

SEM REVISÃO

O prazo para a conversão da separação judicial em divórcio

Inacio de Carvalho Neto^(*)

Promotor de Justiça – PR

SUMÁRIO: 1. Intróito. 2. Exigência de Sentença de Separação Judicial Transitada em Julgado. 3. Contagem Retroativa. 4. Espécie de Decisão. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Intróito

A Lei do Divórcio estabelece, atualmente, que devem os cônjuges estar separados judicialmente há mais de um ano para pedirem a conversão desta separação em divórcio.

O prazo original era de três anos, tendo sido alterado para um ano pela Lei nº 8.408/92, em obediência ao que dispusera a Constituição de 1988 (art. 226, § 6º).

Afirmando a lei que “a conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de um ano, contada (*sic*) da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença...”, deixa algumas dúvidas sobre a forma de contagem do prazo.

2. Exigência de Sentença de Separação Judicial Transitada em Julgado

De acordo com o que dispõe o art. 25 da Lei do Divórcio, fazendo expressa referência ao seu art. 8º, que trata da medida cautelar, pode o prazo de um ano ser contado da decisão que concedeu a medida cautelar de separação de corpos; ou, ainda, nos termos do art. 44, que é, como bem ponderou Áurea Pimentel Pereira, regra absurda,⁽¹⁾ da data em que, por decisão judicial proferida em qualquer processo, for determinada ou presumida a separação dos cônjuges.

(*) Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Unipar. Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá. Doutorando em Direito Civil pela USP. Professor de Direito de Família e das Sucessões da Unifoz, da Unipar, da Escola do Ministério Público e da Escola da Magistratura do Paraná. Autor dos livros *Separação e divórcio: teoria e prática*, Ed. Juruá, 3ª ed.; *Aplicação da pena*, ed. Forense (2ª edição no prelo); *Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes*, Ed. Atlas; *Ação declaratória de constitucionalidade*, Ed. Juruá; e *Abuso do Direito*, Ed. Juruá, e de diversos artigos publicados em diversas revistas jurídicas. E-mails do autor: inaciocarvalho@uol.com.br; inaciocarvalho@onda.com.br; prom@zipmail.com. Endereço: Rua Manoel Ribas, 1013, Campo Mourão-PR, 87.300-420. Telefones: (44) 525-1191/525-8399/9978-3018.

Obs.: Notas explicativas no final do artigo.

Em primeiro lugar, já se observa que pode perfeitamente decorrer o prazo de um ano da decisão cautelar sem que o processo principal (de separação judicial) tenha se encerrado. Chegaríamos ao absurdo de ver possível o pedido dos cônjuges de conversão da separação em divórcio, não tendo havido ainda a própria separação judicial, o que tem sido admitido por alguns Tribunais.⁽²⁾

Tal entendimento, obviamente, tem de ser rechaçado, até porque proíbe o art. 31 da Lei nº 6.515/77 a decretação do divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial.⁽³⁾ Neste sentido a precisa lição de Limongi França:

“A razão de ser deste preceito está no fato de se poder contar o prazo de separação, que deve anteceder o divórcio, a partir da decisão sobre a medida cautelar de separação de corpos, e mesmo do início da incidência da separação de fato.

Essas balizas servem para o cálculo do lapso, mas são insuficientes para caracterizar a titularidade em relação à propositura da ação de conversão da separação em divórcio.

Para tanto exige-se um outro requisito (ou ‘pré-requisito’, como dizem os processualistas), a saber, a efetiva separação judicial, mediante sentença definitiva, com a conseqüente dissolução *de jure* da sociedade conjugal”.⁽⁴⁾

Ademais, a própria Constituição Federal exige, para o divórcio indireto, a prévia separação judicial por mais de um ano (art. 226, § 6º); assim, qualquer dispositivo legal que fosse de encontro a esta exigência seria inconstitucional.⁽⁵⁾

Por esta razão, a doutrina e a jurisprudência, em regra, têm afirmado, com razão, que, ainda que decorrido o prazo de um ano da decisão cautelar, não pode ser pedida a conversão se não houver sentença de separação judicial.⁽⁶⁾

3. Contagem retroativa

Posto que alguns a defendam,⁽⁷⁾ a nosso ver, andou mal o legislador de 1977 quando permitiu a contagem do prazo da decisão cautelar.⁽⁸⁾ Isto praticamente equivale a permitir o divórcio após um ano de separação de fato. Basta que os cônjuges, ao se separarem, peçam uma cautelar de separação de corpos. A partir de tal decisão já estará correndo o prazo de um ano para a conversão em divórcio, independentemente da conclusão do processo de separação judicial. Quando este se encerrar, o prazo de um ano já terá certamente decorrido.⁽⁹⁾

Levando-se em conta que o constituinte entendeu necessários dois anos de separação para a concessão do divórcio direto, prazo este já bastante reduzido,⁽¹⁰⁾ o art. 25 da Lei do Divórcio não deixa de estar burlando esta vontade do legislador constitucional. Bem por isso o Projeto de Código Civil recente-

mente aprovado no Congresso pretendia acabar com a possibilidade de contagem retroativa do prazo, ao dispor:

“Art. 1.585. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio”.⁽¹¹⁾

Pode-se mesmo falar em inconstitucionalidade⁽¹²⁾ deste dispositivo da Lei do Divórcio, já que a Constituição Federal, como dissemos, exige para o divórcio indireto prévia separação judicial⁽¹³⁾ por mais de um ano (art. 226, § 6º), assim como já o fazia a Constituição anterior, com a redação da Emenda nº 9/77. Vê-se assim que o prazo deve ser contado da separação judicial, não da separação de corpos.⁽¹⁴⁾ A doutrina e a jurisprudência, no entanto, nunca ousaram declarar esta inconstitucionalidade. E Regina Papa dos Santos chega a entender injustificável a supressão da possibilidade de retroação pelo Projeto de Código Civil.⁽¹⁵⁾

4. Espécie de decisão

Discute-se também se a decisão que concedeu a medida cautelar, a que se referem os arts. 8º e 25, é a sentença cautelar ou se bastaria a simples decisão liminar que defere a separação de corpos, entendendo Semy Glanz que a contagem do prazo se faz do despacho que concedeu a liminar.⁽¹⁶⁾ Com Áurea Pimentel Pereira, no entanto, entendemos que só pode a lei estar se referindo à sentença proferida na medida cautelar, dada a provisoriedade de que se reveste a decisão liminar.⁽¹⁷⁾

Outra dúvida surge da redação do referido art. 25: ao se referir o dispositivo à contagem do prazo da decisão, não esclareceu se é ele contado da prolação da decisão ou do trânsito em julgado desta.

Pela interpretação literal do dispositivo, ter-se-ia que o prazo começa a correr da simples prolação da sentença de separação judicial, entendimento este a que chegaram R. Limongi França,⁽¹⁸⁾ Walter Ceneviva⁽¹⁹⁾ e Gilson Fonseca e José João Calanzani.⁽²⁰⁾ Há também algumas decisões neste sentido.⁽²¹⁾

Entretanto este entendimento levaria também àquele absurdo antes referido: seria possível o pedido dos cônjuges de conversão da separação em divórcio, não tendo havido ainda a própria separação judicial por sentença transitada em julgado, já que pode ocorrer que um recurso leve mais de um ano para ser julgado no tribunal.

Mas outro argumento é mais contundente: o citado art. 25 se refere ao art. 8º, que é claro ao dizer que “a sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado...”, deixando claro ser imprescindível o trânsito em julgado da decisão.

E, dizendo o art. 31 que a sentença deve ser definitiva, naturalmente terá que estar tal sentença transitada em julgado.

Neste aspecto, ademais, é expresso o Código Civil francês, fonte do nosso direito:

“Art. 260. A decisão que pronuncia o divórcio dissolve o casamento à data na qual ela recebe força de coisa julgada”.⁽²²⁾

Assim, entendemos, com a maioria da doutrina, que o prazo de um ano deve começar a correr do trânsito em julgado da sentença de separação judicial ou do trânsito em julgado – formal ou material, conforme o entendimento que se adotar a respeito⁽²³⁾ – da decisão cautelar.⁽²⁴⁾

Mas, ainda que assim não se entenda, não se pode chegar ao extremo de se contar o prazo da simples propositura de determinado processo, que não chegou ao seu termo, como pretendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.⁽²⁵⁾ Os arts. 25 e 44, já por demais liberais, exigem decisão judicial; só a propositura do processo não pressupõe separação de fato.

5. Conclusão

Em conclusão a todo o exposto, em que pesem ponderáveis entendimentos em contrário, podemos afirmar que o prazo para a conversão da separação judicial em divórcio deve ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença de separação judicial, sendo inconstitucional qualquer permissão legal de contagem retroativa.

6. BIBLIOGRAFIA

- Abreu**, José. “O divórcio no direito brasileiro”. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- Carvalho Neto**, Inacio de. “Separação e divórcio: teoria e prática”. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.
- Ceneviva**, Walter. “Anotações à legislação do divórcio”. São Paulo: Saraiva, 1978.
- Fachin**, Luiz Edson. “Coisa julgada no processo cautelar”. *In*: Revista de Processo. vol. 49.
- Fonseca**, Gilson; **Calanzani**, José João. “Lei do Divórcio anotada”. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- França**, R. Limongi. “A Lei do Divórcio comentada e documentada”. São Paulo: Saraiva, 1978, pág. 112.
- _____. “Comentário à Lei do Divórcio”. Belém: CEJUP, 1984.
- Lacerda**, Galeno. “Direito de família: conflitos conjugais”. Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. 2.
- Luz**, Aramy Dornelles da. “O divórcio no Brasil”. São Paulo: Saraiva, 1978.
- Monteiro**, Washington de Barros. “Curso de direito civil”. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 2. *Newsletter Síntese* (boletim veiculado por e-mail). n.ºs 90 e 104. Síntese, 11.12.2000 e 5.1.2001.
- Pereira**, Áurea Pimentel. Divórcio e separação judicial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.
- Ramos**, J. Saulo. Divórcio à brasileira. Rio de Janeiro: Rio, 1978.
- Rodrigues**, Sílvio. O divórcio e a lei que o regulamenta. São Paulo: Saraiva, 1978.
- Sampaio**, Pedro. Divórcio e separação judicial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- Santos**, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Reparação civil na separação e no divórcio. São Paulo: Saraiva, 1999.
- Theodoro Júnior**, Humberto. Processo cautelar. 16ª ed. São Paulo: Leud, 1995.

NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) “Se assim é, isto é, se o legislador erigiu em requisito para concessão do divórcio por conversão a existência de decisão, revestida da característica de definitividade, que haja decretado a separação, absurda, *data venia*, soa a regra do art. 44, quando permite que o termo *a quo* do prazo da separação, para os fins previstos no art. 25, possa ser fixado na data de decisão proferida em outro processo – que se admite possa ser até de jurisdição voluntária – onde a ocorrência de tal separação haja sido simplesmente presumida. ...Aliás, em se tratando de processo de jurisdição voluntária, nem se pode conceber como seria possível a prolação de uma decisão judicial em que – como preconiza o art. 44 – haja sido ‘determinada a separação dos cônjuges’, até porque a determinação de uma separação, melhor dizendo, a decretação de uma separação, evidentemente só pode ter lugar em processo próprio (medida cautelar de separação de corpos ou separação judicial), nunca, evidentemente, em um processo de jurisdição voluntária” (ÁUREA PIMENTEL PEREIRA. “Divórcio e separação judicial”. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, pág. 159).
- (2) “O tempo de quebra da união matrimonial anterior à separação judicial do casal comprovado por ação de alimentos anteriormente proposta e julgada procedente pode ser computado no triênio requisito da conversão em divórcio. O termo ‘judicial’, ligado a ‘separação’, no art. 175, § 1º, da CF expressa sentido de prova pré-constituída, séria e incontroversa, do ‘fato’ causa do divórcio, não se referindo à categoria jurídica ‘separação judicial’” (TJSP – 8ª Câm. Cív. – Ap. Cív. nº 93.491-1 – Rel. Des. Jorge Almeida. *Apud* JOSÉ ABREU. “O divórcio no direito brasileiro”. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, pág. 238).
“...Todavia, ante a modificação constitucional havida, após sua tramitação, nada obstava servisse a cautelar para a ação de divórcio. Nem se vislumbra fugir a aplicação dos textos da lei ordinária ao sentido da previsão constitucional, falando esta em separação judicial. A expressão constitucional pode e deve ser vista amplamente, até porque não consulta ao interesse social a subsistência de casamentos onde já não mais existe a vida em comum, e, bem ao invés, estão os cônjuges formalmente afastados, por decisão judicial, e reforçam isso vindo requerer juntos o divórcio” (TJSP – 5ª Câm. Cív. – Ap. Cív. nº 24.784-1 – Rel. Des. Marco César – IOB, 1990, v. 4942). Em voto vencido neste julgamento, o Des. Marcus Andrade expendeu argumentos semelhantes ao seu voto no julgamento da Ap. Cív. nº 124.114-1, transcrito na nota de rodapé nº 6, *infra*.
- (3) Sem razão, *data venia*, afirma SÍLVIO RODRIGUES (“O divórcio e a lei que o regulamenta”. São Paulo: Saraiva, 1978, pág. 157), em comentários ao art. 31, que “a primeira parte do dispositivo parece derivar de um equívoco, pois afirma que o divórcio não será decretado se não houver sentença definitiva de desquite, o que contradiz o art. 40, da mesma lei”. O art. 31, corretamente inserto no Capítulo II da lei (“Do divórcio”), nitidamente só se refere ao divórcio indireto (por conversão), ao passo que o art. 40, que se refere ao divórcio direto, está inserto (à época corretamente) no Capítulo IV (“Das disposições finais e transitórias”). Vide, a propósito, INACIO DE CARVALHO NETO. “Separação e divórcio: teoria e prática”. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, item 10.2, pág. 277, e item 11.1, págs. 309-310.
- (4) R. LIMONGI FRANÇA. “Comentário à Lei do Divórcio”. Belém: CEJUP, 1984, pág. 123.
- (5) “A ‘prévia separação judicial’ a que se refere o art. 226, § 6º, da CF, é técnica e não pode ser outra senão a própria dissolução da sociedade conjugal (art. 2º, III). Sem ela, impossível é a decretação da conversão da separação em divórcio, mesmo porque não se pode converter algo que não existe em outra coisa. Qualquer dispositivo que disponha em sentido contrário, ou seja, que estabeleça não ser necessária a separação judicial (antigo ‘desquite’), será inconstitucional” (GILSON FONSECA; JOSÉ JOÃO CALANZANI. “Lei do Divórcio anotada”. Rio de Janeiro: Aide, 1995, pág. 127).
- (6) “Esse prazo, porém, nenhum efeito produzirá enquanto não houver sentença definitiva na separação judicial, isto é, sentença não mais sujeita a recurso que a possa reformar. Mesmo, portanto, na pendência de recurso extraordinário, a separação judicial não pode ser convertida em divórcio” (J. SAULO RAMOS. “Divórcio à brasileira”. Rio de Janeiro: Rio, 1978, pág. 89).
“A medida cautelar de separação de corpos, não sendo seguida de ação de separação judicial, continua sendo mera separação de fato. Só na hipótese de ter sido decretada a separação judi-

cial, contar-se-ia o prazo, de três anos, para a conversão em divórcio a partir da medida cautelar” (TJRJ – 1ª Câm. Cív. – Ap. Cív. nº 17.766 – Rel. Des. Pedro Américo Rios Gonçalves. *Apud* JOSÉ ABREU. *Op. cit.*, pág. 232).

“Pretende, o recorrente, a reforma de sentença que indeferiu a inicial, julgando extinto o processo, em que pleiteia a conversão em divórcio de cautelar de separação de corpos. Prevalece o decisório impugnado. A expressão ‘separação judicial’, contida no parágrafo 6º do art. 226 da Constituição da República, é técnica e consoante se verifica pela Lei nº 6.515/77 (arts. 2º, III, e 3º), compreende a dissolução da sociedade conjugal. É idêntica ao antigo desquite, do qual tomou o lugar. Já a separação de corpos, embora decretada judicialmente, não desfaz a sociedade conjugal, que permanece íntegra. Revela-se simples ação acessória, de natureza preparatória” (TJSP – 5ª Câm. Cív. – Ap. Cív. nº 124.114-1 – Rel. Des. Marcus Andrade – IOB, 1990, v. 4808).

- (7) “Bem andou o legislador seguindo essa linha. Não é freqüente uma ação de desquite, nos pretórios brasileiros, alongar-se por dois, três e mesmo cinco anos, principalmente quando um dos litigantes tem interesse em procrastinar a decisão. Condicionar o divórcio ao trânsito em julgado da sentença final seria adiar a justa pretensão de um dos cônjuges, em obter a dissolução do casamento, por um longuíssimo período” (SÍLVIO RODRIGUES. *Op. cit.*, pág. 101). Parece-nos ter o autor cometido um equívoco ao dizer “não é freqüente...”, sendo sua intenção (segundo nos afigura) dizer “é freqüente...” ou “não é incomum...”.
- “O dispositivo ora em exame tem sido aplaudido pela doutrina. Também nós entendemos das mais louváveis a disposição ora examinada” (JOSÉ ABREU. *Op. cit.*, pág. 183).
- (8) Melhor dispôs, a nosso ver, o legislador português que, além de fixar prazo de dois anos, mandou que fosse ele contado do trânsito em julgado da sentença de separação, não da cautelar (art. 1795º-D, 1).
- (9) “Portanto, o *dies a quo* para a convalidação em divórcio poderá ser a data do trânsito em julgado da decisão que julgou a separação judicial, ou a data da decisão que deferiu a medida cautelar, que antecede geralmente – e por largo espaço de tempo – a primeira” (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. Curso de direito civil. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 2, pág. 214).
- (10) Antes da Constituição de 1988 o prazo era de cinco anos. No direito alienígena, o prazo é geralmente bem maior que o da nossa lei.
- (11) Por emenda do Relator Geral, o texto, constante agora do art. 1.580, retorna ao sistema da Lei do Divórcio, dispondo: “Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio”.
- (12) A rigor, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, não se fala em inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição em vigor, só se podendo falar em não recepção daquela por esta. Entretanto, entendemos que, neste caso, já havia inconstitucionalidade da Lei do Divórcio, neste aspecto, com relação à Constituição anterior, na redação da Emenda nº 9/77. Ou seja, havia na lei um vício congênito, que impede a recepção da lei pela nova Constituição. Ademais, seria inconstitucional a Lei nº 8.408/92, quando alterou o prazo do art. 25 da Lei do Divórcio sem dela expungir esse vício congênito.
- (13) A Proposta de Emenda Constitucional nº 22/99, de autoria do Deputado Ênio Bacci (PDT-RS), já aprovada na Comissão de Constituição e Justiça, pretende alterar o dispositivo constitucional para autorizar a conversão da separação de fato em divórcio após um ano (Cf. Newsletter Síntese (boletim veiculado por e-mail). Nºs 90 e 104. Síntese, 11.12.2000 e 5.1.2001).
- (14) “Em meu entender a Emenda Constitucional nº 9, ao referir-se à separação judicial, teve em vista o desquite, só não usando essa palavra por indesculpável imperfeição” (SÍLVIO RODRIGUES. *Op. cit.*, pág. 50).
- (15) REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA PAPA DOS SANTOS. “Reparação civil na separação e no divórcio”. São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 107.
- (16) Cf. ÁUREA PIMENTEL PEREIRA. *Op. cit.*, pág. 102.
- (17) “É que caberá sempre a discussão sobre se a medida cautelar de separação de corpos deve ser considerada como tendo sido concedida na data do despacho que a deferiu liminarmente ou na data da decisão final que a decretou em caráter definitivo. Entendemos que a conclusão correta

seria a última, pois se o legislador se preocupou em vincular os efeitos jurídicos da sentença decretatória da separação ao seu trânsito em julgado, parece mais consentâneo entender-se que, ao aludir no mesmo artigo à ‘decisão que tiver concedido separação cautelar’, o legislador teria na realidade desejado se referir à decisão final proferida na cautelar, sabido que a liminar concedida, em medida de tal natureza, se reveste sempre de evidente provisoriidade” (ÁUREA PIMENTEL PEREIRA. *Op. cit.*, pág. 57).

- (18) “Na verdade, enquanto o art. 8º fala em data do trânsito em julgado da sentença e data da decisão sobre a medida cautelar, o art. 25 se refere com clareza à data, não de qualquer trânsito em julgado ou preclusão, mas dos atos jurisdicionais decisórios, tanto da separação como da medida cautelar. É a partir daí, do dia destas decisões, que se contam, *de lege*, os três anos exigidos pela Constituição” (R. LIMONGI FRANÇA. “A Lei do Divórcio comentada e documentada”. São Paulo: Saraiva, 1978, pág. 112).
- (19) “A data é a da própria sentença, e não a de seu trânsito em julgado, mesmo antes da intimação às partes” (WALTER CENEVIVA. “Anotações à legislação do divórcio”. São Paulo: Saraiva, 1978, pág. 56).
- (20) “A conversão pode ser decretada mesmo que a sentença que homologou a separação consensual não tenha transitado em julgado” (GILSON FONSECA; JOSÉ JOÃO CALANZANI. *Op. cit.*, pág. 95).
- (21) “Desde que comprovado que os cônjuges estão separados em decorrência de separação consensual por mais de um ano, defere-se a conversão em divórcio por eles requerida, independentemente do trânsito em julgado da sentença que deferiu a referida separação” (TJMG – 3ª Câm. Cív. – Ap. Cív. nº 86.523/3 – Rel. Des. Ayrton Maia – RF 318/198).
- “Em resumo: É efeito da sentença que julga a separação judicial ou a medida cautelar também marcar o início do prazo para o ajuizamento do divórcio. Mas esse efeito, entretanto, se produz desde logo, independentemente do trânsito em julgado, porque assim quis a lei ao abrir a exceção no art. 25” (TJSP – 4ª Câm. Cív. – Ap. Cív. nº 51.761-1 – Rel. Des. Alves Braga – RJTJSP 92/80 – no corpo do acórdão).
- “Há três apensos. Do primeiro apenso consta a separação consensual. A sentença de homologação data de 27.12.1978. A meu ver não importa o trânsito em julgado” (TJRS – 3ª Câm. Cív. – Rel. Des. Galeno Lacerda – Voto do Relator. *Apud* GALENO LACERDA. “Direito de família: conflitos conjugais”. Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. 2, pág. 59).
- (22) No original: “Art. 260. *La décision qui prononce le divorce dissout le mariage à la date à laquelle elle prend force de chose jugée*”.
- (23) É amplamente discutida na doutrina a produção de coisa julgada na ação cautelar. Sem a intenção de aprofundarmos a discussão, que foge aos objetivos do presente trabalho, convém mencionar a doutrina majoritária, que afirma só se produzir, na ação cautelar, a coisa julgada formal:
- “No sistema do Código vigente a coisa julgada só se refere ao mérito da causa (art. 468), entendido este como sinônimo da lide, ou conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro. ...Como a ação cautelar é puramente instrumental e não cuida da lide (conflito de interesses, que é objeto da ação principal), a sentença nela proferida nunca é de mérito, e, conseqüentemente, não faz coisa julgada, no sentido técnico. Uma demonstração evidente de que a sentença cautelar não faz coisa julgada encontra-se no art. 810, onde se estatui que ‘o indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação (principal), nem influi no julgamento desta’. Isto se deve justamente ao fato de permanecer intacto o mérito da causa, ou seja, a lide” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. “Processo cautelar”. 16ª ed. São Paulo: Leud, 1995, pág. 156).
- Em sentido contrário se pronunciou LUIZ EDSON FACHIN (“Coisa julgada no processo cautelar”. *In*: Revista de Processo. Vol. 49, pág. 43):
- “Em que pese, de um lado, a controvérsia doutrinária, e de outro, a opinião ainda dominante sobre a inexistência de coisa julgada no processo cautelar, há produção de coisa julgada nas efetivas ações cautelares”.
- (24) “Tanto na separação judicial como na separação de corpos, a data-início será a em que a sentença de mérito, ou a sentença cautelar, obtiver trânsito em julgado” (PEDRO SAMPAIO. “Divórcio e separação judicial”. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pág. 168).

“Mas o que o legislador quis dizer, certamente, é que sem sentença trântita em julgado ...o divórcio não pode ser concedido. Nem mesmo é possível entendimento diverso. Seria absurdo que sem coisa julgada quanto à separação judicial fosse o divórcio decretado, enfrentando o risco de uma situação paradoxal, se reformada a decisão terminativa do pleito anterior” (ARAMY DORNELLES DA LUZ. “O divórcio no Brasil”. São Paulo: Saraiva, 1978, pág. 111).

“...a despeito de tal desencontro, ele é aparente, uma vez que, falando o legislador em ‘data da decisão’, refere-se ao dia em que esta passa a ter exequibilidade, o que somente ocorre quando o *decisum* não é mais passível de recurso de qualquer espécie, ou seja, quando logra transitar em julgado. Como poderia deixar de ser outro o raciocínio, *data venia*, sem que este marco inicial fosse fixo e imutável? Não teria ele tais características enquanto a decisão não se sedimentasse, passível que fosse de qualquer recurso” (JOSÉ ABREU. *Op. cit.*, pág. 117).

- (25) “No segundo apenso se encontra petição de desquite amigável. É de 19.4.1975. Houve termo de ratificação, mas depois a mulher desistiu. Extinguiu-se o processo. Mas a esta altura já se presupunha existente a separação” (TJRS – 3ª Câm. Cív. – Rel. Des. Galeno Lacerda – Voto do Relator. *Apud* GALENO LACERDA. *Op. cit.*, pág. 59).