v. 27, abr./mai. 2012, p. 5-16.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *O novo divórcio potestativo: leitura estritamente constitucional*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2590, 4 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17102>>. Acesso em: 8 dez. 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. V. VI. São Paulo, Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito Processual Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Constituição Federal Interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 3. ed. Barueri: Manole, 2012.
- MARCOS. Português. In: *Bíblia Sagrada*. Tradução de Monges Beneditinos de Maredsous. São Paulo: Ave Maria, 2010, p. 1.322-1.345. Edição Claretiana.
- MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MATEUS. Português. In: *Bíblia Sagrada*. Tradução de Monges Beneditinos de Maredsous. São Paulo: Ave Maria, 2010, p. 1.285-1.322. Edição Claretiana.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Emenda Constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio – o direito intertemporal*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, ano XII, v. 17, ago./set. 2010, p. 5-13.
- REIS, Francis Vanine de Andrade Reis. *Interesse Processual e Intersubjetividade Racional*. 2009. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ReisFV_1.pdf>. Acesso em 08 dez. 2014>.
- ROCHA, Jadir Silva. *Divórcio e inventário pela via extrajudicial*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3663, 12 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24911>>. Acesso em: 1º fev. 2015.
- RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson; NUNES, Dierle. *Emenda Constitucional nº 66 e a Possibilidade Jurídica do Pedido de Separação Judicial e Separação Extrajudicial*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, ano XI, v. 18, out./nov. 2010, p. 5-28.

SIMÃO, José Fernando. *A PEC do Divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família – a passagem de um sistema antidivorcista para o divorcista pleno*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister, ano XII, v. 17, ago/set. 2010, p. 14-26.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. V. 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Francis Vanine de Andrade Reis

Mestre em Direito Processual pela PUCMINAS.

Especialista em Direito Empresarial pela FADOM.

Bacharel em Direito pela FADOM (2004).

Professor na Graduação em Direito da Faculdade Pitágoras de Divinópolis/MG. Coordenador da Monitoria do Curso de Direito da Faculdade Pitágoras de Divinópolis/MG. Professor nos Cursos de Pós-Graduação da Faculdade Pitágoras de Divinópolis/MG e FAPAM (Pará de Minas).

Advogado.

Rua Espírito Santo, 1945, apto. 303
Bairro Parque Jardim Nova América
Divinópolis/MG
CEP 35500-030
francis52@bol.com.br