



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO POR MEIO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA *INAUDITA*
ALTERA PARTE

Gabriela Souto Silveira

Rio de Janeiro
2021

GABRIELA SOUTO SILVEIRA

DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO POR MEIO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA *INAUDITA*
ALTERA PARTE

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO POR MEIO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA *INAUDITA ALTERA PARTE*

Gabriela Souto Silveira

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – o objetivo deste trabalho é abordar a temática atinente à decretação liminar do divórcio, analisando os fundamentos jurídicos da decisão de concessão da tutela de evidência antes da oitiva da parte contrária e enfrentando os argumentos trazidos por aqueles que se opõem a tal possibilidade. Sem a pretensão de esgotar o tema ou de trazer solução final à controvérsia, o que o presente trabalho propõe é a discussão acerca do instituto do divórcio e da possibilidade de utilização do mecanismo processual da tutela de evidência *inaudita altera parte* como meio de efetivação do direito fundamental da pessoa casada de divorciar-se, que decorre da autonomia privada e do direito à liberdade.

Palavras-chave – Direito de Família. Direito Processual Civil. Divórcio litigioso. Concessão de liminar.

Sumário – Introdução. 1. Divórcio como direito potestativo. 2. Possibilidade de concessão do divórcio judicial em sede de tutela de evidência. 3. Decretação do divórcio judicial *inaudita altera parte*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discutir a possibilidade de concessão do divórcio requerido judicialmente, de forma unilateral, em sede de tutela de evidência, antes da oitiva da parte contrária. Trata-se de uma questão controvertida extremamente atual, para cuja solução exige-se diálogo entre matérias de índole constitucional, civil e processual civil. O que se objetiva é debater a extensão do exercício do contraditório por parte do réu na ação de divórcio, bem como provocar a discussão acerca das consequências processuais da natureza do divórcio de direito potestativo.

O Direito de Família é um dos ramos do direito que mais sofre alterações à medida que correm os séculos e é particularmente sensível às mudanças sociais. Eis que se ocupa, fundamentalmente, da resolução dos conflitos que surgem a partir das relações interpessoais em âmbito familiar. Muito embora haja extensa regulamentação legal, os entendimentos jurisprudenciais estão em constante evolução, pois precisam acompanhar as alterações fáticas estruturais e organizacionais das relações familiares.

Há grande influência religiosa, ética e moral no Direito de Família em razão de os responsáveis pela elaboração e pela aplicação das normas jurídicas serem indivíduos que vivem em sociedade e compõem entidades familiares, o que os impede de uma análise isenta das

questões de família. Embora se reconheça esta influência, deve-se limitar este influxo tanto quanto seja possível. A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito no qual se consagram diversos direitos fundamentais e dentre eles, a proteção da instituição familiar da forma mais ampla possível, de modo a englobar suas mais diversas conformações e eventuais disfuncionalidades.

O Direito de Família precisa acompanhar a dinamicidade das relações humanas, fornecendo soluções inovadoras a controvérsias de cunho material e processual. A proposta deste artigo é analisar uma dessas controvérsias, qual seja possibilidade de decretação judicial do divórcio sem necessidade da prévia oitiva do réu, aproximando o rito processual aplicável da realidade material vivenciada pelo indivíduo que pretende divorciar-se. A temática será abordada voltando-se os esforços a consequência processual da natureza jurídica do direito objeto da lide, a partir de uma perspectiva prática das eventuais consequências para o rito processual de considerar-se o divórcio como direito potestativo.

O primeiro capítulo concentra-se em questões de direito material, apresentando a evolução histórica do divórcio litigioso no Brasil, que culminou em sua elevação à direito potestativo, por força da Emenda Constitucional nº 66/2010, e provocando a reflexão acerca dos possíveis efeitos da natureza jurídica do divórcio.

O segundo capítulo, por sua vez, trata de forma aprofundada das questões processuais referidas no primeiro capítulo, analisando detalhadamente a possibilidade, já consagrada na jurisprudência pátria, de decretação do divórcio em sede de tutela de evidência.

No terceiro capítulo, discute-se a inutilidade do exercício do contraditório prévio para análise do pedido de divórcio, principalmente diante da necessidade de celeridade processual, sugerindo a prolação de decisão de decretação do divórcio em sede de tutela de evidência, antes da oitiva da parte ré – como meio eficaz de concretização do direito de divorciar-se.

O método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo, uma vez que diante de uma série de proposições hipotéticas se transcorre sobre a temática, examinando as possíveis respostas para cada questionamento e, dentre elas, elegendo a que é mais adequada a conceder ao jurisdicionado o melhor provimento judicial dentro do menor prazo possível. Para tanto, a abordagem desta pesquisa jurídica é qualitativa.

1. DIVÓRCIO COMO DIREITO POTESTATIVO

Para que se possa analisar a proposta deste artigo de decretação do divórcio litigioso em sede de tutela provisória antes da citação da parte contrária, é necessário estabelecer

algumas premissas de índole material. Nesse sentido, faz-se necessária uma brevíssima abordagem histórica, isto porque a melhor compreensão dos vieses contemporâneos do divórcio exige que se perpassasse os antecedentes que levaram à atual regulamentação.

Como já bem dito, as questões atinentes ao Direito de Família são influenciadas por padrões éticos, religiosos, morais e culturais e o divórcio não foge a esta regra. No Brasil, até o ano de 1999, os casamentos não podiam ser voluntariamente dissolvidos. Significa dizer que o casamento válido só se extinguia com o perecimento de um dos nubentes. A única hipótese de terminação voluntária da sociedade conjugal era o desquite que, por sua vez, não dava fim ao vínculo matrimonial – ou seja, o desquitado não podia casar-se novamente.

Com a edição da Lei nº 6515/77, passou-se a admitir o divórcio, com a necessidade de prévia separação judicial. Em 1988, com o advento da Constituição Federal, aboliu-se a restrição de cada pessoa só podia divorciar-se apenas uma vez, mas foi mantida a exigência de prévia separação judicial como requisito do divórcio, a não ser que o casal já estivesse separado de fato há pelo menos dois anos.

No ano de 2010 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao art. 226 §6 da Constituição Federal¹, simplificando seu texto ao afirmar que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Quando da reforma do texto constitucional, questionou-se em doutrina se a nova redação era meramente afirmativa de que a disciplina do divórcio teria sido retirada da Lei Maior. Isto porque a alteração no Texto Maior não veio acompanhada da modificação ou da revogação de dispositivos do Código Civil e de leis específicas. Foi preciso que a doutrina interpretasse o dispositivo constitucional e firmasse entendimento acerca da matéria, no sentido da mera desconstitucionalização, sem superação ou revogação das normas infraconstitucionais que tratam do tema, ou entendendo pela inviabilidade da separação de direito no contexto pós-Emenda.

Zeno Veloso², ao tratar do tema afirmou que “numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226 §6º, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi abolida em nosso direito”. Nesse mesmo sentido, tem-se as palavras de Flávio Tartuce³, para quem “a Emenda

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2021.

² VELOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado*. Disponível em: < <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2328305/artigo-o-novo-divorcio-e-o-que-restou-do-passado-por-zeno-veloso>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 315.

Constitucional nº 66/2010, conhecida como Emenda do Divórcio, representa uma verdadeira revolução para o Direito de Família brasileiro”.

A doutrina majoritária, representada não apenas pelos dois juristas cujas ideias reproduziu-se acima, mas também por Cristiano Chaves de Farias⁴, Pablo Stolze Gagliano⁵ e Maria Berenice Dias⁶, interpretou a reforma constitucional entendendo que a partir dela, perderam força jurídica as regras legais sobre separação judicial, que passa a ter utilidade apenas para aqueles que já se encontravam separados ao tempo de sua vigência. Ademais, desaparece o requisito temporal para o divórcio, que passa a ser exclusivamente direto.

A Emenda do Divórcio busca afastar o Estado da intimidade do casal e reconhece a autonomia dos cônjuges para extinguir, por sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de cumprimento de qualquer requisito temporal.

Cristiano Chaves de Farias⁷ entende que o princípio constitucional norteador da matéria, após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, passou a ser o da facilitação da obtenção da dissolução do casamento, submetendo-a a apenas um requisito, qual seja, a vontade da pessoa casada.

Nesse mesmo sentido, tem-se o entendimento de Maria Berenice Dias⁸, para quem “a Emenda Constitucional nº 66/2010, com um só golpe alterou o paradigma de todo o Direito das Famílias”, não apenas porque determinou a dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de qualquer prazo, mas também porque eliminou a possibilidade de identificação de culpados.

Com relação à possibilidade de determinação de culpa pela ruptura da conjugalidade, cabe referir o posicionamento de Flávio Tartuce⁹ que, muito embora entenda que a culpa não pode obstar a decretação do divórcio, permite a sua discussão para outros fins, compensatórios ou de fixação de pensão alimentícia. Para ele, é possível aferir culpa no fim do vínculo matrimonial, em casos graves e excepcionais, em razão de o casamento ser um contrato que estabelece direitos e deveres aos contratantes. Apesar desse entendimento, Tartuce não nega a ideia de mitigação da culpa, em casos de culpa recíproca dos cônjuges, de difícil investigação da culpa ou até mesmo em casos de deterioração factual do casamento.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 350.

⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 641.

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 120.

⁷ FARIAS, op. cit., p. 417.

⁸ DIAS, op. cit., p. 355.

⁹ TARTUCE, op. cit., p. 1913.

Nesse mesmo sentido, cabe mencionar o entendimento de Guilherme Couto de Castro¹⁰, para quem o fato de ser dispensável a causa culposa para decretação do divórcio, não afasta a possibilidade que os termos do divórcio serem discutidos cogitando-se de culpa. Para este autor, a culpa no fim do relacionamento tem uma imensa gama de efeitos, como por exemplo, possível responsabilidade civil de um dos cônjuges, mas só deve ser suscitada quando na ação judicial forem discutidas questões atinentes a tais efeitos.

A posição doutrinária ora referida é relevante para fins de fixação de determinados efeitos colaterais decorrentes do casamento, mas em nada impacta a conclusão de que o divórcio é um direito potestativo. Pablo Stolze Gagliano¹¹, ao tratar do tema afirma que para fins de dissolução da sociedade conjugal, não cabe ao juiz buscar as razões que levaram ao fim do matrimônio, bastando o fim do afeto.

O que se tem, portanto, é o banimento da culpa para fins de decretação de divórcio, uma vez que a busca por um culpado pelo fracasso da relação conjugal afronta os princípios constitucionais da privacidade, da intimidade, da liberdade e da afetividade, culminando por atingir o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Pós Emenda Constitucional nº 66/2010, o divórcio passou a ser concebido como um direito incondicionado e extintivo. Essa alteração reflete os novos valores da sociedade brasileira, que está preocupada não em impedir o rompimento de um vínculo fadado ao fracasso, mas sim em proteger os integrantes da família, individualmente, e assegurar que eles, em condições de igualdade, possam requerer o divórcio, caso não queiram mais disfrutar da vida em comum.

Ao contrário de um direito subjetivo, em que o indivíduo se vale de uma faculdade incorporada à sua esfera jurídica em razão de uma previsão legal de um direito objetivo, o direito potestativo é aquele incontroverso, ao qual a parte contrária nada pode opor. Aquele contra quem um direito potestativo é alegado, não pode contestá-lo, devendo a ele sujeitar-se.

Tratar o divórcio como um direito potestativo é contemplá-lo como fruto da autonomia privada e da liberdade. Para Cristiano Chaves Farias¹², o divórcio é um direito potestativo extintivo que tem como fundamento único o desamor. Essa é uma visão garantista e que privilegia a perspectiva constitucional de que o fim do projeto de comunhão plena de vida não se submete a qualquer requisito que não o fim da afetividade.

¹⁰ CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil – Lições*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011 p. 344.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 690.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 389, [e-book].

Não sendo possível discutir na ação de divórcio qual dos cônjuges deu culpa ao fim do relacionamento, ainda que se admita a relevância da culpa para resolução de questões acessórias ao divórcio, o direito de divorciar-se é potestativo, sendo incabível qualquer oposição à pretensão do autor, vez que simplesmente fundada em sua liberdade de não permanecer casado. Essa interpretação representa uma evolução do ponto de vista jurídico-normativo, pois elimina o estigma que havia em um contexto pré Emenda Constitucional nº 66/2010 sobre aquele a quem a culpa era atribuída, sobretudo se fosse o cônjuge mulher.

Nas palavras de Gustavo Tepedino¹³ “a identificação de um culpado pelo fracasso do casamento revelava a intenção do legislador em manter a união a todo custo, como se o rompimento do vínculo conjugal representasse o esfacelamento da própria família”.

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴ vai além e defende que a análise de culpa é incompatível com a concepção da família-instrumento, posta em vigor pela Constituição Federal¹⁵ e que volta a família, como instituto, à realização pessoal de seus membros, individualmente considerados.

Arnaldo Rizzardo¹⁶, em igual sentido, é categórico ao afirmar que “basta a mera disposição de divorciar-se”, fazendo menção à Emenda Constitucional nº 66/2010 como representativa de um reforço ao caráter laico da República Federativa do Brasil. Isto porque, ao mesmo tempo em que extinguiu a separação que burocratizava o desiderato daqueles que simplesmente querem dar fim ao casamento, dispensou qualquer lapso temporal impeditivo do divórcio e eliminou a possibilidade de aferição de culpa ou má conduta de um dos cônjuges para fins da dissolução do vínculo conjugal.

Estabelecida a importante premissa de que o direito de se divorciar é potestativo, analisar-se-á, no próximo capítulo, a possibilidade de concessão do divórcio judicial em sede de tutela provisória de evidência.

2. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO DIVÓRCIO JUDICIAL EM SEDE DE TUTELA DE EVIDÊNCIA

¹³ TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na separação e no divórcio*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista02/revista02_32.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A tutela do nome da pessoa humana*. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/175/401>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 01.

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direitos de Família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 335.

Nos termos da legislação vigente, o divórcio pode ser litigioso ou consensual. O divórcio consensual poderá ser feito por meio de escritura lavrada em tabelionato, subscrita por advogado e pelos cônjuges, se não houver filhos incapazes e, neste caso, será levada ao Registro Civil competente para averbação. Havendo interesse de incapazes, o procedimento deverá ser judicial.

O divórcio litigioso, por sua vez, terá como via única a judicial. Ressalte-se que, em razão do entendimento exposto no capítulo anterior, de que o divórcio é um direito potestativo e, portanto, não condicionado a culpa, a litigiosidade não diz respeito ao pedido de divórcio em si, mas sim a pedidos conexos à decretação da dissolução do casamento.

A ação de divórcio litigioso, na vasta maioria dos casos, apresenta pedidos cumulados ao divórcio, vez que, como já foi dito, o réu não pode se opor ao pedido de divórcio em si, razão pela qual o conflito normalmente repousa sobre cláusulas relativas à matéria subjacente, como a partilha dos bens do ex-casal, a guarda ou o regime de visitação dos filhos, a fixação de alimentos em favor de um dos ex-cônjuges.

A demanda seguirá o procedimento especial previsto para as ações de família nos arts. 693 a 699 do Código de Processo Civil¹⁷. Recebida a petição inicial, o juiz ordenará a citação pessoal do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, após tomadas as providências referentes à tutela provisória, nos termos do art. 695.

Após a entrada em vigor do referido diploma legal e da alteração da Constituição trazida pela Emenda nº 66/2010, discute-se a possibilidade de decretação do divórcio em sede de tutela provisória, em momento anterior ao da análise dos pedidos conexos ao divórcio.

O Código de Processo Civil¹⁸ prevê, em seu art. 294, duas espécies de tutela provisória, qual sejam a tutela de urgência e a tutela de evidência. Esta última presta-se à concessão de decisão antecipatória do mérito, em hipóteses em que o direito trazido pelo autor na exordial é evidente, mesmo que não seja por ele relatada uma situação de urgência.

A tutela de evidência apresentada no ora referido art. 294 do Código de Processo Civil¹⁹ é objeto de regulamentação específica pelo art. 311 do mesmo diploma legal²⁰, sendo previstas quatro hipóteses para sua concessão (incisos I a IV). Nenhum desses incisos faz

¹⁷ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 17.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

menção expressa à decisão de decretação do divórcio, mas será que o rol de hipóteses previstos nos incisos I a IV do art. 311²¹ é taxativo?

Segundo Cássio Scarpinella Bueno²², a evidência não deve ser interpretada literalmente, ela deve ser entendida como a situação em que o requerente tem direito mais provável que o de seu adversário, razão pela qual impõe-se a proteção jurisdicional imediata, independente de urgência. Por essa razão, o ora mencionado autor defende a existência outras hipóteses assimiláveis à tutela de evidência além das previstas no art. 311 do Código de Processo Civil²³, citando como exemplo a tutela das ações possessórias, a tutela de fruição de bens pelos herdeiros ao longo do inventário e a tutela de resguardo de bens para o nascituro em nome do inventariante.

Nesse mesmo sentido, tem-se o entendimento de Fredie Didier Jr.²⁴, para quem “a evidência é um fato jurídico processual. É o estado processual em que as afirmações de fato estão comprovadas”. Este autor defende que a evidência é uma técnica processual que exige a presença de dois pressupostos: prova das alegações e probabilidade de acolhimento da pretensão. A tutela seria possível, portanto, sempre que o direito fosse evidenciado por provas.

Em suas palavras²⁵, “o art. 311 do Código de Processo Civil²⁶ traz hipóteses de evidência que justificam a tutela provisória, mas pode haver outras, espalhadas pela legislação”. Limitar a tutela de evidência às hipóteses dos incisos do art. 311 seria ignorar que possam existir situações outras em que o direito alegado seja evidente, tornando estática norma que se pretende dinâmica. Comprovados os requisitos que tornam o direito evidente, perfeitamente possível se afigura a concessão da tutela.

Nesse mesmo sentido, cabe mencionar os enunciados nº 422²⁷ e nº 423²⁸ do Fórum Permanente de Processualistas Civis que defendem que as hipóteses do art. 311 do Código de

²¹ Ibid.

²² BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 494.

²³ Ibid.

²⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 697.

²⁵ Ibid., p. 698.

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. Enunciado 422 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: A tutela de evidência é compatível com os procedimentos especiais. Disponível em: < <https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>>. Acesso em 09 jun. 2021.

²⁸ BRASIL. Enunciado 423 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Cabe tutela de evidência recursal. Disponível em: <https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>. Acesso em: 09 jun. 2021

Processo Civil²⁹ não são exaustivas e que a tutela de evidência é plenamente compatível com os procedimentos especial e com a fase recursal.

O direito de divorciar-se é evidente vez que se funda exclusivamente na vontade do autor de não mais permanecer casado, não sendo possível a parte ré a ele opor-se. Em outras palavras, é possível concluir de plano pela plausibilidade do direito do autor de dissolução do casamento.

Há na jurisprudência³⁰, decisões esparsas pelo indeferimento do divórcio em sede de tutela provisória, apesar do caráter evidente do divórcio. O argumento utilizado para tanto é justamente já refutada necessidade de previsão expressa da hipótese no art. 311 do Código de Processo Civil³¹, bem como o perigo de irreversibilidade da decisão. Essa posição é defendida em doutrina por Denise Damo Comel³², para quem a potestividade do direito de divorciar-se é um estado de poder comum dos cônjuges, razão pela qual não se autorizaria o seu exercício unilateral e de forma isolada.

A posição que predomina em doutrina³³ e em jurisprudência³⁴ hoje é, em sentido diverso, pela possibilidade de decretação do divórcio em sede de tutela provisória de evidência, partindo-se da *ratio* ora explicitada de que o rol do art. 311 do Código de Processo Civil³⁵ é exemplificativo.

Mais do que isso, na lógica processual vigente, a concessão do divórcio em sede de tutela provisória de evidência é não apenas viável, mas também recomendável. Os rumos da família devem ser definidos por seus membros, como forma de privilegiar-se à autonomia da vontade, não cabendo ao Estado imiscuir-se nas decisões da família, projetando sobre os cidadãos uma visão idealidade de entidade familiar, totalmente dissociada da realidade fática.

A postergação da decisão de divórcio, na maioria das vezes, leva ao aumento da animosidade do casal, gerando reflexos negativos não apenas para os futuros ex-cônjuges, mas também para os outros membros da família, por exemplo, filhos em comum. As relações

²⁹ Ibid.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0013270-57.2021.8.19.0000*. Relator: Desembargador Ricardo Alberto Pereira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.17203>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³¹ Ibid.

³² COMEL, Denise Damo. *Divórcio Liminar: Reflexões*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38217/divorcio-liminar-reflexoes>>. Acesso em 29 abr. 2021.

³³ TARTUCE, Fernanda. *Divórcio liminar como tutela provisória de evidência: avanços e resistências*. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Divorcio-liminar-como-tutela-de-evidencia-Fernanda-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento nº 0009145-46.2021.8.19.0000*. Relator: Desembargador Werson Franco Pereira Rêgo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.12412>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³⁵ Ibid.

conjugais fundamentam-se na liberdade e na igualdade e a morosidade na decretação do divórcio viola a autonomia da vontade do autor que, enquanto não tiver o vínculo conjugal dissolvido, não pode contrair novas núpcias.

Conforme já explicitado no primeiro capítulo deste artigo, a tutela constitucional da família é voltada à proteção de seus membros, assegurando-se, em tempo razoável, a dissolução de um vínculo que não mais pretendam manter, para que possam buscar a constituição de uma nova família. Nesse sentido, a decretação do divórcio em tutela de evidência contribui para a efetivação do princípio da busca da felicidade.

A ora mencionada busca pela felicidade, erigida a princípio por força do julgamento emblemático, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo³⁶, funda-se na noção de que na convivência familiar, baseada no afeto, deve valorizar, particularmente, o bem estar, o respeito, o desenvolvimento pessoal dos integrantes da família e o direito do homem de ir em busca de sua mais alta aspiração que é, essencialmente, a felicidade.

A bem da verdade é que exigir que a parte autora aguarde o curso da instrução processual para que haja a decretação do divórcio é ignorar o princípio da celeridade processual trazido pelo art. 4º do Código de Processo Civil³⁷, fazendo prevalecer o exercício de um contraditório inútil. A pretensão autoral de dissolução do casamento não permite prova em sentido contrário, ou seja, não poderá o réu, no curso da instrução processual, produzir prova capaz de obstar a procedência do pedido autoral de divorciar-se.

Ademais, é incabível prolongar a agonia de um processo judicial diante da expressa possibilidade prevista no Código de Processo Civil³⁸ de cisão do mérito da demanda. Seu art. 356 prevê que o juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados mostrar-se incontroverso (inciso II) ou estiver em condições de imediato julgamento (inciso II).

A decisão que decreta o divórcio de um casal em sede de tutela provisória de evidência é uma decisão parcial de mérito. Inclusive, no que tange aos efeitos dessa tutela, existem algumas particularidades interessantes.

Como regra, a tutela de evidência é satisfativa, mas precisa ser confirmada por sentença. No entanto, a decretação do divórcio em tutela de evidência foge a essa regra. Isto porque, ao mesmo tempo em que o direito de se divorciar, por ser de natureza potestativa, é

³⁶ BRASIL. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Relator Ministro Ayres Britto. Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

evidente, o pedido de divórcio, desde o momento do ajuizamento da ação, está em condições de imediato julgamento, amoldando-se à hipótese do art. 356, II do Código de Processo Civil³⁹.

É sabido que a decisão parcial de mérito, transitando em julgado, produz os mesmos efeitos que uma sentença. Portanto, a decisão que decreta o divórcio em sede de tutela de evidência dispensa ratificação por sentença, pois a ela equivale, devendo qualquer das partes averbá-la no cartório competente após o seu trânsito em julgado.

Essa definitividade da decisão que concede o divórcio em sede de tutela provisória deriva da natureza do direito objeto da lide que, por ser potestativo, enquadra-se nos requisitos necessários à concessão da tutela de evidência e ao mesmo tempo, permite a cisão do mérito, em razão da existência de condições para a imediata resolução do divórcio.

Portanto, conclui-se pela possibilidade concessão do divórcio em sede de tutela provisória, como preceituado por Maria Berenice Dias⁴⁰, já que ação de divórcio não dispõe de causa de pedir, não havendo defesa cabível. Nas palavras da autora⁴¹, “culpas, responsabilidades, eventuais descumprimentos dos deveres do casamento não integram a demanda”, sendo recomendável a concessão da tutela para a redução do grau de litigiosidade da ação, pacificando-se ao menos um dos conflitos ali existentes.

3. DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO *INAUDITA ALTERA PARTE*

O divórcio é um instrumento que proporciona a extinção da relação conjugal, sem causa específica, a partir da simples manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges e que gera como consequência a extinção dos deveres conjugais. A ação de divórcio tem eficácia desconstitutiva ou constitutiva negativa e com o trânsito em julgado da sentença os cônjuges adquirem a condição de divorciados.

O divórcio incondicionado alinha-se com os princípios constitucionais da autonomia e da liberdade sob uma perspectiva de intervenção mínima do direito de família na vida privada do casal. A família constitui-se com base no afeto e o divórcio é, portanto, uma ruptura afetiva, apesar de quase sempre estar vinculado a questões acessórias de natureza financeira.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ DIAS, op. cit., p. 380.

⁴¹ Ibid., p. 379.

Para Pablo Stolze⁴², o processo serve à vida, não havendo razão para manter-se vinculado o casal, se inexistente o afeto, vez que os efeitos paralelos ou colaterais do casamento podem levar meses ou, até mesmo anos, para serem solucionados. Essa é a razão para, conforme explicitado no capítulo anterior, admitir-se a decretação do divórcio em sede de tutela de evidência.

Nesse contexto, partindo-se da premissa de que é possível a decretação do divórcio em sede de tutela de evidência, cabe analisar se a dissolução do vínculo conjugal exige a angularização da relação processual para que se delibere acerca da pretendida tutela de evidência ou se é possível a decretação do divórcio liminarmente.

Liminar, etimologicamente, do latim, *liminares*, diz respeito ao momento inicial, ao primeiro estágio de algo. É por isso que no universo jurídico, liminar é toda decisão tomada no início do litígio, na fronteira da disputa (*in limine litis*). A decisão liminar é, portanto, aquela que antecede a oitiva da parte contrária, ou seja, é aquela proferida *inaudita altera parte*, concedida pelo juiz no início do processo, antes da oitiva da parte adversa.

O questionamento acerca da possibilidade de concessão do divórcio liminarmente em tutela de evidência surge, a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, em razão de o direito de divorciar-se passar-se a ser potestativo.

O repositório jurisprudencial pátrio, ao enfrentar o tema, pode ser dividido em três posições distintas: aqueles que entendem não ser possível a decretação do divórcio em sede de tutela provisória, aqueles que entendem ser possível a decretação do divórcio em sede de tutela provisória de evidência, desde que dada oportunidade de manifestação prévia da parte contrária e aqueles que defendem a possibilidade de concessão de divórcio liminar.

Como a controvérsia acerca da possibilidade da concessão do divórcio antes da sentença já foi explorada no capítulo anterior, explicitando-se que prevalece o entendimento daqueles que defendem a possibilidade de decretação do divórcio em sede de tutela de evidência, passe-se a análise da possibilidade de concessão do divórcio antes da oitiva da parte contrária.

Quem nega esta possibilidade o faz com base na gravidade e na irreversibilidade da medida, uma vez que a decisão em sede de tutela provisória decretaria o fim da sociedade conjugal sem a observância de prévio contraditório. Há também julgados⁴³ que negam a

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze. *Divórcio liminar*. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/118306362/divorcio-liminar-artigo-do-prof-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Agravo de instrumento nº 10188856720208110000*. Relator: Desembargador João Ferreira Filho. Disponível em: <

decretação liminar do divórcio antes da citação da parte contrária por ausência de previsão legal da hipótese no art. 311 § único do Código de Processo Civil⁴⁴, razão pela qual a tutela de evidência de decretação do divórcio dependeria da previa citação do réu.

Por outro lado, há quem defenda⁴⁵ a decretação do divórcio independe de qualquer prova ou condição em razão da dispensabilidade de formação do contraditório. Isto porque, se não há materialmente nada que possa ser alegado pelo réu para impedir a decretação do divórcio, não há necessidade de ouvi-lo antes da decretação do fim do casamento, desde que, evidenciada a realidade fática de desfazimento da relação conjugal anteriormente havida.

Nesse sentido, estar-se-ia diante de hipótese de contraditório inútil, uma vez que fornecendo o autor, na exordial, provas suficientes da dissolução do vínculo, não há que se obstar a concessão do divórcio sob o argumento de que o réu precisa necessariamente manifestar-se. Efetivamente, não há qualquer argumento que possa obstar a decretação do divórcio pleiteado. A oitiva do réu e a produção de outras provas em nada alterariam a manifestação de vontade da parte autora pelo divórcio e, conseqüentemente, a necessidade de alteração do estado civil das partes.

A decretação do divórcio concretiza o direito individual à felicidade afetiva, devendo o requerente tê-lo concedido no menor prazo possível. A citação quanto ao pedido puramente de divórcio tem por finalidade única cientificar a parte ré da modificação do seu estado civil. Se a parte autora já manifestou sua vontade de dissolver a união matrimonial, caberá ao outro cônjuge sujeitar-se a essa vontade – o pedido é, portanto, incontroverso, dispensando a produção de provas e o consentimento da parte ré.

Nesse sentido, surgiram, a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015⁴⁶, na jurisprudência pátria, decisões esparsas⁴⁷ permitindo a decretação do divórcio liminarmente, fundamentando-o na natureza do divórcio de direito potestativo, o que

mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1134895272/10188856720208110000-mt>. Acesso em: 29 abr. 2021. e BRASIL, Vigésima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento nº 0009137-69.2021.8.9.0000*. Relator: Wilson do Nascimento Reis. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.12405>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Como, por exemplo, Maria Berenice Dias em DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 380, [e-book].

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Com diversos julgados ao redor do país permitindo a concessão em sede liminar, como por exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Agravo de instrumento nº 04520953020208090000*. Relator: Desembargador Maurício Porfírio Rosa. Disponível em: <<https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172231952/agravo-de-instrumento-cpc-ai-4520953020208090000-goiania>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

dispensaria a formação do contraditório, vez que o único elemento necessário à decretação do divórcio seria a manifestação de vontade de um dos cônjuges, no caso, do autor.

Permitir o divórcio liminar é firmar a necessidade de celeridade processual e consagrar o princípio da autonomia da vontade, dando à norma constitucional que impôs o divórcio incondicionado, aplicação prática, autorizando que as partes tenham o seu direito à busca pela felicidade afetiva privilegiado.

O tema tem sido intensamente discutido em doutrina e corroborando com a possibilidade, tem-se os ensinamentos de Pablo Stolze⁴⁸, que já defendia a possibilidade de decretação por meio de decisão interlocutória sem urgência antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil⁴⁹, e de Fernanda Tartuce⁵⁰, para quem a possibilidade de dissolução do divórcio liminar representa uma importante mudança de paradigma valorizadora da autonomia do indivíduo.

Em verdade, após o aumento do debate no âmbito doutrinário, firmaram-se, nos últimos 2 (dois) anos, decisões contundentes e robustas, proferidas ou confirmadas pelos Tribunais de Justiça e não apenas por juízes singulares. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, muito embora não se possa dizer que haja entendimento pacífico nesse sentido, há inúmeras decisões⁵¹, todas muito recentes, autorizando a decretação do divórcio liminarmente, dispensando-se a formação do contraditório para a concessão do divórcio, em razão de se tratar de direito potestativo incondicionado.

Não há qualquer prejuízo às partes na decretação do divórcio liminar. Apesar desta tese ainda sofrer alguma resistência – fundada na possibilidade de prejuízo na ausência de citação, a tendência é que a decretação do divórcio em tutela de evidência *inaudita altera parte* incorpore-se verdadeiramente ao procedimento, passando a ser deste modo concedida, em razão da previsão constitucional de que o divórcio é direito potestativo incondicionado e também em virtude dos princípios constitucionais da liberdade e da autonomia da vontade.

CONCLUSÃO

⁴⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Divórcio liminar*. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/118306362/divorcio-liminar-artigo-do-prof-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ TARTUCE, Fernanda. Divórcio liminar como tutela provisória de evidência: avanços e resistências. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Divorcio-liminar-como-tutela-de-evidencia-Fernanda-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁵¹ É o caso, por exemplo, das tutelas concedidas nos julgamentos dos agravos de instrumento de nº 009145-46.2021.8.19.0000, 0009085-73.2021.8.19.0000, 0071972-30.2020.8.19.0000 e 0085157-38.2020.8.19.0000, todas proferidas por Câmaras Cíveis do TJRJ no ano de 2021.

A concessão do divórcio em sede de tutela de evidência de forma liminar é uma criação jurisprudencial baseada nos ensinamentos doutrinários acerca do instituto do divórcio e que pretende conceder prevalência ao direito da dignidade humana daquele que pretende divorciar-se em detrimento de um contraditório inservível.

O fim do casamento não é o ponto final da vida em família e não deve gerar a estigmatização de nenhum dos ex-cônjuges, muito embora haja quem defenda que a culpa continua sendo passível de discussão para fins de responsabilidade civil e fixação de alimentos. O ponto chave do cabimento do divórcio em tutela provisória antes da oitiva da parte ré é a impossibilidade de êxito na contestação do pedido, ou seja, a inutilidade da defesa no que diz respeito ao pedido de divórcio em si.

A controvérsia é de fundo constitucional uma vez que a natureza jurídica do divórcio é prevista na Carta Magna e não por acaso o direito de divorciar-se foi alçado a essa esfera. Trata-se de expressão importante da individualidade e da liberdade do indivíduo e em 2010, mais de 20 (vinte) anos depois da promulgação da Constituição Cidadã, aprovou-se a Emenda Constitucional nº 66/2010, que submete o divórcio a apenas um requisito, qual seja a vontade da pessoa casada de divorciar-se.

Demonstrada a existência da relação matrimonial por meio de documento hábil e havendo pedido expresso de tutela provisória de divórcio, é viável a sua imediata decretação, sendo desnecessário aguardar pela angularização processual.

Não há que se argumentar o risco de irreversibilidade da medida, visto que se trata de decisão personalíssima, tomada por cônjuge capaz, pautada na livre vontade de pôr fim à relação matrimonial. Permitir o divórcio liminar é efetivar o direito do cônjuge requerente de buscar por sua felicidade e constituir nova família após cessado faticamente o vínculo matrimonial anterior. Não se pode, a pretexto de conceder à parte ré o direito ao contraditório, ignorar que a natureza do direito pleiteado pela parte autora não admite qualquer defesa, seja material ou processual, excluindo-se, é claro, questões acessórias ligadas, por exemplo, à partilha de bens do ex-casal e a fixação de alimentos.

O que se espera é que, com o passar dos anos, o divórcio liminar deixe de ser uma inovação e passe a fazer parte da praxe jurídica aplicável às ações de divórcio litigioso. Isto se, inovações legislativas não tomarem a frente na evolução da lógica procedimental, passando a permitir o divórcio unilateral extrajudicial a ser realizado diretamente junto ao Cartório de Registro das Pessoas Naturais. Nesse sentido, já existem inúmeros projetos de lei em diversos estados da federação.

A Emenda Constitucional nº 66/2010 foi aprovada com a finalidade de libertar o casal do calvário de permanecer casado quando a sociedade conjugal já sucumbiu. O divórcio liminar instrumentaliza esta finalidade simplificando o procedimento, privilegiando a economia processual e preservando a carga axiológica do princípio da liberdade na busca do amor e da felicidade garantido constitucionalmente, além de descolar o casamento de noções éticas, morais e religiosas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. *Lei nº 10406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Agravo de instrumento nº 10188856720208110000*. Rel. João Ferreira Filho. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1134895272/10188856720208110000-mt>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento nº 0009137-69.2021.8.9.0000*. Rel. Wilson do Nascimento Reis. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.12405>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 132*. Rel. Min. Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0013270-57.2021.8.19.0000*. Rel. Ricardo Alberto Pereira. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.17203>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento nº 0009145-46.2021.8.19.0000*. Rel. Werson Franco Pereira Rêgo. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.12412>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de instrumento nº 0013273-12.2021.8.19.0000*. Rel. Marcos André Chut. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2021.002.17232>>. Acesso em: 29 de abr. 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil – Lições*. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

COMEL, Denise Damo. *Divórcio Liminar: Reflexões*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38217/divorcio-liminar-reflexoes>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Jus Podium, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: famílias*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Divórcio liminar*. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/118306362/divorcio-liminar-artigo-do-prof-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

_____. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A tutela do nome da pessoa humana*. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/175/401>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direitos de Família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Fernanda. *Divórcio liminar como tutela provisória de evidência: avanços e resistências*. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Divorcio-liminar-como-tutela-de-evidencia-Fernanda-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Manual de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na separação e no divórcio*. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista02/revista02_32.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

VELOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado*. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2328305/artigo-o-novo-divorcio-e-o-que-restou-do-passado-por-zeno-veloso>>. Acesso em: 29 abr. 2021.