

A tutela provisória da evidência como ferramenta ao divórcio litigioso¹

Isadora Vergütz Ferla²

Resumo: O presente artigo trata acerca possibilidade de aplicação da tutela provisória da evidência como ferramenta processual apta a tutelar o direito potestativo ao divórcio no domínio do direito material, bem como elenca os impasses apresentados no âmbito processual que geram divergência doutrinária e jurisprudencial em todo o Brasil. Deste modo, será analisado no decorrer do artigo o instituto do direito potestativo ao divórcio, a ferramenta processual da tutela provisória da evidência, as teses que fundamentam sua aplicação e os impasses que geram divergência no âmbito processual. Outrossim, visando à menor intervenção estatal na vida privada dos cidadãos, e a necessidade de celeridade e efetividade demandada na tutela de direitos, importa encontrar novas meios que atendam às necessidades aduzidas, mas sem ferir os preceitos bases do processo. Nesse contexto será colocada em cheque a carência de uma ferramenta efetiva deixada pelo Código Processual.

Palavras-chave: direito potestativo 1; divórcio 2; tutela da evidência 3.

Introdução

As configurações da sociedade se alteram através dos tempos, mas nunca tão rapidamente como nos últimos anos. O direito tem o dever de acompanhar tais mudanças e atender às demandas sociais; contudo, nem sempre as normas e as ferramentas processuais são capazes de tutelar o novo.

Um dos ramos do direito que mais sentiu mudanças significativas nas últimas décadas foi o Direito de Família. A agilidade de criar e desfazer relações familiares nunca foi tanta. As novas configurações de família e as demandas requisitadas nos relacionamentos obrigaram o direito a adaptar-se visando resguardar as tutelas dos respectivos direitos.

A edição da Emenda Constitucional n. 66/2010 foi um significativo ato de retirada da interferência estatal na relação privada, concedendo maior autonomia às pessoas quanto à decisão de divorciar-se. Tal mudança alterou a característica do direito ao divórcio, tornando-o potestativo, ou seja um direito impositivo, exercido pela vontade do titular independentemente da vontade do outro sujeito.

Eivado desta característica, o direito ao divórcio demanda por uma tutela mais ágil que, ao tempo da Emenda, não dispunha de ferramenta hábil. Não obstante, desde sua criação, a tutela provisória da evidência, regrada pelo Código de Processo Civil, vem sendo adotada por

¹ Artigo científico apresentado ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Cibele Stefani Borghetti, no ano de 2022.

² Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail isadoraferla@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/6254787476285551>.

alguns tribunais do Brasil visando acelerar a prestação jurisdicional à tutela do direito ao divórcio e, assim, torná-la mais efetiva.

Aqui, surge a questão central do trabalho, qual seja, analisar a possibilidade de aplicação da tutela provisória de evidência na decretação do divórcio, com fulcro no artigo 311, inciso IV do Código de Processo Civil, como ferramenta adequada à prestação efetiva e célere da tutela ao direito material.

Deste modo há o contraponto que será debatido ao longo do artigo, qual seja o embate entre o exigido pelo direito material e o possibilitado pelo direito processual. Assim, justificando-se pela celeridade e efetividade demandada do Judiciário, mas observando os limites e princípios legais e zelando-se pela segurança jurídica.

Posto isso, será abordado a evolução do direito ao divórcio até a criação da Emenda Constitucional n. 66/2010, que atribui-lhe o caráter potestativo, bem como o rito do procedimento do divórcio litigioso. Ainda, será analisado o instituto da tutela provisória da evidência e o rol das possibilidades elencadas no artigo 311 do Código de Processo Civil. Por fim, será abordada a plausibilidade da decretação do divórcio com a utilização como ferramenta, segundo farta jurisprudência, sem descuidar dos impasses processuais que eventualmente impossibilitam sua aplicação.

1 Histórico e evolução legislativa do direito ao divórcio

Sob uma visão histórica, tem-se o casamento como um laço indissolúvel. Visto pelos nobres como acordos patrimoniais e sancionado pela Igreja, era uma união que apenas a morte seria capaz de encerrar. Com o passar dos tempos e a mudança das necessidades, este instituto começou a sofrer alterações, possibilitando sua extinção. A partir disso, a ótica para o casamento era a mesma de um contrato social.

No Brasil, a história mostra a grande resistência à implementação do instituto do divórcio, considerando-se a inicial indissolubilidade absoluta do vínculo conjugal. A Igreja Católica teve uma influência demasiada na disciplina normativa do casamento, especialmente na sociedade ocidental. Entendia-se o instituto como um pacto submetido às regras do direito natural, visto uma consequência do preceito divino, inclusive ainda hoje, preconizado no Código Canônico, mantendo diretrizes da indissolubilidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 36).

Deste modo, notável a aceção do direito canônico no Código Civil brasileiro de 1916, que no artigo 315 trazia como maneiras de extinção da sociedade conjugal a morte, a nulidade

ou anulação do feito ou pelo desquite. Tal modo que o parágrafo único estabelecia que “o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a preempção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte”.

Assim, considera-se esta a primeira fase do tema no ordenamento jurídico brasileiro, não havendo possibilidade de extinção voluntária, exceto a morte e a anulação. Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho:

Nessa fase, há apenas o desquite, instituto de influência religiosa que gerava somente a dissolução da sociedade conjugal, com a manutenção do vínculo conjugal e a impossibilidade jurídica de contrair formalmente novas núpcias, o que gerava tão só “famílias clandestinas”, destinatárias do preconceito e da rejeição social. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 41)

No direito posto, a resistência ao divórcio abrangia até mesmo preceitos constitucionais, que perduraram até a penúltima Constituição brasileira, afirmando veementemente a indissolubilidade do instituto.

Haja vista a modificação pelo advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515), passou a ser possível a dissolução do casamento pelo divórcio, desde que implementado a separação judicial como um requisito essencial, segundo Gagliano e Pamplona Filho:

Com efeito, nesse diapasão, a Lei n. 6.515/77, em apertada síntese, estabeleceu que a separação judicial (o novo nome do antigo “desquite”) passava a ser requisito necessário e prévio para o pedido de divórcio, que tinha de aguardar a consumação de um prazo de três anos, em consonância com o § 1º do art. 175 da Constituição Federal vigente à época, segundo redação conferida pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 43)

Têm-se então a primeira menção ao Divórcio indireto, ou chamado divórcio conversão. Quando decorrido o lapso temporal da separação judicial, previsto na tutela de obter uma reconciliação, finalmente seria possível buscar o divórcio em si, com extinção do casamento.

Contudo, com a entrada em vigor da Constituição de 1988, ocorreu uma mudança, implementando e consolidando a possibilidade do divórcio direto, brevemente mencionado na lei anterior. De tal maneira que o único requisito para sua ocorrência passou a ser a separação fática do casal devidamente comprovada por mais de dois anos.

Nas palavras de Rolf Madaleno, antes da Emenda Constitucional nº 66/2010, que resultou no desuso do instituto da prévia separação judicial, a forma para requerer o fim do casamento desenvolvia-se da seguinte forma:

Cônjuges quando desejavam dar término ao seu casamento, precisavam buscar a intervenção estatal e solenizar o ato de ruptura oficial das núpcias mediante dois institutos que se sobrepunham, exigindo a legislação, a prévia separação judicial ou extrajudicial, e a posterior conversão dessa precedente separação de direito em um divórcio judicial ou extrajudicial. (MADALENO, 2020, p. 91)

Todavia, com a aprovação da Emenda, o divórcio passou a ser compreendido no ordenamento jurídico pela ótica de um direito potestativo, sendo uma liberalidade, na forma de um “poder” de quem o possui. Tal modo que a Emenda Constitucional nº 66 suprimiu os requisitos para postular a extinção do casamento, e parte majoritária da doutrina entendeu que revogou o instituto próprio da separação e restou apenas o Divórcio Direto. Rolf Madaleno, acerca dos prévios requisitos para a ocorrência da separação, lembrando a insistência do Estado em regular e inibir a extinção de relações falidas traz trecho significativo da mudança implementada pela Emenda:

A manutenção dual do instituto da separação judicial e do divórcio só vinha demonstrando a reiterada e teimosa insistência do legislador em incentivar, de um lado, a tola e inútil pesquisa da culpa separatória, cujo resultado apenas servia para manter acesa a chama do ódio e dos ressentimentos de um casamento desfeito em palco de inúteis queixas recíprocas, dessa feita realizadas pelo registro escrito das passagens negativas da relação conjugal, como se o matrimônio só tivesse coletado tristezas e decepções e como se o casamento sempre terminasse em razão da culpa exclusiva ou mais saliente de um dos consortes de um matrimônio que de há muito tempo havia terminado. (MADALENO, 2021, p. 417)

Assim, a implementação da Emenda demonstrou a retirada gradual da interferência estatal nas relações familiares junto a todas as outras trazidas à nova realidade fática por mudanças significativas.

A decisão de extinguir o vínculo matrimonial é voluntária, decorrendo do desejo de uma das partes ou de ambas que englobam a relação, não necessitando de requisitos além deste, para pôr fim à instituição do casamento. Conforme lembra Gagliano e Pamplona Filho, a simples manifestação de vontade para a dissolução é o suficiente:

Trata-se, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, de uma forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de simples manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges, apta a permitir, conseqüentemente, a constituição de novos vínculos matrimoniais. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 28)

A dispensabilidade de requisitos como tempo e o elemento culpa para a decretação do divórcio tornou menos ociosa a concretização da vontade dos indivíduos. Assim, apenas o desejo pelo término de um dos indivíduos da relação é suficiente, não necessitando justificar o

seu querer e juridicamente tornando desnecessário dar causa ao pedido (DIAS, 2021, p. 575). Destarte que esse entendimento, com a eliminação dos demais requisitos pela Emenda Constitucional 66/2010, modificou a interpretação do divórcio, tornando-o um direito potestativo, que ao ser exigido pela parte que o detém, apenas cabe à outra aceitá-lo sem delongas.

O artigo 1.571 do Código Civil, em seu parágrafo 1º, por sua vez, aduz que o divórcio e a morte são as únicas modalidades de extinção do casamento válido no ordenamento jurídico brasileiro. Assim possibilita-se a opção de novos relacionamentos e reconstrução de uma vida, não mais a dois.

Com as significativas mudanças que facilitaram o desenrolar desse instituto, dessa forma percebe-se que o direito material vem prezando por uma maior autonomia nas relações civis, tornando-as menos dependentes da intervenção estatal e da própria assistência judiciária, que se encontra afogada em litígios. Assim, a razão pela qual não cabe mais a mão do Estado em determinadas relações, remete que “a interferência estatal para postergar a realização da vontade das pessoas restringe a sagrada liberdade de realizar as próprias escolhas e de viver a própria vida da forma que melhor lhe convém.” (TARTUCE, 2020, p. 3-4). Assim, é de suma importância a busca contínua para aperfeiçoar os meios, visando a realização do querer das partes de maneira mais célere e desburocratizada.

Assim pode-se entender que a medida dissolutória adequada para desconstituir o vínculo matrimonial é o divórcio, dela derivando, como consequência, a extinção dos deveres conjugais (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 28).

1.1 As modalidades de divórcio frente ao direito processual

O direito civil brasileiro elenca duas principais modalidades de divórcio: consensual (podendo ocorrer por via judicial ou extrajudicial) ou judicial litigiosa, cujo pedido pode ser feito a qualquer tempo. Outrossim, embora não se desconheça as espécies do divórcio direto e o divórcio indireto, a linha de pensamento adotada considera o fato de que a conversão caiu em desuso após iniciada a vigência da Emenda Complementar 66/2010, tornando-o uno.

O instituto do divórcio, através da legislação, começou a moldar-se com o passar dos tempos às demandas da sociedade. Tal modo que não mais pode ser admitido, se ambos os convivente acordarem, o grande encargo burocrático e os inúmeros empecilhos para decretar o fim do casamento.

Seguindo essa linha de pensamento, Paulo Lobo *apud* Gagliano e Pamplona Filho menciona a importante normatização do processo de divórcio administrativo:

“Atendendo ao reclamo da comunidade jurídica brasileira, e da própria sociedade, para desjudicialização das separações conjugais quando não houvesse litígio, a Lei 11.441/2007 introduziu a possibilidade de o divórcio ou a separação consensuais serem feitos pela via administrativa, mediante escritura pública” (LOBO *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 75)

Tal fato proporcionou agilidade a uma situação desconfortável, atendendo aos clamores da sociedade em um tempo de liquidez nas relações. A lei limita o divórcio extrajudicial ou consensual a um determinado grupo de casais, mas é inegável a notável reviravolta que trouxe, desafogando o sistema judiciário e colaborando para com a vida dos indivíduos da sociedade.

A referida lei disciplina, além do divórcio, a separação e o inventário por escritura pública. Assim, é uma delegação do Estado, ou melhor, a sua retirada no que tange às interferências na vida privada da sua população. Deste modo compreende-se que “é um avanço de cidadania, no reconhecimento de que, pelo menos para se divorciar ou se separar, os sujeitos não precisam mais da fiscalização estatal, sendo efetivos protagonistas de suas vidas e patrimônios” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 77).

Deste modo, questões de cunho íntimo, cabíveis apenas à liberdade do indivíduo envolvido na relação de decidir o que deseja, como, por exemplo, retomar o direito ao nome de solteiro. Questões de direitos fundamentais que devem cada vez mais distanciarem-se da imposição da tutela jurisdicional.

Deste modo, fruto de acordo entre as partes, a modalidade de divórcio consensual extrajudicial é citada por Maria Berenice Dias, doutrinando que:

Havendo consenso e não existindo filhos nascituros ou incapazes, o divórcio pode ser levado a efeito extrajudicialmente, mediante escritura pública perante o tabelião (CPC 733). É necessária a presença de advogado, que não precisa ser o mesmo para ambos. A partilha de bens pode ser feita em momento posterior, inclusive via ação litigiosa. (DIAS, 2021, p. 561)

Na letra fria da lei, o artigo 733 do Código de Processo Civil explana claramente como o processo extrajudicial deve ser procedido, veja-se:

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Desta maneira é oportunizado ao casal que atende aos requisitos, e seguindo os passos aduzidos, é possibilitado no primeiro momento a dispensa de assistência judiciária, e por tal fato tornando mais célere a concretização da sua vontade.

A norma introduz a possibilidade de uma desjudicialização de causa em que não é necessária a interferência da tutela jurisdicional, assim também o fazendo na extinção consensual da união estável.

Contudo, acordado entre as partes o fim da relação, mas não atendendo os requisitos levantados pela lei, o caminho a seguir-se é o divórcio judicial consensual, necessitando de maior amparo estatal.

O artigo 731 do Código de Processo Civil descreve o que deve constar na petição inicial. Em um aspecto processual, lembra Alvaro Villaça Azevedo que:

A separação consensual será requerida por petição firmada por ambos os cônjuges, devendo, em princípio ser assinada na presença de juiz ou, quando não, com as firmas reconhecidas por tabelião (art. 731 do CPC). Essa petição deve ser instruída com a certidão de casamento e com o pacto antenupcial, se houver (art. 731 e incisos do CPC), devendo ser descritos os bens do casal e respectiva partilha, com o acordo quanto à guarda dos filhos menores, se houver, e o regime de visitas, bem como a contribuição para criar e educar os filhos e a pensão devida ao cônjuge que dela necessitar (incisos i a iV). (AZEVEDO, 2019, p. 219).

Contudo, além da demanda de divórcio, é necessário o acertamento de demais questões como a partilha dos bens do casal e a estipulação da pensão alimentícia, o que consequentemente vai levar a uma cumulação de ações (DIAS, 2021, p. 567).

Deste modo, nada impede possíveis discordâncias quanto aos demais assuntos introduzidos na demanda de divórcio, podendo ser tratados em ações autônomas, não descaracterizando o divórcio, em si, como consensual.

Em última alternativa, quando as discordâncias tangem além de questões materiais, há o divórcio judicial litigioso, necessitando de amplo e cuidadoso amparo jurisdicional.

Esta modalidade ocorre com a propositura unilateral por um dos cônjuges, sendo a modalidade que mais sentiu as significativas alterações da Emenda Constitucional 66/2010, que

eliminou prazos e extinguiu requisitos, simplificando o divórcio. Através das palavras de Caio Mario da Silva Pereira:

Tratando-se de divórcio litigioso, havendo discordância entre os cônjuges, o processo, que antes seguia o rito ordinário, passará a observar as regras dos arts. 693 e seguintes, sendo restritos os argumentos da contestação, uma vez que não cabe alegação de culpa ou decurso de prazo de separação de fato ou de direito. (PEREIRA, 2022, p. 306)

Nesse contexto, eliminado os requisitos, considera-se o direito ao divórcio de caráter potestativo cabendo a parte demandada aceitar, limitando os argumentos da contestação a outras questões.

1.2 O divórcio como um direito potestativo

Importa mencionar primeiramente uma visão acerca do direito subjetivo. Traduzido didaticamente como o poder de ação consubstanciado da norma, o direito subjetivo é o resultado da possibilidade do indivíduo de concretizar o comando descrito na norma estatal, salientando-se que somente será efetivado quando do desejo do titular exercer o poder delegado a ele (SILVA, 2021 p. 26).

Em uma análise aprofundada acerca do tema, o direito subjetivo divide-se em dois: o propriamente dito e o potestativo; sendo focada a análise neste último. Assim, ao compreender esse direito como uso da liberalidade de seu titular pode-se dizer, que, a efetivação dos direitos potestativos ocorre única e exclusivamente em razão da conduta do titular, qual seja, a sua declaração de vontade (a qual poderá se valer por si só ou em mediante decisão judicial) (SILVA, 2021, p. 26).

E através do entendimento de Caio Mario da Silva Pereira, o direito potestativo é caracterizado pela inercia do sujeito que sofre a ação do detentor do direito, assim:

[...] não há nada que o titular da sujeição possa ou deva fazer, *não há dever*, mas apenas submissão à manifestação unilateral do titular do direito, embora a manifestação atinja a esfera jurídica do outro, constituindo, modificando ou extinguindo uma sua situação jurídica subjetiva. (PEREIRA, 2020, p. 30)

Deste modo, vê-se claramente a dimensão do direito potestativo, congelando o sujeito passivo da ação, condicionando a vontade da parte que o detém, não havendo argumentos plausíveis que o retirem do titular.

1.3 Modificação do instituto após a Emenda Constitucional n 66/2010

Diante da realidade atual, o direito de família deve ser regido pelo princípio da mínima intervenção estatal. Assim, não se pode prender as amarras anacrônicas do passado, devendo desenvolver um sistema aberto e inclusivo, facilitando o reconhecimento de outras formas de famílias recombinadas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 52).

O grande marco da evolução do direito de família no que tange ao instituto do divórcio, até o momento, veio com a elaboração da Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao artigo 226, parágrafo sexto da Constituição Federal, descrevendo que “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” Com a nova redação, o entendimento quanto às exigências da lei para a propositura da ação do divórcio mudaram drasticamente.

Posto visto, extinguiu-se assim, o requisito tempo suprimindo a necessidade de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos, não mais possível exigir prazo mínimo para o requerimento do divórcio. Este importante feito esclareceu ainda mais a necessidade de menor intervenção estatal, como lembra a doutrinadora Maria Berenice Dias:

A dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados dispõe também de um efeito simbólico: deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a manutenção de vínculos jurídicos quando não mais existem laços afetivos. (DIAS, 2021, p. 561)

Deste modo a doutrina e a jurisprudência trabalharam com o fato de que quando retirado o instituto da separação do texto da Constituição, derogou-se todos os dispositivos da legislação infraconstitucional que trabalhavam com o tema (DIAS, 2021, p. 561).

Assim teve por fim institutos que não mais cabiam na nova realidade jurídica, uma vez que tornaram-se insignificantes pelo óbice à celeridade do feito, não cabendo mais se falar no divórcio conversão ou indireto, visto que não há mais o que ser convertido.

O ponto central de eliminar os requisitos, “É o reconhecimento do divórcio como o simples exercício de um direito postetativo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 45). Assim, independe da fluência de prazos ou qualquer indicio que demonstre a falência da vida em comum, sendo o enfoque na vontade, unilateral ou bilateral dos cônjuges envolvidos na relação.

Nesse diapasão, após a implementação da Emenda Constitucional nº 66/2010, o direito ao divórcio passou a ser entendido, resultando em entendimento majoritário, como um direito

potestativo, de maneira que uma vez invocado pelo titular, independe a vontade do outro cônjuge não havendo possibilidade ou meio plausível de barrá-lo.

Ademais, explana-se claramente que “não se poderia enquadrar o divórcio como direito subjetivo, uma vez que ao lado da manifestação da parte de se divorciar não há em contraponto qualquer ato possível a outra parte da relação jurídica” (SILVA, 2021, p. 28). Partindo dessa premissa o exercício do direito submete-se a um único requisito, a vontade da parte que o exerce, eliminando lapso temporal ou qualquer ideia de culpa para sua realização.

O marco do entendimento, como um direito exercível independente da vontade alheia, ainda que do próprio cônjuge, abriu um leque de novas possibilidades para sua decretação.

Ainda muito debatido, a decretação do divórcio em sede liminar já possui adesão de parte da doutrina, com destaque para a autora Maria Berenice Dias. O elemento central para que se defenda a decretação liminar do divórcio é o fato da Emenda Constitucional n 66/2010 ter tornado um direito potestativo, assim não é necessária a concordância do réu (DIAS, 2021, p. 574). Considerando também que o contraditório nesse momento seria inoportuno, visto que nenhuma alegação seria capaz de anular o direito do autor.

Assim, o divórcio é entendido como um direito potestativo, não resta argumentos à defesa para contradizer o pedido, devendo ser decretado pelo juiz e prosseguindo o processo quanto aos demais assuntos.

1.4 O procedimento da ação de divórcio litigioso

No tocante à tramitação da Ação de Divórcio litigioso, o rito observado será o comum, modo que, primeiramente na apresentação da petição inicial dever-se-á observar os requisitos dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil. Devendo obrigatoriamente haver o pedido expresso para que haja o rompimento do vínculo, ressaltando que não se faz necessário expor os motivos que ensejaram o fim da relação (TARTUCE, 2020, p. 40 - 41).

No mesmo sentido, Silvio Venosa explana a grandiosa importância do texto constitucional disciplinado pela Emenda Constitucional Nº 66/2010, excluindo-se os requisitos de tempo e culpa, *ipsis litteris*:

A separação judicial contenciosa poderia ser pedida a qualquer tempo após a conclusão do casamento por qualquer dos cônjuges e sob o procedimento comum. O singelo texto da Emenda Constitucional no 66/2010 suprimiu a separação judicial e consequentemente não se discutirá mais a culpa. (VENOSA, 2021, p. 194)

Assim, após iniciado o procedimento, por tratar-se de ação de família, deverá ser observado os requisitos do artigo 693 e seguintes do Código de Processo Civil (procedimentos especiais). Destarte, uma peculiaridade disciplinada no artigo 694 do referido dispositivo torna obrigatória a audiência de conciliação e mediação, priorizando a solução consensual dos conflitos.

Todavia, ao tratar-se apenas de dissolução do vínculo matrimonial, não comporta coerência e exigência da referida audiência, tornando-se incompatível com a natureza potestativa do direito ao divórcio (TARTUCE, 2020, p. 41).

Ademais, importa destaque para o artigo 395 do Código de Processo Civil cujo explana em seu *caput* a seguinte redação: “Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.” Abre-se pelo artigo azo à possibilidade de providencias referentes a tutela provisória.

Posterior, não sobrevindo acordo, na constância do artigo 967 do Código de Processo Civil, o processo será remetido ao rito comum, observando-se os requisitos do artigo 335 do mesmo diploma legal.

Contudo, dentro do procedimento há espaço para a ocorrência do julgamento antecipado parcial do mérito, nos termos do artigo 355, inciso I do Código de Processo Civil. Assim afirma Fernanda Tartuce:

À vista disso, se a ação de divórcio litigioso se resumir ao pedido da dissolução do vínculo do casamento, ao magistrado caberá a prolação da sentença de julgamento antecipado, uma vez que, como apontamos, não há dilação probatória para o pedido do divórcio. (TARTUCE, 2020, p. 44)

Porém, o procedimento ainda enseja a citação do réu e apresentação da contestação, sendo imprescindível a realização prática do princípio do contraditório e da ampla defesa, ainda que as características do direito potestativo não demandem a imperiosidade de tais atos.

Salienta-se, por fim, que, no tocante aos demais temas que se ligam ao processo do divórcio, como a partilha de bens, é possível a tramitação da ação de maneira autônoma. Assim, fundamenta tal entendimento o Enunciado 18 do Instituto Brasileiro de Direito de Família, bem como possui o amparo legal do artigo 1.581 do Código Civil e do artigo 731, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil.

2 A tutela provisória da evidência

Primordialmente, importa salientar que a tutela jurisdicional civil encontra divisões entre a tutela definitiva e a tutela provisória, sendo que esta última ganhou lugar de destaque no Código de Processo Civil de 2015.

Assim, ensina o doutrinador Eduardo Lamy ao trabalhar a distinção entre ambas, afirmando que:

A tutela jurisdicional definitiva é aquela prestada pela execução da decisão jurisdicional final de mérito, portanto após o seu trânsito em julgado com resolução versando sobre os temas de mérito (art. 487).

Por sua vez, a atual tutela provisória é aquela prestada por meio da execução daquilo que foi decidido a título de tutela de urgência (arts. 300 e segs.), tutela de evidência (art. 311) ou cumprimento provisório da sentença (arts. 520 a 522, além da provisoriedade de decisões liminares fundadas nos arts. 536 a 538). (LAMY, 2018, p. 01)

Modo que, com a necessidade de efetivação da justiça de maneira célere, exigida pelo contexto social atual, o legislador optou pela criação e normatização do instituto da tutela provisória, priorizando casos específicos onde o direito poderá sofrer prejuízos (tutela provisória de urgência) ou demonstrar-se demasiadamente evidente na situação concreta (tutela provisória de evidência).

No presente artigo, tratar-se-á acerca da tutela provisória de evidência, disciplinada no artigo 311 do Código de Processo Civil, incidente nos casos que demonstrada a evidência concreta do direito postulado, segundo as hipóteses dos quatro incisos específicos.

2.1 Conceitos fundamentais

A Tutela de Evidência foi inserida com destaque no ordenamento processual jurídico brasileiro com o advento do Código de Processo Civil de 2015, com atribuição de um capítulo próprio dentro das tutelas, elencando em seu único artigo, de maneira geral, as possibilidades de aplicação.

Na etimologia jurídica da palavra evidência, pode-se afirmar que é um pressuposto fático, isto é, enquanto considerada fato jurídico processual, com afirmações de fato comprovadas, merecedoras e autorizadas da tutela jurisdicional (DIDIER JR; DE OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 617).

Assim, entende-se que “É uma técnica processual, que diferencia o procedimento, em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo.” (DIDIER JR; DE

OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 617) Tal modo que, somente cabe se falar em tutela de evidência como técnica processual, passível de aplicabilidade à tutela definitiva e provisória.

Importa salientar a feliz afirmação de Cassio Scarpinella Bueno acerca das tutelas provisórias:

É correto entender a tutela provisória, tal disciplinada pelo CPC de 2015, como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença da “urgência” ou da “evidencia”, prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isso, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor, até mesmo de maneira liminar, isto é, sem previa oitiva do réu. (BUENO, 2019, p. 295)

Assim, entendida a tutela provisória de evidência como uma técnica processual fundada em cognição sumária que antecipa os efeitos satisfativos. Deste modo, se compreende que a evidência se caracteriza por dois pressupostos, quais sejam: a prova de alegações de fato e a probabilidade do acolhimento da pretensão processual, isto é, probabilidade de direito, sendo dispensada a demonstração de dano ou perigo, diferindo-se da tutela de urgência (DIDIER JR; DE OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 618).

Destarte, salienta-se que o objetivo conferido ao mecanismo processual da tutela provisória de evidência é a redistribuição do ônus e encargos gerados pelo processo e o tempo necessário a satisfazê-los até a concessão da tutela definitiva, exaurindo-se a cognição (DIDIER JR; DE OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 618).

2.2 Da possibilidade de aplicação processual

Conforme disposição do *caput* do artigo 311 do Código de Processo Civil: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...]”. Partindo-se da premissa aqui estabelecida, se pode conferir que a mera evidência do direito arguido pelo autor basta para concessão, quando subsumir-se o fato a uma das hipóteses previstas nos incisos.

Todavia, a evidência aqui tratada não merece ser interpretada literalmente, devendo ser entendida e aplicada apenas as situações em que o requerente tem direito mais provável no caso do que o requerido, importando maior juridicidade de direito e de fato as afirmações resultando na proteção jurisdicional imediata, independente de urgência (BUENO, 2019, p. 320).

A luz dessa interpretação, são dispostos 4 incisos com descrição de hipóteses cujo cabimento da tutela de evidência se justifica.

2.2.1 Abuso de direito de defesa ou manifesto proposito protelatório da parte:

Conforme dispõe o inciso I do artigo 311 do Código de Processo Civil, a tutela de evidência será concedida quando: “ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;”

Nesse diapasão, o inciso I caracteriza uma modalidade de tutela da evidencia punitiva, diferindo-se dos demais incisos (II, III e IV) que caracterizam-se por serem modalidades documentadas. Assim, Didier Jr., de Oliveira e Braga ensinam que:

Trata-se de tutela da evidência punitiva, que funciona como uma sanção para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e a lealdade que lhe devem ser inerentes. (DIDIER JR.; DE OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 620)

Importa, nesses termos, esmiuçar as expressões “abuso do direito” e “manifesto proposito protelatório”, que possuem amplo significado e devem ser fundamentados pelo magistrado no caso concreto. A primeira expressão deve-se remeter a atos praticados dentro do processo; já, a segunda, remete-se a atos da parte fora do processo, que implicam consequências no andamento do feito (DIDIER JR.; DE OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 621-622).

Contudo, há de se frisar que, nada revela sobre o direito do autor, isoladamente, o réu litigar de má-fé, não tornando por seus atos o direito mais ou menos evidente, devendo de tal modo interpretar as disposições do inciso I do artigo 311 do CPC, conjuntamente às disposições genéricas do artigo 300 do CPC. (BUENO, 2019, p. 321)

2.2.2 Prova documental corroborada com tese jurídica firmada em Tribunais Superiores:

Assim dispõe a hipótese do inciso II do artigo 311 do CPC para concessão quando: “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;”

Deste modo, feliz a citação do doutrinador Eduardo Arruda Alvim, que explana o objetivo da aplicação da tutela da evidência consubstanciada no inciso II:

Assim, presta-se a tutela da evidência fundada no inciso II do art. 311 a inverter o ônus do tempo quando a probabilidade de vitória da parte fundar-se em tese firmada em julgamento de casos repetitivos (CPC/2015, art. 928) ou súmula vinculante e a demonstração dos fatos relevantes puder ser feita apenas por via documental,

demonstrando-se, assim, a subsunção do caso concreto à tese firmada. (ALVIM, 2017, p. 323)

Ressalta-se que este inciso, juntamente com o III e o IV demonstram maior juridicidade do direito evidenciado, uma vez que se adaptam aos moldes da Tutela da Evidência em si (BUENO, 2019, p. 322).

Posto isso, esta hipótese deve preencher 2 pressupostos: a existência de prova documental ou de produção antecipada apresentada conjuntamente com a petição inicial e recair em fatos que justifiquem o direito afirmado, desnecessário quando o fato gerador do direito não depender de prova (fato notório, confessado, incontroverso, ou presumido). E, o segundo, trata da probabilidade de acolhimento, com embasamento nos incisos do artigo 927 do CPC acerca de decisões proferidas por tribunais superiores, elucidando debate sobre a essência da demanda (DIDIER JR.; DE OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 624-625).

Ademais deve-se considerar que o fato em si deve ser essencialmente subsumido a tese firmada, tornando pouco provável ou quase nulo o direito do requerido, haja vista que esse inciso possui a possibilidade do julgamento liminar.

2.2.3 Pedido reipersecutório fundado em contrato de depósito

No inciso III do artigo 311, tem-se a seguinte redação remetendo-se a hipótese de concessão quando: ” 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;”

Nesse diapasão, a concessão da tutela permite ao depositante retomar desde o início do tramite processual a coisa depositada, mesmo havendo prazo estipulado em contrato por força do artigo 633 do Código Civil, assim tratando-se de pedido reipersecutório em que a pretensão levada ao juízo é de entregar coisa (ALVIM, 2017, p. 327).

Ainda, acerca da prova documental adequada do contrato de depósito, lembram Didier Jr., de Oliveira, e Braga em sua obra que:

Coloca-se, assim, como pressuposto necessário para a concessão da medida a demonstração das alegações de fato, que se deve aperfeiçoar, precisamente, por “prova documental adequada do contrato de depósito”. Mas para que se conclua pela probabilidade de acolhimento da pretensão processual é necessário que se configure a mora *ex re*, com advento do termo certo, ou a ocorrência de mora *ex persona*, mediante prova documental da interpelação respectiva¹⁷⁰, se o réu não foi ainda citado (já que a citação constitui em mora). (DIDIER JR.; DE OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 628)

Frisa-se também que esta hipótese está elencada no parágrafo único do artigo, conjuntamente com o inciso II, podendo ser concedida liminarmente pelo magistrado.

2.2.4 Prova documental suficiente constitutiva dos fatos alegados pelo autor

Por fim, a última hipótese elencada no rol do artigo 311 encontra-se no inciso IV, dispondo que conceder-se-á se: “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.”

Assim, a hipótese exige 3 pressupostos, quais sejam: a) a evidencia do direito seja demonstrada pelo autor e não possa ser abalada pelo réu mediante prova exclusivamente documental; b) o autor deve apresentar prova documental ou documentada suficiente dos fatos constitutivos de seu direito; e c) ausência de contraprova que gere dúvida razoável (DIDIER JR.; DE OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 629).

Nesse diapasão, tal hipótese condiciona-se a inexistência de cognição exauriente, pois uma vez que a prova apresentada instigue juízo de certeza no magistrado, será caso de julgamento antecipado de mérito (NEVES, 2018, p. 563). Pois deste modo é desnecessária a produção de demais provas no procedimento.

Deste modo pertinente a afirmação de Didier Jr., de Oliveira, e Braga citando que:

Trata-se de hipótese de tutela de evidência inevitavelmente definitiva, que se confunde com julgamento antecipado do mérito e que fora, equivocadamente, colocada no rol de hipóteses de tutela provisória.

O problema agrava-se se pensarmos que, assim, sempre que o julgamento antecipado do mérito for pela procedência do pedido do autor, seria possível cogitar uma tutela provisória, que eliminaria o efeito suspensivo da apelação – talvez seja a única utilidade do dispositivo. (DIDIER JR.; DE OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 629)

Assim, compreendem os autores que “da aplicação da regra, só pode decorrer uma tutela definitiva por julgamento antecipado de mérito.” (DIDIER JR., DE OLIVEIRA E BRAGA, 2015, p. 629). Observando-se a letra fria da lei, a hipótese de aplicação na prática possui sentindo apenas na retirada do efeito suspensivo da apelação.

2.2.5 Do parágrafo único: a concessão liminar da Tutela da Evidência

Ademais, o parágrafo único do artigo 311, cujo cita que: “Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.” De suma importância, haja vista que nessa hipótese é permitido pelo legislador determinar antecipadamente os efeitos pretendidos da tutela jurisdicional, antes mesmo da citação do réu.

Nas palavras de Didier Jr., de Oliveira, e Braga, tem-se o conceito literal da decisão liminar, tal qual:

Decisão liminar deve ser entendida como aquela concedida *in limine litis*, isto é, no início do processo, sem que tenha havido ainda a citação ou a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento: o seu início. (DIDIER JR.; DE OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 578).

Deste modo, a concessão da tutela da evidência em caráter liminar não se confunde com a decisão parcial de mérito, até mesmo em função dos recursos atribuídos a cada uma das ações no procedimento judicial. Tal modo que da decisão parcial de mérito cabe apenas agravo de instrumento, e na decisão que conceder tutela há de ser interposta apelação, cujo não possuirá efeito suspensivo, tornando-se de enorme valia no procedimento (BUENO, 2019, p. 324).

Destaca-se ainda sua posição quanto à estabilização da tutela de evidência no processo, compreendendo que:

[...] é possível que a tutela de evidência se torne estável, nos moldes do art. 304? A resposta positiva parece pressupor que o pedido do autor se fundamente nos incisos II e III do art. 311, únicos que, de acordo com o seu parágrafo único, aceitam a ocorrência da hipótese do art. 303 e que podem, por isso mesmo, ser formulados como se fossem “antecedentes” nos moldes do parágrafo único do art. 294. (BUENO, 2019, p. 324)

Posto isso, entende-se que, os incisos II e III do referido supracitado artigo são hipóteses de estabilização da tutela, haja vista o atendimento aos requisitos dispostos para a concessão da tutela em caráter antecedente, isto é, concedida de forma liminar.

3 Tutela provisória da evidência como ferramenta à tutela do direito ao divórcio

3.1 Da possibilidade de aplicação

Atualmente o direito processual civil está revestido de uma emblemática acerca da tutela do direito material e a técnica processual adequada, considerando as novas necessidades que

deve atender, entre elas, o tempo adequado e célere à promoção de uma tutela jurisdicional justa, efetiva e tempestiva.

Assim, o procedimento deve ser exercido considerando os vários interesse que cercam a solução do conflito, sejam eles de cunho estritamente processual, como a colisão entre a rápida solução e a preservação do direito de defesa do réu, ou de cunho material ligado a cada instituto do direito material (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 36). Outrossim, Marinoni, Arenhart e Mitidiero salientam destaque para a acepção do processo civil como instrumento da tutela do direito material, devendo ser interpretada as necessidades únicas de cada situação para ponderar-se, *in verbis*:

Se o processo civil é um instrumento para tutela do direito, então a primeira tarefa de quem quer que esteja preocupado com o adequado funcionamento da Justiça Civil está na apropriada identificação das necessidades da situação substancial que deve ser tutelada em juízo. Nessa perspectiva, a idoneidade do processo civil como meio efetivo para tutela dos direitos depende de um discurso preocupado com a tutela dos direitos – isto é, com o direito material. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 37)

Nessa senda, compreende-se que devem ser observadas as necessidades concretas da pretensão material a ser protegida.

Já no que tange ao instrumento processual das tutelas provisórias, pode-se afirmar que foram criadas com o escopo de se tornarem ferramentas processuais aptas a resguardar o direito material contra a ação do tempo. Assim, visam resguardar o direito contra o eminente perigo ou conceder mediante a clara evidência (SILVA, 2021, p. 37).

Conforme trabalhado no presente artigo, o direito ao divórcio percorreu longo caminho até a formatação que o reveste hoje. A mais significativa de todas, que simplificou o pedido e mitigou a interferência do Estado na relação da autonomia privada, adveio com a Emenda Constitucional nº 66/2010. Assim, retirou-se a necessidade da comprovação de culpa e da demonstração do requisito tempo, modificando o direito material revestindo o divórcio de caráter potestativo, tornando-o não impugnável enquanto pretensão, assim necessitando de uma ferramenta processual adequada para atender à nova configuração de maneira mais célere.

Nesse sentido, muitos doutrinadores vem firmando entendimento da aplicação da Tutela Provisória da Evidência na decretação do divórcio litigioso. Assim, embasando-se no artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil, devendo o autor instruir a petição inicial de prova documental inequívoca do seu direito, qual seja a certidão de casamento, bem como o autor não poder opor dúvida razoável à concretização, uma vez que o direito é inerente à parte, tal qual potestativo.

Assim, o procedimento de cognição do divórcio já se inicia de maneira suficiente para decretação antecipada dos efeitos de dissolução do vínculo conjugal, não sendo correto suportar o ônus da demora do pleito, para somente ao final ter sua pretensão satisfeita quando já expresso o interesse em divorciar-se, tal modo que plenamente possível a aplicação do artigo 311, inciso IV do Código de Processo Civil (NUNES; MARQUES *apud* TARTUCE, 2022, p. 379).

Corroborando esse entendimento a escritora Fernanda Dziduch Rocha Silva, afirmando que a ferramenta processual adequada do ponto de vista do direito material seria a Tutela Provisória da Evidência, visto o caráter potestativo do direito ao divórcio, concretizado mediante expressa vontade de um dos cônjuges, *in verbis*:

A ideia de distribuir o ônus do tempo entre as partes e de antecipar a realização do direito pela concessão da tutela antecipada de maneira liminar, seria a solução ideal para o problema da necessidade de tutela adequada do divórcio. Isso do ponto de vista do direito material em discussão, o qual não admite defesa e deve ser efetivado mediante simples vontade do autor. (SILVA, 2021, p. 38)

Amparado por tais fundamentos, vários Tribunais de Justiça do país vem solidificando essa posição em sua jurisprudência. Em recente julgado, na data de 16.02.2022, a 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) no Acórdão nº 1401360, reconheceu e proveu Agravo de Instrumento, reformando decisão do juízo de primeiro grau para o deferimento liminar da tutela de evidência, decretando o divórcio do casal, sob o prisma do divórcio ser considerado um direito potestativo a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, não admitindo discussão de culpa ou comprovação do requisito tempo, cabendo a parte ré apenas submeter-se a vontade da autora (TJDFT, 2022, on-line).

Outrossim, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento ao Agravo de Instrumento nº 0035856-88.2021.8.19.0000, concedendo a decretação da Tutela Provisória de Evidência, nos termos do artigo 311, IV do CPC com o escopo de decretar liminarmente o divórcio, fundamentando que:

[...]TRATA-SE DE DECISÃO PERSONALÍSSIMA DE CÔNJUGE CAPAZ, PAUTADA NA VONTADE LIVRE DE POR FIM À RELAÇÃO MATRIMONIAL, SENDO ESTE O ÚNICO REQUISITO NECESSÁRIO PARA A DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO DIRETO, SENDO POSSÍVEL A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA [...]. (Agravo de Instrumento Nº 0035856-88.2021.8.19.0000. 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Desembargadora NATASCHA MACULAN ADUM DAZZI. Julgamento: 31/03/2022, on-line)

Ademais, ressaltou-se que a simples recusa ou resistência da parte requerida em nada mudaria ou afastaria o direito ao divórcio, considerando o caráter potestativo, motivo esse que ensejou a reforma e concessão da liminar.

Na mesma linha, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) conheceu e proveu em 02.05.2022 o Agravo de Instrumento Nº 0001822-37.2022.8.16.0000, afirmando que por tratar-se de direito potestativo da parte autora, à parte ré não haveria defesa juridicamente possível para embaraçar o feito. Tal modo que não poderia caber nenhuma resistência, mas sim uma submissão da parte, tornando cabível a concessão através da tutela provisória de evidência antes mesmo da citação do requerido (TJPR, 2022, on-line).

Destarte todo o alegado aparentemente tornar o instrumento da Tutela de Evidência o mecanismo adequado de tutela ao direito material do divórcio, embasado no caráter potestativo, o mesmo encontra óbices quando analisado do ponto de vista estritamente processual.

3.2 Análise denegatória do direito processual

Argui-se inicialmente que a natureza da tutela provisória consiste na temporariedade e mutabilidade da decisão. Assim preceitua o artigo 296, caput, do Código de Processo Civil, citando que: “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.”

Deste modo, seguindo o rito procedimental, ao final dos atos, a natureza da tutela provisória se transmutará em definitiva. Nesse sentido Fernanda Dziduch Rocha Silva destaca em seu trabalho que:

Se por um lado, a decisão que concede a tutela provisória é fundada na probabilidade, é precária e pode ser revogada a qualquer tempo, de outro, a tutela reclamada pelo divórcio sempre é definitiva, fundada na certeza do direito potestativo, não sendo passível de revogação ou modificação. (SILVA, 2021, p. 40-41)

Posto isso, há de se identificar o primeiro impasse procedimental para satisfação da tutela do direito material ao divórcio pretendido. Assim, uma vez declarada a decisão será sempre definitiva, consolidada, prejudicando a possibilidade de modificação ou revogação do ato, afetando a natureza da tutela provisória. Em outras palavras, a tutela reclamada pelo direito ao divórcio é incompatível com a cognição sumária, visto que constitui uma tutela definitiva com caráter de irreversibilidade (SILVA, 2021, p. 41).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) indeferiu, em 14.03.2022, a concessão de tutela de evidência para decretar liminarmente o divórcio, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2041476-18.2022.8.26.0000, explanando ser a decretação ao divórcio conteúdo da sentença de procedência da demanda, ressaltando a necessidade da tutela definitiva, em cognição plena para finalmente tornar-se coisa julgada (TJSP, 2022, on-line).

Nessa senda, importa menção dizer que não se legitima no divórcio a concessão da tutela definitiva pela tutela de evidência, considerando que não há motivos para dilação probatória do direito a beneficiar a parte requerida, não há defesa possível (SILVA, 2021, p. 42). Analisando esta premissa, há de se compreender que o instrumento de mais valia nessa situação seria o julgamento antecipado do mérito.

Deste ponto de vista, o julgamento antecipado do mérito ocorre no momento correto para o procedimento, assim o mérito é julgado no estado em que o processo se encontra, considerando que não há mais necessidade de praticar nenhum ato probatório (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2019, p. 270). Destarte, para a ocorrência dessa modalidade, inevitavelmente se implica na necessidade de citação da parte ré.

Assim, conforme inteligência do artigo 355 do Código de Processo Civil, o juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I – não houver necessidade de produção de outras provas. Bem como preceitua o artigo 356, inciso I do mesmo diploma legal, elencando o julgamento parcial do mérito quando um ou mais pedidos mostrassem incontrovertidos, seguindo a demanda quanto aos outros temas. Do mesmo modo o Instituto Brasileiro de Direito de Família, no ano de 2015, elaborou o Enunciado nº 18 dispondo que: “Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas.”

Outrossim, corroborando para tal entendimento a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) vem importando em julgamento antecipado do mérito, o pedido de concessão de tutela de evidência. Modo que, recentemente foi indeferido no julgado do Agravo de Instrumento Nº 50874337820228217000, em 04.05.2022, a concessão da tutela provisória de evidência para decretação do divórcio liminar, entendendo que a medida cabível seria o julgamento antecipado do mérito, mas por não haver a angularização do processo e estabilidade da lide com citação da parte ré, tornava-se impossível a decretação naquele momento processual (TJRS, 2022, on-line).

A concessão da tutela provisória da evidência é fundamentada no princípio da duração razoável do processo, que se contrapõe ao princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a concessão não importa em citação, ciência da parte ré.

Assim, é correto afirmar que, “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo” (DIDIER JR., 2020, p. 110). Deste modo, a garantia da participação das partes no procedimento é a base central da estrutura processual. Direito inequívoco que deve ser respeitado e suprimido apenas quando justificável.

Seguindo essa linha de pensamento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 14.05.2022, negou provimento ao Agravo de Instrumento nº 2278250-97.2021.8.26.0000, fundamentando na afirmativa da necessidade de manifestação da parte adversa, alegando que apesar da natureza potestativa do direito ao divórcio, este deve ser decretado somente após a formação do contraditório (TJSP, 2022, on-line).

Por fim, embora unânime o caráter potestativo do divórcio, ensejando do ponto de vista do direito material a tutela provisória de evidência como instrumento processual apto a atender suas necessidades, ainda encontra óbices para sua concessão quando analisado pelos critérios do direito processual. Assim, não pode negar-se as características incompatíveis e incontroversas da ferramenta processual quando aplicado a decretação do divórcio.

Considerações finais

Por fim, ao analisar o direito ao divórcio, considerando um direito de caráter potestativo, observa-se que a tutela provisória da evidência preenche todos os requisitos de prestação jurisdicional célere e efetiva à concessão do direito material. Todavia, encontra impasses nas características processuais do instrumento, dentro os quais a precariedade e instabilidade da decisão proferida em caráter provisório.

Deste modo, embora plausível e embasado em diversas decisões proferidas por vários tribunais no país, há grandes entraves processuais para sua aplicação, incluindo de cunho constitucional, podendo ocasionar instabilidade jurídica e modificação do caráter central do instrumento

Assim, entende-se que a tutela provisória da evidência, quando analisada no contexto geral, não seria o melhor instrumento para decretação do divórcio. Tal modo que, o instituto que mais abrange os requisitos necessários ao direito material e processual é o julgamento antecipado ou parcial do mérito, conforme julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Outrossim, por derradeiro, o Código de Processo Civil, promulgado no ano de 2015, ainda deixou desamparado processualmente certos direitos abrindo margem para à interpretação do judiciário, abrigando jurisprudência fortemente solidificada por seus fundamentos e buscando encontrar e fornecer à sociedade uma tutela jurisdicional adequada. Nesses termos, a rápida mudança, à ausência de ferramentas aptas à solução de litígios e os novos direitos necessitam de maior cuidado e amparo legal.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela Provisória**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de Julho de 2010**. Institui nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/573283/publicacao/15757796>>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL, Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1.977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil: volume único**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª ed., Salvador: ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 22 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Acórdão 1401360. Agravo de Instrumento nº 07301432720218070000, Desembargador Relator: João Luís Fischer dias, 5ª Turma Cível, j. em 16/2/2022, Dje de 7 mar. 2022. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/1401360%20(3).pdf>. Acesso em: 30 mai. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Divórcio na Atualidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

IBDFAM. **Enunciados do IBDFAM**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em 25 de abr.2021.

LAMY, Eduardo. **Tutela Provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em:<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640515/epubcfi/6/8[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/2/4%4051:86>. Acesso em 14 abr. 2022.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530990183/epubcfi/6/8[%3Bvnd.vst.idref%3Dtitle]!/4/2/4%4051:65>. Acesso em 02 fev. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, volume 2. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito Processual Civil**, volume único. 10. ed. Salvador. Ed. JusPodivm, 2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0001822-37.2022.8.16.0000. Desembargadora Relatora Ivanise Maria Tratz Martins. 12ª Câmara Cível, j. em 02 mai. 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000019982931/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001822-37.2022.8.16.0000>. Acesso em: 30 mai. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. rer. e atual. por Tânia da Silva Pereira. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559643417/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover]!/4/2/2%4051:60> Acesso em: 01 jun. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil**, volume I. rer. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530990367/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover]!/4/2/2%4051:1> Acesso em: 01 jun. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 003585688.2021.8.19.0000 Desembargadora Natascha Maculan Adum Dazzi. 14ª Turma Cível, j. em 31 mar. 2022. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0& Version=1.1.17.0>. Acesso em: 30 mai. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 50874337820228217000, 7ª Câmara Cível. Desembargador Relator Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. em 04 mai.

2022. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=documento_text>. Acesso em: 30 mai. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2041476-18.2022.8.26.0000. Desembargador Relator Edson Luiz de Queiróz. 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 1ª. Vara de Família e Sucessões, j. e 14 mar. 2022; Dje de 14 mar. 2022. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15481175&cdForo=0>>. Acesso em: 30 mai. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2278250-97.2021.8.26.0000; Desembargador Relator Rodolfo Pellizari. 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itupeva - Vara Única; j. em 14 mar. 2022. Dje de 14 mar. 2022. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15481045&cdForo=0>>. Acesso em: 30 mai. 2022.

SILVA, Fernanda Dziduch Rocha. **O impasse entre a tutela adequada do direito potestativo ao divórcio e o rito da ação de divórcio litigioso no processo civil brasileiro.** 2021. 70. Dissertação – curso de graduação em direito, setor de ciências jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2021. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/72424/FERNANDA-DZIDUCH-ROCHA-SILVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 abr. 2022.

TARTUCE, Fernanda. **Divórcio liminar como tutela provisória de evidência: avanços e resistências.** In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Magister, v. 95, mar-abr 2020, p. 37-50. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Divorcio-liminar-como-tutela-de-evidencia-Fernanda-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família: Teoria e Prática.** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022. Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559642809/epubcfi/6/32\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml16\]!/4/1760/3:211\[%20a%20%2Ccar](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559642809/epubcfi/6/32[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml16]!/4/1760/3:211[%20a%20%2Ccar)>. Acesso em: 30 mai. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Família e Sucessões.** Volume 5. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.