

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – *CAMPUS AVANÇADO DE*
GOVERNADOR VALADARES
INSTITUTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Ana Cecília Machado Felipe

Concessão liminar do divórcio em sede de tutela de evidência

**GOVERNADOR VALADARES
2022**

Ana Cecília Machado Felipe

Concessão liminar do divórcio em sede de tutela de evidência

Trabalho de conclusão de curso apresentado a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora *Campus* Governador Valadares, como requisito parcial para a obtenção do bacharelado em Direito.

Orientadora: Prof^a. Jéssica Galvão Chaves

GOVERNADOR VALADARES

2022

Concessão liminar do divórcio em sede de tutela de evidência

Trabalho de conclusão de curso apresentado a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora *Campus* Governador Valadares, como requisito parcial para a obtenção do bacharelado em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Mestre Jéssica Galvão Chaves – Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Doutor Alisson Silva Martins
Universidade Federal de Juiz de Fora

Bacharel Francisco Leal Cordeiro
Advogado – OAB/MG 143.600

RESUMO

Este trabalho tem a finalidade de analisar a possibilidade da concessão do divórcio em sede de tutela de evidência, através de pesquisa qualitativa e análise bibliográfica. Ele trata, portanto, da Emenda Constitucional nº 66 de 2010 que tornou o divórcio um direito potestativo, sendo que para sua decretação é necessário apenas a comprovação da existência do vínculo matrimonial. Além disso, aborda a tutela de evidência, instrumento processual baseado no juízo de probabilidade, bem como na defesa frágil. Este é um meio para se evitar a demora em satisfazer o direito material demonstrado de plano. Conclui-se assim que, a fim de assegurar os princípios constitucionais e processuais civis, o divórcio deve ser concedido liminarmente com base na tutela de evidência.

Palavras-chave: Divórcio. Direito Potestativo. Tutela de evidência. Probabilidade do direito. Ausência de prova fundamentada.

ABSTRACT

This work aims to analyze the possibility of granting divorce in the context of guardianship of evidence, through qualitative research and bibliographic analysis. It deals, therefore, with Constitutional Amendment No. 66 of 2010, which made divorce a mandatory right, and for its enactment it is only necessary to prove the existence of the marriage bond. In addition, it addresses the guardianship of evidence, a procedural instrument based on the judgment of probability, as well as on the fragile defense. This is a means to avoid delay in satisfying the material right demonstrated in the plan. It is thus concluded that, in order to ensure the constitutional and civil procedural principles, the divorce must be granted on the basis of the guardianship of evidence.

Keywords: Divorce. Potestative Right. Evidence protection. Probability of right. Absence of substantiated evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	4
2 A COMPREENSÃO DO DIVÓRCIO COMO DIREITO POTESTATIVO	5
3 TUTELA DE EVIDÊNCIA E O DEVER DE ANTECIPAR O TEMPO.....	9
4 A POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO LIMINAR DO DIVÓRCIO EM SEDE DE TUTELA DE EVIDÊNCIA	14
5 CONCLUSÃO.....	18
REFERÊNCIAS	19

1. INTRODUÇÃO

O casamento é constituído pela sociedade conjugal e pelo vínculo conjugal. Com a separação judicial, ocorre o fim da sociedade conjugal, cessando os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e o regime de bens. Contudo, a separação não acarreta o fim do vínculo matrimonial.

Por sua vez, o divórcio é algo mais radical, pois significa a dissolução não só com a sociedade conjugal, como também com o vínculo matrimonial. Assim, pessoas divorciadas podem se casar novamente.

A Emenda Constitucional nº 66 deu nova redação ao parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Disposição esta que trata sobre a dissolução do casamento civil. Com o novo texto, foi suprimido o requisito de separação judicial por mais de um ano, ou de separação de fato por mais de dois anos.

Com isso, o divórcio passou a ser um direito potestativo do cônjuge que não deseja manter-se casado. Assim, não é necessário produzir provas em relação ao que motivou o pedido de dissolução vínculo matrimonial. Para a decretação do divórcio é preciso apenas demonstrar a existência do vínculo por meio da certidão de casamento.

Dessa maneira, o que norteou o presente trabalho é o debate da decretação do divórcio liminar em sede de tutela de evidência fundamentada no artigo 311, IV do Código de Processo Civil de 2015. Tendo em vista que esse instrumento processual é admitido em situações em que ficar demonstrado o abuso do direito de defesa ou o propósito protelatório da parte requerida.

Em linhas gerais, o primeiro capítulo do artigo se propõe a analisar criticamente o divórcio como um direito potestativo, assim como as correntes doutrinárias que surgiram após a Emenda Constitucional nº 66. Já o segundo capítulo examina os requisitos da tutela de evidência, bem como os benefícios de sua concessão aos processos que possuem, cumulativamente, prova documental e defesa frágil e inconsistente. Por fim, o terceiro e último capítulo aborda a possibilidade e as vantagens da decretação liminar do divórcio em sede de cognição sumária, considerando a autonomia do cônjuge que não deseja manter-se casado.

Por fim, trata-se de pesquisa qualitativa, de viés analítico e crítico, pautada na análise de material bibliográfico já produzido sobre o tema. Dessarte, o artigo focou o disposto em artigos científicos e legislação sobre o assunto.

2. A COMPREENSÃO DO DIVÓRCIO COMO DIREITO POTESTATIVO

O divórcio foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. A partir da Lei do Divórcio o casamento passou a poder ser dissolvido, contudo, sob requisitos rigorosos e longos prazos, visto que a separação judicial se tornou caminho necessário para o divórcio. Assim, somente após três anos da prévia separação judicial, que colocava fim apenas aos direitos e deveres conjugais, bem como ao regime de bens, é que seria possível dissolver o vínculo matrimonial.

A Constituição Federal de 1988 preservou a obrigatoriedade da separação judicial, embora tenha reduzido seu prazo para um ano. Além disso, passou a prever que após dois anos da separação de fato, desde que comprovada, poderia ocorrer o divórcio sem a necessidade da separação judicial. Ademais, com o Código Civil de 2002, a dualidade da separação foi mantida.

Apenas com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que deu nova redação ao §6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, é que o divórcio foi desvinculado a prazos e condições, bastando a vontade de um dos cônjuges.

Dessa maneira, temos que o divórcio tornou-se direito potestativo, sendo que *“a satisfação do seu titular dá-se pela interferência na esfera jurídica de outro titular, que se submete, pura e simplesmente, ao seu exercício”* (TEPEDINO, 2020, p. 13).

Essa mudança de paradigma se deu com o objetivo de tentar tornar mais rápido e mais econômico o término do casamento, bem como reconhecer a autonomia dos cônjuges e da liberdade familiar, afastando o Estado de sua intimidade (TARTUCE, 2020, n.p.). Nesse sentido é possível destacar trecho da justificação do projeto de emenda constitucional nº 33/2007, que resultou na emenda do divórcio:

(...) 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.

Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento

de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

Ressalta-se que, com a edição da Emenda Constitucional nº 66, a doutrina majoritária passou a entender que o instituto da separação foi extirpado do sistema jurídico brasileiro, tendo havido a revogação tácita dos artigos 1572 a 1578 do Código Civil, bem como da referência feita a tal instituto pelo artigo 1571 (VILLAS-BÔAS; BRUNO, 2015, p. 13).

Em sentido oposto, a doutrina minoritária defende que a separação judicial prevista em lei ordinária não foi revogada expressamente, sendo assim, não deixou de ser constitucional (VILLAS-BÔAS; BRUNO, 2015, p. 13).

Diante da divergência instalada no campo doutrinário, o Superior Tribunal de Justiça entende que a emenda à constituição apenas possibilitou que as partes dissolvam o vínculo conjugal através do divórcio, mas não revogou o instituto da separação judicial, *in verbis*:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. 1. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. CABIMENTO. 2. SEPARAÇÃO DE FATO HÁ MENOS DE 2 ANOS. CÔNJUGE SOBREVIVENTE. CONDIÇÃO DE HERDEIRO. RECONHECIMENTO. PRECEDENTES. 3. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...)

2.1. A Emenda à Constituição n. 66/2010 apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio.

2.2. O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação judicial, apenas facultou às partes dissolver a sociedade conjugal direta e definitivamente através do divórcio.

(...)

(AgInt no REsp 1882664/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 30/11/2020)

Em que pese o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a partir de simples análise gramatical da nova redação do artigo 226, §6º da Constituição Federal de 1988, a saber: “*O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*”, percebe-se que a norma em comento não menciona a figura da separação como pressuposto para dissolução do casamento.

Além disso, na busca pelo sentido da norma, é possível considerar a vontade do legislador, e, realizando esta análise, perceber que sua intenção foi unificar as

medidas de extinção do casamento, a fim de tornar a dissolução do vínculo matrimonial mais célere e menos burocrática, e assim, revogar tacitamente o instituto da separação (LEITE; FERRAZ, 2016, p. 132-133).

Isto posto, destaca-se a justificção do projeto de emenda constitucional nº 33/2007:

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.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu em 2019 a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.677.478 – Tema 1053, o qual trata da separação judicial como requisito para o divórcio e sua subsistência como figura autônoma no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da Emenda Constitucional nº 66. No entanto, a tese ainda não foi firmada visto que o recurso extraordinário não foi julgado pela corte constitucional.

Independentemente do posicionamento adotado, no tempo atual, a ação de divórcio pauta-se apenas no desejo de extinguir a relação conjugal, tendo como único requisito a prova da existência do casamento válido. Nessa medida, o cônjuge pode requerer o divórcio sem depender de outras provas, e, sendo esse um direito potestativo, não é possível que a outra parte produza defesa eficaz.

No presente, existem duas modalidades de divórcio, a saber, o divórcio extrajudicial ou administrativo, instituído pela Lei nº 11.441, que é aquele realizado em Cartório de Registro Civil, perante o Tabelião, quando há consenso entre o casal, desde que não haja filhos menores ou incapazes; e o divórcio judicial, que pode ser litigioso ou consensual, e será realizado perante o Poder Judiciário.

No que diz respeito ao divórcio judicial é possível haver cumulação de pedidos, conforme dispõe o artigo 328, § 2º do Código de Processo Civil. Sendo comum que as ações de divórcio versem também sobre fixação de alimentos, partilha de bens, guarda e visitas de filhos, bem como utilização do nome.

Em vista disso, especialmente em se tratando de divórcio litigioso, em que pese o pedido de divórcio não exija a exposição de fundamentos, os demais pedidos podem precisar de instrução mais complexa, e por isso não serem solucionados de imediato (GAGLIANO, 2015, p. 11).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, logo após a Emenda Constitucional nº 66, entendeu que o divórcio não se condiciona aos efeitos paralelos ou colaterais do casamento. Veja-se:

(...) No que diz respeito à conversão da separação judicial em divórcio, o acórdão recorrido baseou-se também em fundamentos constitucionais, ao afirmar: Sabe-se que, com a Emenda Constitucional nº 66/2010, a qual alterou o artigo 226, 6º, da Constituição Federal, para dispor que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, o divórcio passou a ser simplesmente um direito Potestativo dos cônjuges não subordinado a critérios temporais, passível de ser exercido em conjunto ou separadamente, pela via judicial ou administrativa. Ou seja, a partir da EC nº 66/2010, o único requisito para o divórcio passou a ser o desafeto, não exigindo mais nenhum prazo para a sua decretação. Portanto, basta que um ou ambos os cônjuges peça o divórcio que ele poderá ser concedido. O divórcio inclusive não está condicionado aos seus efeitos colaterais (alimentos, guarda de filhos, uso do nome e partilha de bens). Pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens (artigo 1.581 do CC e Súmula nº 197 do STJ).
(STJ – AREsp: 406122 MG 2013/0336261-9, Relator: Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 01/10/2013)

Renuncia-se à interferência estatal, a fim de não haverem óbices a realização da vontade da pessoa que deseja se divorciar, bem como para que não se prolongue o sofrimento do casal. Afinal, é indevido que o Estado restrinja o exercício privado do indivíduo que não deseja manter o vínculo conjugal, como bem destaca Pablo Solze Gagliano:

Não haveria sentido em se manter aquele casal – cujo afeto ruiu – matrimonialmente unido, considerando-se não haver mais condição ou requisito para o divórcio, enquanto se discutiam – durante semana, meses, ou, talvez, anos – os efeitos paralelos ou colaterais do casamento, a exemplo do valor da pensão ou do destino dos bens.

Raciocínio diverso, em uma sociedade acentuadamente marcada pela complexidade das relações sociais – no dizer profético de Durkheim – com todas as dificuldades imanentes ao nosso sistema judicial, é, em nosso sentir, uma forma de imposição de sofrimento àqueles que já se encontram, possivelmente, pelas próprias circunstâncias da vida, suficientemente punidos. (2015, p. 11)

Além de tudo, o princípio da celeridade processual, disposto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, aplica-se aos processos que versam sobre a dissolução do matrimônio, e visa à satisfação da tutela judicial em tempo razoável. Contudo, embora não apresentarem matérias complexas, os processos de divórcio podem se arrastar por anos.

É possível analisar o relatório Justiça em Números, elaborado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça. Nele são consolidados os índices de quantidade, valores e ritmo do andamento dos processos que tramitam no sistema judiciário em determinado ano, sendo que este relatório possibilita averiguar a carga de trabalho e a eficiência dos Tribunais (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 9).

Analisando esses relatórios, utilizando como ano-base 2020, tem-se a informação de que foram ingressados, somente no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 210.865 casos de divórcio e, no Brasil, os Tribunais Estaduais registraram 509.690 demandas relacionadas à dissolução do matrimônio.

Também é possível verificar o tempo médio de duração dos processos até a sua baixa. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais esse prazo tem sido de dois anos, já em outros Tribunais Estaduais em geral esse prazo tem sido de três anos e quatro meses, o que comprova a morosidade do sistema judiciário em atender as demandas.

Registra-se, que em virtude da pandemia o número de divórcios aumentou, possivelmente devido a imposição do isolamento social em casa. De acordo com levantamento realizado pelo Colégio Notarial do Brasil, publicado pelo jornal O Tempo, entre janeiro de junho de 2021 foram registrados 37.083 divórcios, aumento de 24% em relação ao primeiro semestre do ano anterior (OLIVEIRA, 2021, s.p.).

3. TUTELA DE EVIDÊNCIA E O DEVER DE ANTECIPAR O TEMPO

A jurisdição é uma das formas de tutela dos direitos assegurada pelo Estado. E para haja resposta do Estado, de procedência ou improcedência do pedido, é necessário que ele seja provocado pelo suposto titular de algum direito material (DOTTI, 2019, p. 136).

A partir da provocação a tutela jurisdicional se concretiza por intermédio de duas atividades principais, sendo que a primeira se refere à possibilidade de

declarar a existência do direito alegado em virtude do conhecimento dos fatos. Já a segunda atividade diz respeito à capacidade de utilização da força para garantir a implementação do direito já reconhecido e declarado (DOTTI, 2019, p. 138).

Todavia, a tutela dos direitos abrange também a tutela do direito, ou seja, a proteção trazida pelas normas de direito material. A tutela do direito restringe-se apenas a procedência do pedido, uma vez que ampara o litigante titular do direito material (DOTTI, 2019, p. 136-137).

A antecipação de tutela é uma forma legalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo uma técnica processual que inverte temporariamente a posição de atos processuais. A tutela antecipada nada mais é do que um meio de obtenção imediato da produção do resultado final através de uma decisão interlocutória, que visa evitar a espera desnecessária ou prejudicial à parte autora (DOTTI, 2019, p. 137).

O Código de Processo Civil de 2015 autoriza que os efeitos da resolução do mérito sejam antecipados em decorrência da tutela de urgência – gênero que abrange duas espécies, quais sejam a tutela cautelar e a tutela antecipada – ou da tutela de evidência.

Estabelece o artigo 300 do Código de Processo Civil, em seu *caput* que “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Extraí-se desse excerto legal, concomitantemente com os demais artigos que tratam da tutela provisória de urgência, que havendo elementos de evidência somados a elementos de urgência, o magistrado deverá conceder a tutela pretendida antecipada, confirmando seus efeitos ao final em fase de sentença, se for o caso.

Para tanto, necessário se faz demonstrar que o caso concreto apresenta a devida probabilidade do direito do autor (*fumus boni juris*), bem como o perigo de dano que pode ser gerado com a mora na tutela jurisdicional (*periculum in mora*).

De acordo com a autora Rogéria Fagundes Dotti:

Durante muito tempo, a inversão entre as atividades de cognição e execução se limitou às situações de urgência. Fora delas, não se cogitava antecipar a futura realização do direito. Satisfazer um direito antecipadamente dependia, necessariamente, de uma situação de risco ou perigo na demora. A urgência funcionava como uma

preciosa chave que dava acesso ao mundo eficaz da antecipação da tutela. (2019, p. 142).

No Brasil a antecipação de tutela em situações em que não houvesse urgência passou a ser admitida apenas com as alterações trazidas pela Lei nº 8.952 de 1994. Contudo, tal técnica foi pouco aplicada durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, visto que era admitida apenas em situações em que restasse demonstrado o abuso do direito de defesa ou o propósito protelatório da parte requerida.

O Código de Processo Civil de 2015 foi o responsável por ampliar significativamente as hipóteses de aplicação da tutela de evidência. Isso porque além dos incisos do artigo 311 do Código de Processo Civil vigente não se restringirem as atitudes abusivas, a tutela de evidência deve ser aplicada de modo amplo e não mediante um rol taxativo.

A tutela de evidência deve ser concedida sempre que houver probabilidade da existência de direito do autor e fragilidade nas alegações do réu. Nesse sentido afirma Rogéria Fagundes Dotti:

(...) a tutela da evidência consiste em uma técnica de inversão entre as atividades de execução e de cognição, mediante a antecipação de tutela dissociada da urgência e aplicada genericamente nos casos em que, apesar da continuidade instrutória, já estejam caracterizadas a probabilidade do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu. A evidência também poderá ser fixada *a priori* pelo legislador, em situações específicas de direito material. (2019, p. 150-151).

Ademais, para que o magistrado conceda a tutela de evidência é preciso haver pedido de instrução processual pela parte adversa. Caso contrário, diante da cognição exauriente da lide, o que deveria ocorrer é o julgamento antecipado do mérito, conforme dispõe os artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil.

Assim, diante de situações em que o direito do autor se baseie em um forte juízo de probabilidade é adequada a concessão da tutela de evidência (DOTTI, 2015, p. 60). A ampliação pelo Código de Processo Civil de 2015 tem um importante papel na concretização dos direitos, visto que o tempo entre o ajuizamento da ação e a efetividade da tutela do direito pode ser um peso para o titular do direito material, principalmente se os fatos constitutivos do direito forem demonstrados de imediato e a defesa do réu for frágil.

Por isso, o processo civil deve adaptar-se as situações da vida a fim de que a morosidade processual não constitua um ônus a parte de demonstrou através de provas a evidência de seu direito (DOTTI, 2019, p. 13).

A antecipação da tutela baseada na evidência do direito e na fragilidade da defesa ou a inconsistência da prova gera equilíbrio no tratamento das partes, visto que o autor não sofrerá com a injustiça de aguardar a cognição exauriente (DOTTI, 2019, p. 44-46). Essa decisão provisória assegura o resultado prático imediato que permite uma justiça ágil e eficaz, além de solucionar melhor os problemas levados ao judiciário.

Além do mais, essa forma de reduzir a longa espera processual assegura a aplicação de princípios constitucionais, como o princípio da isonomia, da duração razoável do processo, da efetividade, da eficiência, e do contraditório, sendo que todos eles guardam relação com o devido processo legal e a garantia de acesso ao Poder Judiciário (DOTTI, 2020, p. 269).

O princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988) garante tratamento desigual para as partes e as situações desiguais. Sendo assim, diante da comprovação da probabilidade do direito tutelado e da defesa frágil é adequada a autorização imediata da realização de direitos (FONTANA, 2020, p. 3).

Já o princípio de duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 e artigo 4º, do Código de Processo Civil) busca inibir a demora injustificada para resolução do mérito. Nesse sentido, a tutela de evidência pode contribuir para efetivação desse princípio, uma vez que estimula o comportamento não protelatório e a realização de acordos entre as partes (DOTTI, 2019, p. 83).

Tais comportamentos evitam o desperdício de tempo e de dinheiro do Poder Judiciário, pois a parte ré, que sente que provavelmente perderá, tende a cooperar com a resolução da lide. Isso porque já estará sofrendo com os efeitos práticos da decisão e o atraso no julgamento do mérito não a beneficiará (DOTTI, 2019, p. 169-170). Igualmente, ao firmar um acordo pode estabelecer condições melhores do que as que possivelmente seriam estabelecidas ao final do processo com a sentença de mérito (DOTTI, 2019, p. 188-189).

O princípio da efetividade (artigo 6º do Código de Processo Civil) aplica-se diante do reconhecimento e da implementação de direitos subjetivos. Assim, o processo será efetivo quando houver a devida realização do direito material tutelado.

Já o princípio da eficiência (artigo 37 da Constituição Federal de 1988) exige que atuação jurisdicional se volte para a produção de resultados com o menor esforço possível. A eficiência está relacionada ao tempo, aos custos e os meios empregados para solucionar o conflito, e por isso guarda um forte vínculo com a tutela de evidência (DOTTI, 2019, p. 89). Essa relação decorre do fato de a tutela de evidência auxiliar a obtenção de comportamentos processuais mais adequados, visto que a parte requerida tende a adotar uma postura mais cooperativa (DOTTI, 2019, p. 91).

Em consequência desse princípio admite-se o deferimento da tutela provisória com base no que costuma acontecer nos processos que versem sobre a mesma matéria. Sendo que isso promove uma melhor distribuição do tempo no processo (DOTTI, 2020, p. 273).

Ressalta-se que o princípio da efetividade guarda forte relação com o princípio da eficiência, uma vez que o ideal é que o processo apresente resultados concretos, dentro de um prazo razoável e com pouco de dispêndio de recursos humanos e materiais (DOTTI, 2019, p. 85).

Por fim, o princípio do contraditório (artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988), considerado a razão de ser do processo, assegura que a cognição judicial se dê a partir da análise do alegado sobre vários pontos de vista (DOTTI, 2019, p. 102).

Contudo, o contraditório não é absoluto, e em determinadas situações poderá ser postergado, mesmo que o ideal seja a apresentação de manifestação antes da decisão provisória (DOTTI, 2019, p. 103). Em relação a tutela de evidência, devido a escolha legislativa, admite-se que o contraditório seja postergado em casos que existirem prova documental e contrato de depósito ou tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Além disso, diante de uma contestação frágil e inconsistente, ou seja, aquela que não é capaz de gerar dúvidas ou incertezas, a mera alegação sem sentido ou força argumentativa, autoriza a procedência do pedido de tutela (DOTTI, 2019, p. 63).

Destaca-se, ainda, que a premissa de defesa frágil e inconsistente está presente em todos os incisos do artigo 311 do Código de Processo Civil.

Portanto, a probabilidade do direito evidentemente constituído aliado à defesa frágil deve ensejar na busca pela imediata satisfação do direito material alegado,

tendo em vista a necessidade de concretização dos princípios constitucionais processuais.

4. A POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO LIMINAR DO DIVÓRCIO EM SEDE DE TUTELA DE EVIDÊNCIA

O direito material é composto pelas normas que asseguram os direitos as relações entre os indivíduos, compreendendo o interesse primário dos sujeitos. De outro modo, o direito processual trata do interesse secundário das partes, sendo um meio para se alcançar a resolução de situações de violação do direito material (DINAMARCO, 2013, p. 18).

O direito processual é o conjunto de regras que visa estabelecer o caminho pelo qual as partes devem buscar a reparação do direito subjetivo violado. Sendo que, em busca da pacificação os conflitos de interesse, se submetem a apreciação do juiz, que através da instrumentalidade do processo, será o responsável por aplicar a jurisdição pelo Estado (DINAMARCO, 2013, p. 22).

Analisando a finalidade e a funcionalidade do processo, que é tido como um meio de estabelecer balizas em situações em que a convivência em sociedade está fragilizada, sendo reconhecido como um instrumento de efetivação da justiça e da paz social (DINAMARCO, 2013, p. 25).

Assim, foi propícia a sistematização da tutela provisória feita pelo Código de Processo Civil de 2015, que decorre da busca de meios processuais capazes assegurar a aplicação do princípio da eficiência e da celeridade. Sendo que tais técnicas são relevantes para a realização do direito, sob pena do processo não produzir o efeito pretendido (FONTANA, 2020, p. 1).

A tutela provisória fundada na evidência tem sempre função satisfativa (FONTANA, 2020, p. 3), pois, sua finalidade é a realização imediata do direito buscado pela parte que recorre ao Poder Judiciário para defesa e/ou efetivação do seu direito.

O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu procedimento especial para as ações de família. Assim, todos os procedimentos contenciosos que tratem das questões envolvendo conflitos familiares devem seguir o procedimento estabelecido nos artigos 693 a 699 e que a mediação será adotada como forma primordial de resolução consensual dos conflitos. Ressalta-se que mesmo em casos em que o

divórcio litigioso não comporta controvérsias sobre a possibilidade de reconciliação o julgador de imediato determina a citação da parte adversa para sessão de mediação ou conciliação.

A citação ocorrerá sem cópia da petição inicial, tendo como objetivo a maior probabilidade de as partes realizarem acordo em audiência. Mas nos casos em que a audiência de conciliação ou mediação não lograrem êxito o procedimento prosseguirá sob as diretrizes procedimento comum.

De acordo com o enunciado nº 422 do VIII Fórum Permanente de Processualistas Civis a tutela de evidência pode ser aplicada até mesmo em causas de procedimento especial.

É comum que o divórcio litigioso envolva outros assuntos mais complexos que necessitem de instrução processual, sendo que obrigar as partes a se manterem casadas enquanto se discute outros temas pode ser uma medida injusta. Isso pois, *“as pessoas cada vez mais valorizam a celeridade, a liberdade e a sensação de alívio imediato em relação ao fim de situações existenciais relevantes”* (TARTUCE, 2020, n. p.).

Além disso, considerando que as relações conjugais se baseiam na liberdade e na igualdade entre os cônjuges maiores e capazes, é preciso reconhecer que os rumos da família devem ser definidos pelo indivíduo que possui autonomia para gerir a própria vida (TARTUCE, 2020, n. p.).

Nessa medida, é indevido que o Estado oponha óbices à dissolução imediata do vínculo matrimonial. Inclusive porque com o advento da Emenda Constitucional nº 66 o divórcio tornou-se um direito potestativo o que significa que nem o cônjuge requerido pode se opor ao pedido de divórcio, uma vez que não é possível produzir defesa eficaz contra esse pedido (TARTUCE, 2020, s.p.).

O pedido de decretação do divórcio em sede de tutela de evidência será possível com base no inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015, a saber: *“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”*.

É apropriado lembrar que o contraditório diferido é um pressuposto do instituto dos efeitos da antecipação da tutela, sendo que a sua aplicabilidade não ofende a garantia constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

A respeito da prova documental suficiente, Rogéria Fagundes Dotti afirma que:

Tecnicamente, o documento é um objeto que representa um fato, daí porque só haverá prova documental plena quando existir uma representação direta entre esse e o fato constitutivo que se pretende demonstra em juízo. É preciso, portanto, uma coincidência entre o fato representado pelo documento e aquele que se pretende comprovar. (2019, p. 233)

Analisando o artigo, vê-se que não basta que o autor comprove o fato constitutivo do seu direito, é preciso também que a defesa apresentada pela parte requerida seja frágil.

Contudo, embora o legislador não tenha contemplado, expressamente, na hipótese do artigo 311, IV, do Código de Processo Civil de 2015 que o juiz poderá decidir liminarmente, é factível que no caso do divórcio litigioso isso seja possível.

Havendo o pedido liminar de divórcio basta que a petição inicial esteja instruída com prova documental específica da existência da sociedade e do vínculo conjugal, ou seja, da certidão civil de casamento para que esteja evidenciado o fato constitutivo do direito da parte autora.

Qualquer alegação da parte requerida não será capaz de impedir, modificar ou extinguir o direito autoral, tendo em vista que não existe prova capaz de gerar dúvida razoável quanto ao direito potestativo autoral.

Ademais, conforme preleciona Rogéria Fagundes Dotti:

(...) o volume de demandas, a falta de estrutura judiciária e a velocidade das relações jurídicas exigem, cada vez mais, um processo adequado às reais necessidade das partes. A qualidade da prestação jurisdicional depende, não apenas da profundidade da cognição, mas também da celeridade em que ela possa ser prestada. (2019, p. 51)

À vista disso, a concessão do divórcio em sede de tutela de evidência pode ser reconhecida como medida de justiça para que as partes não prologuem o sofrimento. E isso não obsta que as discussões sobre as demais situações prossigam rumo aos respectivos julgamentos.

Nesse viés, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem decisão favorável a pacificação do tema no sentido de ser possível a concessão do divórcio liminar em sede de tutela de evidência, *in verbis*:

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. DIVÓRCIO LITIGIOSO. PEDIDO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA. FEITO CONTESTADO SEM OPOSIÇÃO DA PARTE ADVERSA QUANTO AO REQUERIMENTO. CABIMENTO DA DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO NESTE MOMENTO PROCESSUAL. O entendimento acerca da prescindibilidade ou não da angularização da relação processual para a decretação, de pronto, do divórcio não é matéria pacífica na jurisprudência. O que se tem verificado recentemente é uma tendência dos Julgadores de direcionar sua compreensão para a tese de que, sendo a pretensão sub iudice direito potestativo da parte - contra a qual não haveria defesa hábil a ser esgrimida pela parte adversa, bastando que o interessado manifeste sua intenção e invoque a necessidade de pronta solução do litígio no ponto -, seria dispensável a concordância ou a prévia ciência do requerido para a imediata decretação do divórcio. No caso concreto, não fosse apenas a natureza do direito em exame, já houve angularização da relação jurídica processual na origem, e manifestação da parte adversa, em contestação, pleiteando a procedência do pedido de divórcio. (...) RECURSO PROVIDO. (Agravado de Instrumento, Nº 50894107620208217000, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosana Broglio Garbin, Julgado em: 27-05-2021) (RIO GRANDE DO SUL, 2021)

Outrossim, outros Tribunais de Justiça têm decisões decretando o divórcio liminarmente em tutela de evidência, senão veja-se:

EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO - DIVÓRCIO LITIGIOSO - DECRETAÇÃO EM SEDE DE TUTELA DE EVIDÊNCIA - DIREITO POTESTATIVO - INTELIGÊNCIA DO ART. 226, § 6º, DA CRFB/88 - CABIMENTO - REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA - PROVIMENTO DO RECURSO.

- É cabível a decretação de divórcio em sede de tutela de evidência, haja vista a natureza potestativa do direito reclamado, com fulcro no art. 226, § 6º, da CRFB/88.

- Recurso provido. (TJMG - Agravado de Instrumento-Cv 1.0000.21.148822-6/001, Relator(a): Des.(a) Carlos Levenhagen, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/12/2021, publicação da súmula em 16/12/2021) (MINAS GERAIS, 2021)

AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. DECISÃO RECORRIDA QUE NÃO RECONHECEU A TUTELA DE EVIDÊNCIA, MAS CONCEDEU A TUTELA DE URGÊNCIA PARA DECRETAR O DIVÓRCIO DO CASAL, CONDICIONANDO A SUA AVERBAÇÃO À NECESSÁRIA PRECLUSÃO DAS VIAS IMPUGNATIVAS DA MENCIONADA DECISÃO. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA. ART.

311, CPC. DIREITO POTESTATIVO. PLAUSIBILIDADE DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE RAZÃO LÓGICA RAZOÁVEL PARA OBRIGAR A PARTE AUTORA AGUARDAR O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL, BEM COMO A IRRELEVANTE MANIFESTAÇÃO DA RÉ, PARA OBTER O RESULTADO PRÁTICO QUE ALMEJA COM A CONCESSÃO DA TUTELA. CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE EVIDÊNCIA QUE SE IMPÕE, PARA DECRETAR LIMINARMENTE O DIVÓRCIO E SUA AVERBAÇÃO, NA FORMA DO ARTIGO 311, IV, DO CPC. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PROVIMENTO DO RECURSO. (0079425-42.2021.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). MARIA DA GLORIA OLIVEIRA BANDEIRA DE MELLO - Julgamento: 03/02/2022 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)

Portanto, não há razão para obrigar a parte autora, que pediu a decretação liminar do divórcio litigioso, esperar o curso de todas as fases do procedimento para só depois se chegar ao julgamento do mérito com a concessão do divórcio.

5. CONCLUSÃO

As normas de direito material são aplicadas ao caso concreto, sendo utilizadas como fundamento dentro do processo.

De outro modo, o direito processual estabelece as normas que aponta como o processo deve se desenvolver. O processo é o principal escopo jurídico do Estado a serviço da paz social. Pois é através do processo que o Estado faz valer as normas de direito material.

A Emenda Constitucional nº 66 de 2010 retificou a redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Assim o divórcio passou a ser concebido como um direito potestativo, incondicionado e extintivo.

Portanto, o único requisito para a decretação do divórcio litigioso é a decisão personalíssima do cônjuge capaz, pautada na vontade livre de pôr fim a relação matrimonial.

Nesse viés, a concessão de tutela provisória fundada na evidência, com a finalidade de decretar, liminarmente, o divórcio litigioso mostra-se adequada, a partir da interpretação integrativa dos preceitos do art. 311, IV do Código de Processo Civil de 2015.

Existindo o desejo de um dos cônjuges em colocar fim ao vínculo matrimonial, constata-se que não há fundamento para obrigar a parte autora aguarde até a manifestação da parte requerida. Além de tudo, é irrelevante qualquer manifestação

de defesa referente ao pedido liminar, tendo em vista não existir prova capaz de gerar dúvida razoável ao julgador quanto ao direito potestativo ao divórcio da parte autora.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 de fev. de 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010.** Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em 15 de dez. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869imprensa.htm>. Acesso em 15 de jan. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm>. Acesso em: 15 de dez. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994.** Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8952.htm>. Acesso em 15 de jan. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 15 de dez. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007.** Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em 15 de dez. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 15 de jan. de 2022.

BRASIL. **Proposta de emenda à constituição nº de 2007**. Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, para supressão do instituto da separação judicial.

Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0o1901ciqkppfikq5bar3adcd32664640.node0?codteor=450217&filename=PEC+33/2007>. Acesso em 15 de dez. de 2021.

Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em 15 de dez. de 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo, Malheiros, 2013. Disponível em

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5253219/mod_resource/content/1/C%C3%A2ndido%20Rangel%20Dinamarco%20-%20A%20instrumentalidade%20do%20processo%20%281%29.pdf> . Acesso em 15 fev. 2022.

DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência: prova do direito, fragilidade da defesa e o dever de antecipar a tempo**. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

DOTTI, Rogéria Fagundes. Tutela da evidência contra o excesso de tempo: quando esperar não é saber. *In*: ALVIN, Arruda et. al. **Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: controvérsias do direito processual civil 5 anos do CPC/2015**, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020

DOTTI, Rogéria Fagundes. Precedentes judiciais e antecipação: a tutela de evidência no novo CPC. **Revista de Direito da ADVOCEF**, ano XI, nº 21, nov. 2015.

FONTANA, Andressa Tonetto. Tutela provisória em direito de família. **Revista de Processo**, vol. 308/2020, p. 133 – 150, out. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Divórcio Liminar. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 15, n. 87, dez./jan. 2015.

LEITE, Glauber Salomao; FERRAZ, Carolina Valença. Dissolução do casamento: o novo código de processo civil trouxe de volta a separação de direito ao ordenamento jurídico pátrio? **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Brasília, v. 2, n. 1, p.127-143 |Jan/Jul 2016.

OLIVEIRA, Cíntia. Convivência se intensifica na pandemia e divórcios crescem 24% no Brasil. **Jornal O Tempo**, [s.l.], 27 de jun. 2021. Disponível em <<https://www.otempo.com.br/brasil/convivencia-se-intensifica-na-pandemia-e-divorcios-crescem-24-no-brasil-1.2518317>>. Acesso em 15 de dez. de 2021.

TARTUCE, Fernanda. Divórcio liminar como tutela provisória de evidência: avanços e resistências. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 95, mar-abr 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Abuso do direito potestativo. **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 25, p. 13-15, jul./set. 2020.

VILAS-BÔAS, Renata Malta; BRUNO, Susana de Moraes Spencer. Divórcio Liminar: uma Possibilidade Diante da Emenda Constitucional nº 66/2010. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 15, n. 87, dez./jan. 2015.