



FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
FACULDADE DE DIREITO
2020

**ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DO DIVÓRCIO UNILATERAL POR
TUTELA DE EVIDÊNCIA**

EDUARDA GOMES ASCHAR – eduarda.aschar.ad@gmail.com

ALEXANDRE RIBEIRO DA SILVA – profalexandreriroadv@gmail.com

RESUMO

A partir da Emenda Constitucional 66/2010, não mais é admissível a interferência estatal na autonomia da vontade privada, principalmente no Direito de Família, sendo possível proporcionar a dissolução do casamento pelo divórcio imediato, independentemente de culpa, motivação ou da prévia separação judicial. Assim, para que se realize o divórcio é necessário o preenchimento de dois requisitos, qual seja, o estado de casada e a vontade de uma pessoa que se encontra casada de não mais assim permanecer. Neste trabalho de conclusão de curso, procurar-se-a demonstrar a possibilidade do deferimento liminar do divórcio litigioso por meio das tutelas de evidência elencadas no art. 311 do NCPC.

Palavras-chaves: Divórcio unilateral liminar; tutela de evidência; julgamento parcial do mérito

ABSTRACT

As of Constitutional Amendment 66/2010, state interference in the autonomy of private will is no longer possible, especially in family law, and it is possible to provide for the dissolution of marriage by immediate divorce, regardless of guilt, motivation or prior judicial separation. Thus, for a divorce to take place, it is necessary to fulfill a requirement, that is, the will of one person who is married to no longer remain so. In this course conclusion work, we will try to demonstrate the possibility of the preliminary granting of the legal divorce through the tutelage of evidence listed in art. 311 of the NCPC .

Keywords: Unilateral preliminary divorce; evidence protection; partial judgment of merit

INTRODUÇÃO

O presente artigo procurou trazer a evolução que o conceito desquite/separação judicial/divórcio teve no sistema jurídico brasileiro. Atualmente, é possível o divórcio imediato, todavia, para que chegássemos a esse patamar, foi necessário várias modificações no decorrer do tempo, tendo em vista as mudanças na sociedade.

A dissolução matrimonial foi facilitada com a edição da Emenda Constitucional nº 66/2010, extinguindo a separação judicial prévia ou necessidade de separação de fato pelo período mínimo de dois anos, bastando somente a vontade dissolver o casamento, pelo divórcio.

O divórcio unilateral carece de celeridade, pois tem que respeitar meras formalidades de instrumentalidade processual após seu ajuizamento, visto que, após a distribuição é passado pela triagem, despacho inicial, mandado de citação, oficial de justiça, endereços incertos e muitas vezes inexistentes, requeridos que não são encontrados, pessoas que se esquivam da citação, prazos e etc.

Nesse contexto, a intenção é demonstrar que a concessão do divórcio unilateral liminar através das tutelas de evidência é uma questão de adaptação à sociedade contemporânea, tendo em vista que os casamentos em comparação aos tempos antigos, tem sido muito mais volátil. Além do mais, mora aqui a possibilidade da pessoa se ver livre emocionalmente falando.

O método utilizado é o dedutivo e a técnica de pesquisa usada foi a bibliográfica, por meio de instrumentos como livros, sites, artigos, entre outras fontes, cujo assunto seja referente à Direito de Família e Direito Processual Civil, bem como a legislação vigente referente ao tema.

O trabalho se estruturou em quatro capítulos, nos quais tratou inicialmente sobre todas as modalidades de dissolução matrimonial que já existiu, quais sejam, desquite, separação de corpos, divórcio, e também os motivos que permitiam que um casal viesse a separar. Posteriormente foi abordado os conceitos e princípios norteadores desse direito, sendo eles o da afetividade, liberdade, igualdade, dentre outros.

No segundo capítulo é explanado todas as mudanças positivas sofridas em decorrência da Emenda Constitucional 66/2010 no instituto do divórcio, chegando-se na análise da possibilidade de deferimento do divórcio unilateral liminarmente, caso este em que o cônjuge poderá se ver livre do fracassado casamento antes mesmo da parte ré vir a ser citada, visto que, o direito de se divorciar trata-se de um direito incontroverso.

Com isso, será analisado tal direito sob a ótica das tutelas de evidência e julgamento antecipado do mérito presentes no Código de Processo Civil.

No terceiro capítulo, foi exposto os aspectos processuais do divórcio, tanto na modalidade litigiosa quanto na consensual. Foi feito também um estudo sobre o julgamento antecipado parcial do mérito e das tutelas de evidência, trazendo o conceito de cada instituto. Finalmente, no quarto capítulo foi tratado sobre a possibilidade jurídica do divórcio liminar

1. EVOLUÇÃO DA DISSOLUÇÃO MATRIMONIAL NO BRASIL

Primeiramente, o Código Civil de 1916 trazia a ideia de família matrimonialista, discriminatória, hierarquizada, biológica, onde só era possível ter uma família através do casamento. A prioridade da época era casamento, sexo e reprodução, sendo impossível a constituição familiar apenas pela afetividade. A felicidade não era vista como quesito principal.

A dissolução da sociedade conjugal nessa época apenas era possível com a morte de um dos cônjuges; nulidade ou anulação do casamento; pelo desquite amigável ou judicial, conforme artigo 315 do Código Civil de 1916. O desquite – significando não quites, em débito com a sociedade – que rompia a sociedade conjugal, mas não dissolvia o casamento. Mesmo assim, para que fosse possível fazer o desquite, era preciso fundamento, conforme o art. 317 CC/1916:.

Art. 317: A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

I. Adulterio

II. Tentativa de morte

III. Sevicia ou injuria grave

IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos

No mesmo ano de 1977, com a edição da lei 6.515/77 o divórcio foi finalmente instituído no Brasil, ainda na regência do Código Civil de 1916, sendo necessário para tanto, a alteração da própria Constituição Federal, com a Emenda Constitucional nº 9. A partir desta lei, ficou instituído no Brasil o sistema dualista para a concessão do divórcio: primeiro era necessário a separação¹, que colocava fim à sociedade conjugal, segundo, o

¹ A nova lei, apenas limitou-se a substituir a nomeação do instituto de “desquite” pela expressão “separação judicial.”, não verdadeiramente alterando o instituto.

divórcio, que dissolvia o vínculo matrimonial. O casamento terminava com a separação judicial, mas só se dissolvia com o divórcio.

A lei nº6. 515/77 trazia consigo os direitos e deveres dos cônjuges que desejam dissolver o matrimônio. Com a separação judicial, é colocado fim aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido. Nesse período, é importante destacar que era expresso em lei a necessidade do juiz promover todos os meios possíveis para as partes se reconciliarem, invadindo totalmente a privacidade dos cônjuges. Não se tratava de um ponto facultativo, e sim, uma obrigatoriedade, um dever do magistrado. O que se compreende com isso, é que além do juiz aplicar a lei, precisava exercer o que conhecemos hoje como “terapia de casal” para tentar a reconciliação.

Posteriormente havia ainda os requisitos pré-estabelecidos para que fosse possível requerer a separação judicial: se de mútuo consentimento dos cônjuges e somente se casados a mais de 2 anos, manifestado perante o juiz. E, se a separação fosse requerida apenas por um dos cônjuges, era preciso a ocorrência de conduta desonrosa ou de grave violação dos deveres do casamento que tornasse insuportável a vida em comum.

A outra possibilidade do cônjuge requerer a separação unilateralmente era se provado a ruptura da vida em comum há mais de 5 anos, que depois passou a ser prazo de 1 ano e a manifesta impossibilidade de reconstituição do casamento. Só após superada essas fases, que era possível pedir o divórcio, que estaria, enfim, findando o casamento e os efeitos civis do matrimônio religioso.

1.1 O Divórcio a partir da Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 oferece uma proteção especial à família, conceituando-a em seu art. 226, a saber: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Gonçalves conceitua família da seguinte forma (2013, p.17):

[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem no entanto defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo.

Notadamente, com a Constituição Federal, podemos concluir que a evolução legislativa se fez presente em relação ao casamento e sua dissolução, e também na forma de como ele era visto perante a sociedade. O Estado influenciava diretamente na vida privada das pessoas, incluindo prazos para dissolver o casamento, motivos, culpas e tentativas frustradas para tentar conciliar àquele que já havia decidido sobre a própria vida, como se fosse possível controlar as relações afetivas por meio de uma lei.

Não por menos, o Código Civil de 2002 manteve algumas ideias contidas na lei nº 515/77 que tratava da separação judicial. Frisa-se que após passados 42 anos do advento dessa lei, ainda havia resquícios de como a dissolução matrimonial era vista naquela época.

O artigo 1571 do atual Código Civil elenca nos seus 4 incisos as possibilidades em que resultaria o fim da sociedade conjugal, sendo estas: pela morte de um dos cônjuges; pela nulidade ou anulação do casamento; pela separação judicial ou pelo divórcio.

O artigo 1573 CC/2002 muito se assemelha ao artigo 317 do Código Civil de 1916 ao listar o que poderia caracterizar a impossibilidade da vida em comum capaz de justificar o pedido de separação judicial, visto que esses motivos eram os mesmos que fundamentavam as ações de desquite (adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal).

O divórcio só poderia ser requerido depois de decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial ou separação de fato de dois anos, conforme artigo 1.580 caput e parágrafo 2º do Código Civil de 2002.

Todavia, no ano de 2010 veio a emenda constitucional nº 66 que ocasionou uma verdadeira revolução no Direito de Família, mais especificamente na dissolução do vínculo matrimonial.

2. OS IMPACTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº66/2010

Mudança significativa para a dissolução matrimonial ocorreu com a aprovação da emenda constitucional nº 66/ 2010. Foi dada uma nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, que aboliu os requisitos referentes ao lapso temporal e também extinguiu os requisitos subjetivos para que fosse possível o divórcio.

A separação com a decorrência do prazo de um ano ou a separação de fato de dois anos deixou de ser pré-requisito para que fosse possível pedir o divórcio. Toda a

burocratização necessária para que a parte enfim conseguisse colocar fim ao casamento, começou a ser simplificada através da EC nº 66/2010. Diante desse emenda, foi colocado em pauta: qual a relevância jurídica um instituto que não é capaz de dissolver o vínculo matrimonial?

Nas palavras de Zeno Veloso:

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

A emenda do divórcio promoveu além das alterações objetivas também as subjetivas. Não cabia mais as partes litigarem acerca da culpa na dissolução matrimonial, o que já era um grande avanço para o direito de família brasileiro, deixando as partes resguardadas de desgastes emocionais desnecessários.

Vale ressaltar que a culpa influenciava até no direito de usar o sobrenome do outro. O cônjuge culpado perdia o direito de usá-lo caso fosse requerido expressamente pelo cônjuge inocente, conforme artigo 1.578 do Código Civil de 2002. Ora, o nome de casado não é emprestado ao outro cônjuge, ele passa a integrar o direito de identidade do outro, não podendo o descumprimento de alguns dos deveres do casamento se sobrepor a um direito de personalidade consagrado constitucionalmente.

Maria Berenice Dias (2011, p.268) destacou que ainda que permaneçam no Código Civil os dispositivos que regiam o instituto (arrs. 1.571 a 1.578), tal não significa que persista a possibilidade de alguém buscar somente o "término" do casamento, quer judicial quer extrajudicial. Agora é possível pleitear a dissolução do casamento via divórcio.

Junto a novidade trazida pela edição da emenda constitucional, veio também os debates perante os grandes doutrinadores brasileiros a respeito da separação judicial e

sua relevância na legislação. Foi dividido as opiniões entre os que acreditavam que a emenda tinha colocado fim à separação judicial, em decorrência da falta de sentido de tal instituto, visto que só iria acarretar morosidade processual e aqueles que acreditavam que a mudança foi incapaz de extinguir o instituto.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu defendendo a permanência da separação judicial no direito brasileiro, conforme acórdão a seguir:

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

Na sábia visão de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald sobre Emenda à Constituição nº66/2010, a modificação foi capaz de unir as causas dissolutórias do matrimônio em apenas um instituto, qual seja, o divórcio. A aplicabilidade da separação judicial não apresentava mais como uma medida prática, visto que seus efeitos já eram alcançados apenas com a separação de fato. (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson, 2012,p. 412)

A mesma ideia foi defendida por Maria Berenice Dias, que afirma que para aqueles que não querem o divórcio restou duas alternativas: a separação de corpos e a separação de fato. Destaca brilhantemente também pela autora, que o pedido de separação judicial não tem como prosperar, pois se tornou juridicamente impossível, tendo as ações de separação judicial perdido o seu objeto. Assim, em decorrência do objeto da ação ser o fim do casamento, o fim do instituto – separação judicial – não colocará fim as ações de separação judicial que estavam em tramitação e sim convertê-las em ação de divórcio, em virtude da supervinência de fato extintivo do direito objeto da demanda. (DIAS, Maria Berenice, 2012, p. 149 e 131)

A emenda também foi de encontro a um dos princípios fundamentadores do Código de Processo Civil, sendo este o da economia processual, tendo em vista que o processo de separação deixava o judiciário ainda mais abarrotada de processos.

A mudança feita pela emenda nos trouxe um novo olhar sob a dissolução do casamento. O divórcio passou a ser um direito potestativo incondicionado, respaldado

por norma constitucional que o autoriza independentemente de qualquer prova ou condição, podendo ser exercido por qualquer um dos cônjuges que não queira permanecer unido ao outro, independentemente do tempo de casados.

O requisito essencial é unicamente a vontade unilateral da parte de se divorciar. Aqui não cabe o direito ao contraditório e ampla defesa previsto constitucionalmente no artigo 5º, LV, CF/88, que garante as partes a participação ativa em todos os atos processuais. Tal direito é devidamente viabilizado pela exigência legal de se dar ciência dos atos praticados aos litigantes, a qual, a seu turno, advém do direito de informação previsto no art. 5º, XIV, da CF. Tal ciência, cabe lembrar, é feita através dos chamados atos de comunicação: citação, intimação e notificação.

Em relação aos outros pedidos que integram o divórcio, como de partilha de bens, alimentos e guarda de filhos menores, poderão ser discutidas no decorrer do processo, por serem questões em que o contraditório e ampla defesa precisam ser respeitados.

3- ASPECTOS PROCESSUAIS DO DIVÓRCIO BRASILEIRO

O rito processual das ações de divórcio são, em primeiro momento, definidas em decorrência de sua natureza, se será na forma consensual ou litigiosa. Assim, se faz importante a distinção de ambas as possibilidades, visto que influi diretamente na celeridade em que a ação será tramitada.

Com a reforma do Código de Processo Civil, veio a possibilidade de homologação do divórcio consensual, conforme art. 731 NCPC/2015. Nestes casos, é preciso apenas que as partes interessadas manifestem o desejo comum de divorciar na petição inicial do processo, que deverá ser devidamente assinada por ambos.

O artigo supracitado traz em seus 4 incisos os requisitos necessários, para deixar claro a vontade do casal em relação a partilha de bens, alimentos, guarda dos filhos incapazes, regulamentação de visitas e o valor da contribuição para educar e criar os filhos.

Feito isso, estando dentro dos conformes e com toda a documentação probatória nos autos, com a devida vista ao Ministério Público, caberá ao magistrado competente apenas homologar a vontade do casal, ou se for o caso, poderá se recusar a homologação em razão da não preservação do direito dos descendentes ou de ambos os cônjuges de maneira igual. Veja bem, não foi necessária passar pelos procedimentos que causam a morosidade do processo, como a procedência de citação, que muitas das vezes são em tentativas frustradas, não foi preciso aguardar a contestação e seu prazo de 15

dias etc.

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

Já a modalidade litigiosa do divórcio é cabível quando uma das partes cria resistência em aceitar a dissolução matrimonial e suas consequências. O processo litigioso necessita da instrução probatória para resolver questões como o *quantum* dos alimentos a serem fixados tanto pro cônjuge, quanto para a prole. É produzida provas também para demonstrar quem é o mais apto para exercer a guarda dos filhos menores, sobre a regulamentação de visitas ou da existência de bens comuns a serem partilhados.

Todavia, por mais que não seja da vontade do requerido se divorciar, nada influirá na questão da dissolução conjugal, por se tratar o divórcio de um direito potestativo incondicionado. Assim, as discussões no decorrer do processo será apenas acerca das questões acessórias. Com isso, vejamos:

O procedimento dedicado ao divórcio litigioso é o comum ordinário, de acordo com a previsão do § 3º do art. 40 da Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio. Assim, apresentada a pretensão dissolutiva do casamento pelo autor, independentemente da indicação da causa, o juiz determinará a citação do réu para responder no prazo de quinze dias. Em sua defesa, o Requerido pode formular preliminares (CPC, art. 301), apresentando argumentos processuais, bem como pode se defender no mérito, impugnando os fatos articulados vestibularmente, como a partilha dos bens e a guarda de filhos (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. p. 456)

3.1 O DIVÓRCIO COMO MEDIDA CONCESSIVA DA PARCELA INCONTROVERSA CONFORME ART. 356 DO NCPC

O julgamento antecipado parcial do mérito tem uma enorme incidência para as demandas que almejam o fim da conjugalidade, através do divórcio. De acordo com o art. 356, e seus incisos I e II, do CPC passa a ser possível, expressamente pelo texto legal, uma decisão parcial, quando um ou mais pedidos formulados ou parcela deles se mostrar incontroverso e estiver sob condições de imediato julgamento, por não haver a necessidade de produção de provas ou por ter ocorrido a revelia.

Diante da impossibilidade de se discutir a culpa pelo fim do matrimônio e em razão da pluralidade de pedidos existe uma necessidade probatória que não diz respeito à dissolução matrimonial em si. Com base nisso, existe a possibilidade de o divórcio ser decretado por meio de decisão interlocutória, resolvendo parcialmente o mérito da ação, em vista a dar maior celeridade ao processo.(FARIAS, Cristiano Chaves de.

ROSENVALD, Nelson. p. 454)

Há casos em que na própria audiência de conciliação o juiz decreta o divórcio antecipadamente, determinando a expedição de mandado de averbação para alteração de registro civil. Em relação às outras questões que não foi possível o acordo, segue para a devida instrução processual.

O pedido do divórcio se mostra incontroverso por ser indiscutível, considerando a impossibilidade de defesa do cônjuge que não tem interesse na dissolução do casamento. 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.

Com isso, vejamos uma decisão em que foi decretado o divórcio por decisão antecipada parcial de mérito:

“Divórcio. Insurgência contra decisão que, a pedido do autor, deferiu a antecipação da tutela para decretar o divórcio do casal. Verdadeira decisão parcial de mérito. Insurgência da ré-reconvinte. Pretensão ao reconhecimento, também, da união estável em decisão parcial de mérito. Impossibilidade. Supressão de instância. Questão, ademais, controversa. Divórcio. Possibilidade de decretação anteriormente à sentença (art. 356 do CPC). Ausência de controvérsia entre as partes sobre o fim da sociedade conjugal. Direito, ademais, potestativo. Inexistência de prejuízo à posterior análise da partilha de bens e ocorrência de eventual união estável anterior. Recurso desprovido. (TJSP. Agravo de Instrumento n. 2227920-67.2019.8.26.0000; Relator Carlos Alberto de Salles. 3ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em 26/11/2019).”

Conforme o Enunciado nº 18 do IBDFAM, que foi aprovado no X Congresso Brasileiro, foi formulado da seguinte forma: “nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do NCPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas”.

A possibilidade em questão só trará benefício aos envolvidos, uma vez que a parte que tiver pretensão em convolar novas núpcias poderá fazê-lo com rapidez, mesmo com a condição suspensiva decorrente da ausência da partilha de bens, caso esse que poderá ser solucionado posteriormente.

Com a adoção do procedimento ordinário, logo após a efetivação da citação, é plenamente possível que o juiz da causa decrete o divórcio antecipadamente, com a devida expedição do mandado de averbação para o registro civil, considerando a característica de direito potestativo. Assim, se houver cumulação de pedidos na ação,

esta seguirá no debate de outras questões que ainda pendem de julgamento, como por exemplo, os alimentos, guarda, partilha de bens etc.

3.2 DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

A tutela de evidência surgiu da necessidade de conferir maior efetividade e celeridade à prestação jurisdicional. Primeiramente, deve se ressaltar que a tutela de evidência não se confunde com o julgamento antecipado total ou parcial do mérito de que tratam os artigos 355 e 356 do NCPC, porque decorre de atividade de cognição sumária do juiz. Assim, destaca Humberto Theodoro Junior:

Não é, porém, no sentido de uma tutela rápida e exauriente que se concebeu a tutela que o novo Código de Processo Civil denomina tutela de evidência, que de forma alguma pode ser confundida com um julgamento antecipado da lide, capaz de resolvê-la definitivamente (THEODORO JR, 2016, p. 379)

De acordo com Luiz Fux, a tutela de evidência vincula-se às pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do mandamus ou o direito documentado do exequente.(FUX, Luiz, 1996, p.305)

Para que o direito seja considerado evidente é necessário haver um conjunto de provas os quais não restarão dúvidas acerca do direito pretendido, senão vejamos:

É o material probatório fornecido com a postulação de "tutela urgente" que vai indicar da "evidência do direito". [...] Verifica-se, pois, que a evidência toca os limites da prova e é tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção. Assim, é evidente o direito demonstrável prima facie através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar do adversus com base em "manifesta ilegalidade", o direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, bem como o direito dependente de questão prejudicial, direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção jure et de jure de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição (FUX, Luiz, 1996, p. 347)

O artigo 311 do Código de Processo Civil elenca as possibilidades em que poderá ser concedida a tutela de evidência:

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

I- ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II- as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III- se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV- a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Diferente das demais espécies de tutela provisória, a tutela de evidência é uma tutela onde não precisa se demonstrar o perigo no dano (*periculum in mora*), sendo baseado unicamente em um juízo de probabilidade na demonstração documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, ou seja, uma espécie de *fumus bonis iuris* de maior robustez. (BODART, 2015)

A liminar inaudita altera parte é uma forma de antecipação da tutela concedida no início do processo, sem que a parte contrária seja ouvida. O parágrafo único do art. 311 traz expresso os casos em que o juiz poderá decidir inaudita altera parte, quais sejam, os incisos II e III, previsão essa ratificada pelo art. 9º do NCPC, que assim dispõe:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
(...)
II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

Significa dizer que as hipóteses dos incisos I e IV só poderão ser decididas pelo julgador após ter sido ouvida a parte contrária. Em relação aos incisos II e III, poderá haver o julgamento antes mesmo da citação do réu.

O inciso II do artigo 311 NCPC discorre que a tutela de evidência poderá ser concedida se as alegações de fato puderem ser comprovadas documentalmente com provas pré-constituídas e quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em precedentes jurisprudencial obrigatório. Nesse caso, optou o legislador pela exigência de probabilidade “tanto no aspecto fático como no jurídico, exigindo prova documental para comprovar os fatos alegados e tese jurídica já firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. (NEVES, 2016, p.510)

Em resumo, será deferida a tutela de evidência nesse caso se houver tese firmada em jurisprudência, por meio de incidente de resolução de demandas repetitivas nos tribunais de justiça ou nos tribunais federais; ou de tese firmada em precedente, por meio de recurso repetitivo, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça e, além disso, em Súmula Vinculante.

O art. 311, inciso IV, dispõe que a tutela de evidência será deferida quando “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” (BRASIL, 2015, p. 1)

Como bem colocado por Daniel Assumpção de Amorim Neves(2016, p.511), entende que apesar de o referido inciso apontar para a concessão da tutela da evidência após a contestação do réu, “seu cabimento não se exaure a esse momento procedimental.” Resumindo, esse hipótese de concessão da tutela de evidência dispõe sobre situação não urgente, todavia relativa a direito documentalmente comprovado pelo autor, a respeito do qual o réu, no momento, não é capaz de gerar dúvida razoável, em função das provas que já dispõe.

4- A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO DIVÓRCIO UNILATERAL LIMINAR

Hoje o legislador brasileiro prevê como formas básicas de família, os núcleos familiares contituídos pelo casamento, união estável e família monoparental (um dos pais e seus filhos), contudo, em razão do Princípio da Afetividade. A mera consanguinidade não é suficiente para existir a família em si, sendo que, o que sustenta o dever de mútua assistência é o afeto caracterizador da família e a solidariedade. (FARIAS, Cristiano Chaves, 2020, p. 252)

Assim, entende-se que a afetividade é o que traz todo o sentido da constituição familiar, que vai além da consanguinidade. Tudo se dá início através do afeto recíproco as pessoas. Nesse diapasão, “a família, hoje, é o meio para a busca da felicidade, da realização pessoal de cada indivíduo”. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2014, p.45). Mas, a grande questão é: E quando o afeto termina, e a vontade de não mais compartilhar a vida em comum chega ao fim, o que é preciso fazer para a obtenção da liberdade emocional?

Em obediência ao princípio da liberdade é assegurado o direito de constituir uma relação estável, de casar-se, de separar-se, enfim, de procurar a forma que melhor convier para a união em respeito as afetividades.

Pode-se afirmar que com a emenda constitucional 66/2010 não restou mais espaço para interferência estatal na autonomia da vontade privada, principalmente no Direito de Família, o que autoriza a imediata dissolução do casamento pelo divórcio, conforme artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal/88.

Como elucidado por Cristiano Chaves de Farias:

Fundamental ressaltar que o Direito de Família contemporâneo - e o Direito Civil como um todo - não pode distanciar-se da legalidade constitucional, impondo-se estrita obediência às premissas fundamentais postas na Magna Charta, pois consistentes nos valores mais relevantes da ordem jurídica brasileira.

Sabe-se que o divórcio se trata de um direito potestativo incondicionado, ou seja, depende da vontade exclusiva de uma das partes. Também é o direito sobre o qual não recai qualquer discussão, incontroverso, cabendo a outra parte apenas aceitá-lo, sujeitando-se ao seu exercício. A parte aceitando ou não, o divórcio será processado. Agora, caberá resolver se há justificativa para fazer a parte requerente aguardar todo o trâmite processual para a sua concessão.

Há casos em que o divórcio, quando litigioso, demora um tempo inaceitável, levando em consideração em se tratar de um direito incontroverso. Vamos usar de exemplo uma ação em que a parte requerente sequer sabe o paradeiro do requerido, sendo isso um acontecimento comum após a separação de fato do casal. Muitos mudam de cidade, Estado, muitas vezes em razão da busca de novos caminhos, destinos, felicidade ou por já haver um novo afeto.

Sabe-se que o trâmite processual em si é demorado, em decorrência de aborrotamento processual nas varas competentes e também em razão da própria instrumentalidade processual. Entretanto, quando não se tem nem o endereço exato pra poder a citação, o processo se torna ainda mais moroso. Há os casos em que a parte requerida se oculta propositalmente apenas pra atrasar o andamento da ação, por mero capricho, pois não aceita o fim do casamento, gerando mais desgaste emocional para o requerente que deseja dissolver a sociedade conjugal.

Nas demandas com citações frustradas, a solução será a citação por edital, com fulcro no artigo 256, inciso II do NCPC. No artigo 257 do Código de Processo Civil é apresentado um rol de requisitos para sua procedência, sendo uma delas a determinação, pelo juiz, do prazo que variará entre 20 e 60 dias, que fluirá da data da publicação. O parágrafo único possibilita ao juiz a determinação da publicação do edital também em jornal local de grande circulação, tudo isso para tentar levar ao conhecimento do ato ao citando.

Caso o requerido não compareça nos autos, o próximo passo será a nomeação de curador especial, que conforme o parágrafo único do artigo 72 do NCPC será o defensor público, que conta ainda com a contagem de prazos processuais em dobro por força do artigo 186 do NCPC.

Só após apresentado a contestação por negativa geral pela defensoria pública, que

o juiz poderá enfim dar a sentença no processo, ressaltando o fato de que ainda haverá de aguardar o trânsito em julgado da referida decisão.

Afinal, qual a necessidade de aguardar a penosa tramitação regular do rito ordinário, visto que manter-se casado é matéria apenas de direito, não exige o contraditório.

A finalidade da citação no processo de divórcio litigioso é tão somente para dar ciência a outra parte da existência da demanda, sendo a contestação necessária apenas no que diz respeito aos alimentos, partilha de bens, guarda etc. Em relação à dissolução matrimonial propriamente dita, poderá ser decretada liminarmente com a determinação de expedição de mandado de averbação para modificação no registro civil. A citação será feita apenas visando dar conhecimento ao requerido de seu novo estado civil, ou seja, o de divorciado

A ideia da decretação do divórcio antes mesmo da citação, não só influencia positivamente na questão processual e sim, no mais importante, que é a sensação de liberdade para a realização da felicidade afetiva que será ocasionada a parte.

É importante assegurar o direito ao divórcio imediato pois vai de encontro às necessidades e urgências de nosso tempo atual. É totalmente desumano obrigar o cônjuge a aguardar meras formalidades processuais para se livrar de um casamento fracassado. Garantir o divórcio efetivo e rápido vai de encontro a preservação da dignidade da pessoa humana prevista constitucionalmente.

No lúcido olhar de FACHIN, "uma história construída a quatro mãos tende ao sentido de permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado"(FACHIN, Luiz Edson, 1999, p. 169)

Recentemente houve uma decisão no estado de Santa Catarina deferindo a tutela antecipada do divórcio, com a citação do artigo 311, incisos II e IV do NCPC, que foi proferida pela juíza da 3ª Vara da Família de Joinville, Karen Francis Schubert, por entender estar diante de um direito previsto no texto condicional, do direito incondicionado de se divorciar. Por se tratar de ação de direito de família, o processo é sigiloso, dificultando o acesso à referida sentença, todavia, foi possível extrair algumas informações sobre o teor da mesma.

Em entrevista com a Juíza do caso, ela expõe, cristalinamente, os motivos da necessidade de urgência quando o assunto é divórcio: "Quando apenas uma das partes quer o divórcio, ela se vê, muitas vezes, obrigada a abrir mão de direitos para negociar o seu direito de obter a liberdade e poder retomar sua vida emocional. Quando o divórcio era vinculado à partilha de bens, as pessoas ficavam anos presas em uma relação

jurídica, discutindo na Justiça. Agora, com o direito potestativo ao divórcio, esse deixa de ser usado como moeda de troca.”

A tese do divórcio liminar sustenta-se na compreensão de a Emenda Constitucional nº 66/2010 haver extinguido do ordenamento jurídico o debate da culpa na dissolução do casamento. Estabelecida uma única premissa, a de salvaguarda do interesse de obtenção do divórcio, por vontade autônoma da parte, que entende pela incapacidade de reestruturação da sua sociedade conjugal.

O TJPR concedeu também a autorização para concretização do divórcio unilateral, decisão proferida pelo Desembargador integrante da 12ª Câmara Cível, sob o argumento de que é inócua qualquer manifestação em contrário apresentada pela parte ré. Assim, esclareceu o desembargador :“Os contendentes estão separados de fato há bastante tempo, sendo presumível o perigo de dano, já que além de ser direito potestativo de qualquer dos ex-cônjuges divorciar-se, certo é que o dilatado lapso temporal influi no cotidiano de ambos – constituindo o vínculo civil perante o Estado um óbice à plenitude de suas vidas”.

Todavia, mesmo se tratando do óbvio, ainda existem controvérsias sobre o divórcio ser decretado antes mesmo da citação, por enfrentar dificuldade no ponto de vista processual.

O TJSP já indefiniu pedidos em contrário ao divórcio liminar, conforme acordão a seguir:

“Divórcio. Tutela de urgência (visando a decretação do divórcio ‘inaudita altera pars’). Indeferimento. Ausência dos requisitos do art. 300 do CPC. Inexistência de situação de urgência a justificar a concessão da medida sem a citação da parte contrária. Alegação de ser desconhecido o paradeiro do agravado que, se o caso, levará à citação editalícia (após o esgotamento das tentativas de localização do demandado). Risco, ainda, de irreversibilidade do provimento (art. 300, par. 3º do CPC). Precedentes. Decisão mantida. Recurso improvido (TJSP. Agravo de Instrumento n. 2051508-53.2020.8.26.0000. Relator Salles Rossi. 8ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em 19/06/2020).”

Há também críticas no sentido de que se trata de uma dissolução de uma relação bilateral, exigindo assim que esse direito só venha a ser reconhecido depois de ouvida a outra parte.

Outra crítica que merece ser ressaltada é a de que não existe no Código Civil e Processo Civil previsão que propicie este tipo de decisão que conduz ao divórcio unilateral. Portanto, a única manifestação de vontade da parte autora se constitui em maturação suficiente para o deferimento da antecipação dos efeitos do pedido de

dissolução do vínculo conjugal.

Na tutela de evidência prevista no art. 311 do NCPC, elenca as possibilidades de sua concessão. O caso em tela encaixa perfeitamente no inciso IV, em que diz:

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

IV- a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

A prova documental suficiente para provar o fato constitutivo do direito do autor é a certidão de casamento e a manifesta vontade de se divorciar, que estará presente na petição inicial do processo. Todavia, tal inciso foi redigido sob a premissa de que há defesa possível, pois no parágrafo único do mesmo artigo prevê a hipótese de decisão liminar apenas para os incisos II e III, excluindo a possibilidade de ser deferida pelo inciso IV. Entretanto, em se tratando do direito de divorciar, não há o que discutir, não havendo assim, qualquer óbice para a sua concessão liminar.

CONCLUSÃO

Esse artigo buscou trazer a evolução do divórcio em decorrência das mudanças enfrentadas pela sociedade. É importante destacar que o Direito tem sua origem nos fatos sociais, e muitas das vezes o sistema normativo não consegue acompanhar da forma que deveria.

A partir da análise de como o casamento era visto sob a vigência do Código Civil de 1916 e levando em consideração que as questões afetivas não eram vistas com a mesma prioridade que nos dias atuais, foi possível demonstrar a relevância da simplificação do divórcio. Foi indagado também o fato de que a mesma liberdade concedida as pessoas que desejam contrair o matrimônio não se aplica àquelas que desejam dissolvê-lo, visto que existe ainda muito o que progredir.

A EC 66/2010 foi o divisor de águas no assunto, deixando a separação judicial prévia de ser requisito para o divórcio. Com isso, passou a ser possível seu requerimento imediato que poderia ser feito a qualquer tempo. Essa mudança nos proporcionou uma liberdade maior para decidir sobre o término das relações afetivas, deixando de lado prazos que ocasionava desgastes emocionais desnecessários. O Estado parou de influenciar diretamente na autonomia da vontade privada, o que foi um grande avanço para o Direito de Família.

A emenda nos trouxe o entendimento que o divórcio passou a ser um direito potestativo, o qual não exige contestações. A vontade unilateral da parte é o bastante para a dissolução matrimonial. A partir desse preceito, nasce a questão do divórcio ser decretado *in limine litis*, mediante decisão liminar, concedendo-o ao cônjuge requerente antes mesmo da citação do requerido. Importante destacar que estamos falando do divórcio na modalidade litigiosa, visto que o consensual já foi facilitado com a reforma do Código de Processo Civil de 2015, nos termos do artigo 731.

O campo da problemática do trabalho mora na falta normativa que torne o divórcio liminar realidade no judiciário brasileiro. Entretanto, ficou demonstrado que sua concessão é possível se feita uma interpretação das tutelas de evidências presentes no artigo 311 do NCPC, inciso IV, juntamente com o fato do divórcio ser um direito

potestativo da parte, direito este que não está submetido a quaisquer questionamento ou condição.

O entendimento deste artigo é o de que vai contra a dignidade da pessoa humana fazer a parte litigante aguardar toda a instrumentalidade de um processo de divórcio litigioso para conseguir a sentença em que será decretado o divórcio. É uma questão de adiar o sofrimento do cônjuge que já decidiu que a vida em comum não é mais de seu interesse. É uma questão também de atender aos princípios da celeridade e efetividade processual previstos constitucionalmente.

Dessa forma, se provado o estado de casado da pessoa, mediante certidão de casamento e presente a manifestação do requerente de seu desejo de dissolver a sociedade conjugal na petição inicial, é plenamente possível a concessão do divórcio liminar fundamentado na tutela provisória de evidência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Disponível em <<http://www.soleis.adv.br/direitodefamiliacodcivil.htm>>. Acesso em 22 de outubro.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 22 de outubro.

_____. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. TJSP. Agravo de Instrumento n. 2227920-67.2019.8.26.0000; Relator Carlos Alberto de Salles. 3ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em 26/11/2019).”Disponível em: < <http://adfas.org.br/2020/10/26/sentenca-parcial-de-merito-de-divorcio-nao-e-divorcio-impositivo-ou-liminar/>> Acesso em 30 de novembro de 2020.

_____.BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> . Acesso em 22 de outubro de 2020.

_____.Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm> Acesso em 22 de outubro de 2020.

_____.Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm> Acesso em 22 de outubro de 2020.

_____.TJ/MG. Apelação Cível AC 10324110102740001, data da publicação: 07/02/2014, Relator: Washington Ferreira. Disponível em: < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119394395/apelacao-civel-ac-10324110102740001-mg>>. Acesso em 22 de outubro de 2020.

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

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

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

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

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de Evidência - Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. - (Coleção Liebman / Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini). 175 p.

COELHO, Vicente de Faria. O desquite na jurisprudência dos tribunais, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1949, p.162.

DELGADO, Mario Luiz. 40 anos do divórcio no Brasil: uma história de casamentos e florestas. Conjur, 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-out-22/processo-familiar-40-anos-divorcio-brasil-historia-casamentos-florestas>> Acesso em 18 de setembro de 2020.

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

DIDIER JR, Fredie. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Tutela Provisória**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do Direito de Família, Rio de Janeiro: Renovar, 1999

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

GARCEZ FILHO, Martinho. Direito de família. Officina Graphica Villas Boas & Cia, 1929. v.1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Volume 6: direito de família. 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro: administrativo e judicial. 9a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROSA, Conrado Paulino. Juíza decreta divórcio de casal em Joinvilleantes mesmo da citação do marido. Conrado Paulino Adv, 2020. Disponível em <<http://conradopaulinoadv.tempsite.ws/index.php/juiza-decreta-divorcio-de-casal-em-joinville-antes-mesmo-da-citacao-do-marido/>> Acesso em 18 de setembro de 2020.

TJPR. **Homem pede autorização da Justiça para concretizar divórcio unilateral** <https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/11KI/content/id/44006793> Acesso em 30 de novembro de 2020.

