

ALEXANDRE AUGUSTO DE MATTOS ZWICKER

**TUTELAS DIFERENCIADAS
NOS PROCESSOS DE FAMÍLIA**

**São Paulo
Março de 2006**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Tutelas Diferenciadas nos Processos de Família

Proposta de Dissertação de Mestrado
apresentada ao programa de Pós-Graduação
em Direito pela Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo – Direito das
Relações Sociais - Área de Concentração:
Direito Processual Civil, como requisito
para a obtenção do título de Mestre sob a
orientação do Professor Doutor Francisco
José Cahali.

**São Paulo, SP
Março de 2006**

ALEXANDRE AUGUSTO DE MATTOS ZWICKER

Tutelas Diferenciadas nos Processos de Família

Comissão Julgadora
Dissertação para obtenção de grau de Mestre

Presidente e orientador:
Prof. Dr. Francisco José Cahali

2º Examinador. Dr.
3º Examinador. Dr.

AGRADECIMENTOS

Talvez eu pratique alguma injustiça ao agradecer a todos que me ajudaram e desejaram meu êxito, mas não poderia deixar de agradecer aqueles que estiveram comigo durante essa jornada. A minha mãe Nelly pela mulher guerreira que é, lutadora, que me mostrou além das leis escritas, que o direito o acima de tudo é uma paixão. Ao meu avô Tibúrcio de Mattos por ter sido um jurista tão brilhante em idos tão difíceis. Em especial a minha amável Melanie por ser tão compreensiva e companheira de todas as horas.

A Doutora Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim, pela oportunidade e ingresso no curso de pós-graduação de tão renomada Universidade. Ao Doutor Francisco Cahali, tão atencioso e amigo que é pelas horas dedicadas a realização desse trabalho. A todos os professores pelo enorme saber e sempre tão atenciosos.

Aos meus amigos das constantes viagens, das aulas e das caronas nunca os esquecerei.

**Justiça tardia frequentemente é
uma justiça pela metade
Francesco Carnelutti**

Zwicker, A.A.M. Tutelas Diferenciadas nos Processo de Família. 2006. 185f. dissertação (mestrado em direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO

Este estudo se constituiu em uma análise das tutelas jurisdicionais diferenciadas. São assim consideradas diferenciadas por não trazerem algo inovador na sua forma de aplicabilidade. Não se trata de procedimentos inovadores, mais sim da forma que são utilizados esses procedimentos. Não deverá existir no sistema processual um modelo de tutela jurisdicional apropriado a cada situação nova que surgir, mas os sistemas processuais deverão ser amoldados a realidade e necessidade dos jurisdicionados que necessitam de uma pronta satisfação do Estado para atender seus anseio. No estudo enfatizamos a proteção estatal através de formas de composição dos litígios. Veremos brevemente a formação da família no decorrer dos tempos. Forma de chamamento do envolvido na demanda processual. E as tutelas diferenciadas e sua aplicabilidade nos processos de família como a ação monitória e exceção de pré-executividade.

Palavras-chave: Família, Tutelas; Diferenciadas

Zwicker, A.A.M. Tutelas Diferenciadas nos Processo de Família. 2006. 185f. dissertação (mestrado em direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ABSTRAT

This study if it constituted in an analysis of the differentiated jurisdictional guardianships. Thus they are considered you differentiate for not bringing something innovative in its form of applicability. One is not about innovative procedures, more yes of the form that are used these procedures. An appropriate model of jurisdictional guardianship to each new situation will not have to exist in the procedural system that to appear, but the procedural systems will have to be amoldados the reality and necessity of the jurisdicionados ones that they need one ready satisfaction of the State to take care of its yearning. In the study we emphasize the state protection through forms of composition of the litigations. We will briefly see the formation of the family in elapsing of the times. Form of calling of the involved one in the procedural demand. E the differentiated guardianships and its applicability in the family processes as the monitória action and exception of daily pay-executividade.

Key words: Family; Guardianship; Differentiated

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 – A Família e o direito de família	41
1.1. A Evolução da Família	46
1.1.1. A Família Romana	48
1.1.2. A criação do Casamento Civil	52
1.2. AS FUNÇÕES DA FAMÍLIA - da Antiguidade aos dias Atuais	54
1.3. A FAMÍLIA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002	57
1.4. O CONCUBINATO, A UNIÃO ESTÁVEL E A ENTIDADE FAMILIAR	60
1.5. O LAPSO TEMPORAL NAS UNIÕES ESTÁVEIS	66
1.6. A ENTIDADE FAMILIAR CRIADA COM A CONSTITUIÇÃO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	68
1.7. AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS	72
1.8. A NOVA FAMÍLIA BRASILEIRA	75
2 – DA CITAÇÃO	80
2.1. DEFINIÇÃO	84
2.2. Citação No Direito Brasileiro	88
2.2.1 Saneamento da falta de citação válida	90
2.2.2. Das modalidades de citação	91
2.2.3. Citação editalícia no Direito de Família	102
3 – DA AÇÃO MONITÓRIA	106
3.1 Conceito	110
3.2. Objetivo e Alcance	113
3.3. Legitimidade "ad causam"	116
3.4. Interesse de Agir	117
3.5. Possibilidade Jurídica do Pedido	118
3.6. Requisitos da Ação Monitória	119
3.7. Fungibilidade e Liquidez do Crédito	124
3.8 Do Pedido	125
3.9. Da Citação na ação monitória	126
3.10. PROCEDIMENTO DA AÇÃO MONITÓRIA	129
3.10.1. Cumprimento da Obrigação	133
3.10.2. Interposição dos Embargos Monitórios	135

3.10.3. Inércia do Devedor	140
3.10.4. Fase Executiva da Ação Monitória	141
3.11. DA POSSIBILIDADE DA AÇÃO MONITORIA NOS PROCESSOS DE FAMÍLIA	144
3.12 CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO MONITÓRIA NOS PROCESSOS DE FAMÍLIA.	149
4 – DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	151
4.1. Breve Conceito Histórico	154
4.2. Natureza Jurídica	157
4.3. Processamento da Exceção de Pré-Executividade	158
4.4. Execução de Verba Alimentar Processada Pelo Rito do Artigo 732 do Código De Processo Civil	
4.4.1. O Processamento do Feito e Embargos a Execução Alimentar	164
4.4.2 Exceção de Pré-Executividade na Execução Alimentar por Expropriação de Bens.	168
4.5. Execução de Verba Alimentar Através da Ameaça de Prisão Civil	171
4.5.1. Do processamento do feito	175
<i>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</i>	
<i>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</i>	
<i>APÊNDICES.....</i>	

INTRODUÇÃO

Quando o homem passou a viver em sociedade, começaram a surgir conflitos de interesses decorrentes do convívio entre os semelhantes. Com isso, houve a necessidade de se estabelecerem formas de solução desses conflitos, pois a vida em sociedade tem por objeto a harmonia entre os seus componentes, não sendo aceitável que as desordens eventualmente surgidas fiquem sem solução.

Surgindo conflito entre dois interesses contrapostos, pode acontecer que seja resolvido por obra dos próprios litigantes ou mediação (decisão) imperativa de um terceiro, surgindo assim às maneiras primárias de pacificação dos conflitos sociais, quais sejam, a *autotutela* e a *autocomposição*, sendo que esta, divide-se em transação, renúncia e reconhecimento do direito do autor.

O vocábulo formado por justaposição do prefixo auto (próprio) e do substantivo “defesa” (tutela) equivale à “*defesa própria*”, ou “*defesa por si*

mesmo”.¹ A autotutela é a solução dos conflitos por meio da ação direta do homem, geralmente com a imposição da vontade de um sobre a do outro, por meio da força. Pois, se fossem entendidos literalmente, ficariam de fora da autodefesa não poucas manifestações que na mesma se incluem como a legítima defesa de terceiro e o estado de necessidade.

A autodefesa é uma forma de composição altamente nociva a toda a sociedade, pois certamente não satisfaz os interesses da Justiça como um pacificador social, pois certamente o mais forte terá sempre êxito em suas pretensões e o seu interesse prevalecerá ante dos mais fracos.

A autocomposição, consoante Alcalá-Zamora y Castilho², é um meio de resolução de conflitos, teria convivido com a autodefesa, mas representa uma forma mais evoluída do que esta. Este termo autocomposição deve-se a Carnelutti³ que ao trato dos equivalentes jurisdicionais, ai a inclui. É integrado também pelo prefixo auto (próprio) e pelo substantivo “*composição*”, que na linguagem carneluttiana equivale à solução, resolução ou decisão do litígio por obra dos próprios litigantes.

Pode ser realizada pela transação, quando ambos cedem um pouco no seu direito para pôr fim ao litígio; ocorre também com a renúncia, situação na qual o detentor do direito subjetivo desiste dele por não ter interesse na permanência do conflito; e pelo reconhecimento do direito do autor, quando o réu aceita o pedido formulado por aquele, sem opor resistência ao mesmo. A espontaneidade, que

¹ J.E. Carreira Alvim, pg. 12, Teoria Geral do Processo, 9ª edição, Ed. Forense, São Paulo, 2004.

² J.E. Carreira Alvim, pg. 12, Teoria Geral do Processo, 9ª edição, Ed. Forense, São Paulo, 2004.

³ Francesco Carnelutti, Sistema Del diritto Processuale Civile, Padova, Cedam, 1936, vol I, pg. 55

deveria ser requisito essencial de toda modalidade autocompositiva, pode estar ausente, muitas vezes e a desigual resistência econômica dos litigantes, a lentidão e a carestia dos procedimentos conduzem as partes a autocomposição que é no fundo verdadeiras rendições.

Nos dizeres de COUTURE⁴;

Se ha dicho más de una vez que la prohibición de la autodefensa es en si misma de orden procesal. Pero como bien se ha hecho notar, aunque eso sea así, no debe olvidarse que en tanto la autodefensa constituye una solución parcial del litigio por acto privado, el proceso constituye una solución parcial del litigio de público. La autotutela o autodefensa sacrifica este último interés al primero.

Ante a falta de imparcialidade de um juízo pré-fixado no qual recorreriam os litigantes, foi observado, no decorrer dos anos, que as referidas formas de solução de conflitos restaram insuficientes para promover a pacificação social dos litígios diários.

Em decorrência da necessidade do Estado em manter a ordem em seu território, este trouxe para si a competência exclusiva para dirimir os conflitos de interesses oriundos da vida em sociedade, vetando, salvo as exceções previstas em lei, a utilização da autotutela e da autocomposição. Os litígios passaram a ser solucionados pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, mediante a utilização do devido processo.

Três são as modalidades tradicionais de tutelas jurisdicionais (segundo a teoria trinária), quais sejam, as de conhecimento, de execução e cautelar. A

⁴ COUTURE, Eduardo, J. *Fundamentos del Derecho Processal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.

tutela cognitiva subdivide-se em três formas, que são as declaratórias, constitutivas e condenatórias. As duas primeiras têm aptidão para, de um lado, reconhecer a existência ou inexistência de uma relação jurídica, e de outro, criar, modificar ou extinguir situações jurídicas, encerrando assim, a lide em questão. A última forma não se soluciona apenas com a tutela de conhecimento, necessitando que o obrigado pela decisão condenatória cumpra com o determinado pelo órgão jurisdicional espontaneamente. Caso contrário será necessário à utilização da tutela de execução, que é o meio de coerção utilizado pelo poder judiciário no caso das tutelas de conhecimento condenatórias, para que suas decisões sejam cumpridas, quando isso não ocorrer de forma natural. Por fim, a tutela cautelar tem a finalidade de resguardar o direito que está sendo posto em discussão no processo de conhecimento ou de execução, para que o vencedor da demanda possa receber o objeto da ação pleiteado.

Não obstante todas estas formas de prestação da tutela jurisdicional, as mesmas não são suficientes para resolver todos os casos que são levados ao poder judiciário diariamente. Além do mais, as notórias transformações sociais, culturais, políticas e econômicas ocorridas, notadamente nas últimas décadas, tornaram mais complexas as relações humanas, sendo seus efeitos, forçosamente projetados *erga omnes*, implicando tal fenômeno na busca de meios alternativos de sobrevivência e adaptação do sistema, sob pena de exclusão dele.

As transformações ocorridas na sociedade nos últimos anos, bem como a morosidade da prestação jurisdicional, têm levado à necessidade de

criação de novos procedimentos afim de melhor proporcionar a solução dos litígios no menor período possível.

De fato, se o processo deve proporcionar a quem tem razão tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito, verificamos que as modalidades de tutelas jurisdicional mais conhecidas se mostram incapazes de desempenhar tal missão, até mesmo para aqueles direitos passíveis de plena satisfação pela via jurisdicional.

Existem casos, porém, muito mais graves, em que o caráter instrumental da tutela não funciona a contento. Por isso, entende-se não ser satisfatória a modalidade de tutela consistente na aplicação de sanções, sendo necessários remédios judiciais que previnam a ocorrência de lesões.

Em virtude dos argumentos supra expostos, muito se fala acerca da utilização da tutela jurisdicional diferenciada como meio para a efetivação da prestação jurisdicional. O que se objetiva é adequar o procedimento ao direito material pleiteado, no sentido de possibilitar a melhor solução do litígio no menor lapso temporal. Segundo o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

Tutela jurisdicional diferenciada significa, em certo sentido, tutela adequada à realidade de direito material. Se uma determinada pretensão de direito material está envolvida numa situação de emergência, a única forma de tutela adequada desta pretensão é aquela que pode satisfazê-la com base em cognição sumária⁵.

Certamente os modelos jurisdicionais tradicionais mostraram-se ineficazes no sentido de cumprir o objetivo para o qual se propuseram, quando o

Estado atraiu para si a exclusividade de competência para dizer o direito no caso concreto.

Não só a morosidade com que se conduz o processo no Poder Judiciário Brasileiro, bem como a ausência de mecanismos que sejam mais apropriados à efetivação do próprio direito material pleiteado, clamam pela necessidade de procedimentos que possam melhor garantir o bem da vida em litígio.

Excluindo-se as mazelas atuais do Poder Judiciário, falta de preparo de seus funcionários, equipamentos obsoletos e a falta de condições adequadas para a devida prestação jurisdicional a qual é titular o Poder Judiciário, o maior problema de todos. A falta de efetividade das decisões judiciais.

Transformações sociais e culturais trouxeram para a vida em sociedade necessidades até então inimagináveis ou então que não haviam sido suscitadas. Em decorrência destas questões, o processo até então existente mostrou-se inócuo, o que culminou na criação de meios de tutela jurisdicional diferenciada, justamente para atender a estes anseios dessa nova ordem social.

Ademais, os direitos meramente individuais, que representavam o foco principal de cautela e aplicação do processo civil, no sentido de buscar a solução dos conflitos relativos a estes interesses, teriam de deixar a posição exclusivista que ocupavam, tendo em vista as novas relações jurídicas que surgiam e os direitos delas resultantes.

⁵ Marinoni, Luiz Guilherme, Manual do Processo de Conhecimento, 3ª Ed., Editora RT, São Paulo, 2004.

O que passou a verificar-se no processo civil, especificamente, é que diante das circunstâncias sociais que se criaram, desenvolveu-se um novo modelo de processo, o qual buscava uma maior relação com o direito material.

Inicialmente, o direito processual era mero adjetivo do direito material⁶, sendo este, nomeado por direito substantivo. Posteriormente, aquele direito passou a ter maior importância, não sendo colocado tão em segundo plano como anteriormente se fazia. Tanto o direito material quanto o processual passaram a ter cada um a sua importância e autonomia.

Tal fato acarretou uma onda na qual o processo chegou a ser considerado, inclusive, mais importante que o próprio direito subjetivo objeto do litígio.

Os acontecimentos supra-expostos resultaram no desenvolvimento e, posteriormente, implantação no meio jurídico, do princípio da instrumentalidade das formas. O referido princípio consiste na idéia de que o processo é mero instrumento para a efetivação do direito subjetivo em litígio, não sendo possível que este seja prejudicado pela aplicação incondicional de normas processuais.

Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, tem como objetivo alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de

⁶ Arruda Alvim, Manual de Direito Processual, Civil 8ª Ed. Editora, Revista dos Tribunais, 2003.

ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à *ordem jurídica justa*.

Diante de todo o exposto é possível constatar que o processo continua tendo a sua importância e sua necessidade como meio de solução de conflitos, não bastando que o Estado apenas edite normas e fique à espera de que os cidadãos cumpram voluntariamente o que for determinado.

Soluções existem, e que serão posteriormente apresentadas. O certo é que, sem o processo, *"o direito ficaria abandonado unicamente à boa vontade dos homens e correria o freqüente risco de permanecer inobservado; e o processo, sem o direito, seria um mecanismo fadado a girar no vazio, sem conteúdo e sem finalidade"*⁷.

Diante dessas circunstâncias surge a necessidade de uma verdadeira mudança nos escopos do processo, com a conseqüente criação de novos procedimentos que melhor possibilitem a efetivação de prestação da tutela jurisdicional. É com essa idéia e esses objetivos que surgem técnicas e instrumentos adequados à implementação da tutela jurisdicional efetiva, consubstanciada nas ondas renovatórias do processo.

O acesso à justiça nem sempre teve o mesmo tratamento pelo Estado que o dos dias atuais, observando-se uma série de mudanças e soluções propostas por vários juristas, com o objetivo de proporcionar a efetivação deste acesso, principalmente em relação às minorias.

⁷ Liebman, Enrico Túlio. *Manuale di diritto processuale civile*, Milão: Giuffrè, 1973, p. 148

Tais condutas por parte da sociedade é que permitem que o acesso à justiça concedido a ela possam realmente ser meio de efetivação à garantia do direito material. Nesse sentido é o posicionamento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, senão vejamos:

É preciso que haja uma solução mista ou pluralística para o problema de representação dos interesses difusos. Tal solução, naturalmente, não precisa ser incorporada numa única proposta de reforma. O importante é reconhecer e enfrentar o problema básico nessa área: resumindo, esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis, e costumam ser difíceis de se organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos.⁸

Em decorrência de alterações renovatórias do processo, foram introduzidas profundas transformações na legislação pátria, a fim de materializar as referidas teses doutrinárias acerca do tema. Como exemplo nas modificações introduzidas no ordenamento brasileiro, houve a generalização e ampliação da concessão da tutela antecipada, agora ainda mais, com o advento da Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, que passou, também a possibilitar a concessão de medidas cautelares dentro do processo de conhecimento, na ocasião em que couber antecipação de tutela.

Com a edição da recente Lei 11.187 de 19 de outubro de 2005, impondo modificações nos Arts. 522, 523 e 527 todos do Código de Processo Civil, no seu compartimento específico do recurso de Agravo, passando a ser em regra na forma retida, reservando-se apenas ao Agravo de Instrumento para o

ataque as decisões interlocutórias que possam causar a parte lesão grave e de difícil reparação.

Ainda recentemente lançada a Lei 11.232 de 23 de dezembro de 2005, passando a vigorar 6 meses após a sua publicação, mudando a execução de título executivo judicial, que perde a natureza jurídica de ação, assumindo uma fase de um processo já iniciado, cuja primeira fase foi encerrada através da prolação da sentença.

Verifica-se principalmente com a edição da Lei 11.232 de 23 de dezembro de 2005, que ainda encontra-se em *vacatio legis*, a preocupação do legislador em proporcionar maior efetividade ao mandamento jurisdicional, evitando-se uma das maiores dificuldades dos processos que ocorra nova citação do Executado em fase de Execução.

Além do mais, a conciliação passou a ter uma importância nunca antes imaginada, racionalizou-se a dinâmica dos procedimentos comuns, agilizou-se o sistema recursal, tornando-o mais produtivo, salientando-se que este, também sofreu modificações recentes com o advento da lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001.

Insta salientar ainda acerca da Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, que instituiu o procedimento monitorio e as alterações trazidas pela Lei 11.232 de 23 de dezembro de 2005, alterando o Artigo 1.102-C do procedimento monitorio, vindo agilizar a solução de débitos relativos a títulos de créditos e outros documentos sem força de título executivo, mas que não careciam,

⁸ (Cappelletti/Garth, 1988, p. 168)

necessariamente, de uma processo ordinário para se conceder a tutela jurisdicional hábil à pacificação da lide.

Demonstrada a evolução de entendimento acerca da prestação da tutela jurisdicional, de acesso meramente formal ao Judiciário para um acesso efetivo à Justiça, vislumbra-se que, no mundo real, as referidas teorias não despertam o interesse do cidadão, que deseja apenas que o resultado por ele almejado seja alcançado no menor período possível.

O importante para este é que o funcionamento prático ocorra nos moldes especificados em abstrato, de modo que a pacificação social dos conflitos atenda às suas expectativas. Pouco importa a forma como o Estado irá realizar as mudanças que venham permitir a devida prestação da tutela jurisdicional. O seu anseio não tem nada a ver com a aptidão para o reconhecimento de um direito e para o exercício da ação ou da defesa, as noções de litigância habitual e litigância eventual e a problemática dos ditos interesses meta-individuais, mas sim, pretende a resolução do conflito com baixos custos, aliado ao máximo de celeridade, dentro de um procedimento que forneça o resultado efetivamente aventado pelo cidadão.

A preocupação gerada por um processo demorado e de alto custo é o descumprimento das razões de sua existência, pois deste modo, a maioria da população do Estado teria de sujeitar-se a soluções alheias ao processo, escusas e, por vezes, até ilícitas. Tais questões visam favorecer justamente a parcela abastada da sociedade, que pode perfeitamente aguardar o quanto for necessário a solução do litígio. Nesses casos, a parte hipossuficiente é levada a celebrar acordos

altamente desvantajosos ou renunciar aos seus direitos, por não ter condições de esperar a prestação jurisdicional.

Como assevera o doutrinador italiano Mauro Cappelletti, *"a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível, ao passo que a demora pode representar, ao final, a denegação da própria justiça"*⁹.

As referidas questões acabam por afastar determinadas pessoas, e até grupos sociais, da busca por soluções através do Poder Judiciário, resolvendo os problemas por outros meios, que tem sido, em suas áreas de atuação, mais eficiente que o Estado na resolução dos conflitos a ele submetidos.

Esta situação demonstra a verdadeira falência do Estado na prestação da atividade jurisdicional, embora tenha avocado para si, exclusivamente, tal ação, sendo denominada por Kazuo Watanabe, de litigiosidade contida¹⁰.

Todavia, insta salientar, que a situação quase (se não) caótica em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro não é devida exclusivamente à ausência de um sistema processual adequado, mas também devido à escassez de profissionais competentes para a realização dos serviços prestados por este poder estatal. Não se trata apenas dos magistrados, mas de todo o grupo de servidores, muitos deles sem qualquer conhecimento técnico acerca do serviço que presta ao cidadão.

⁹ Mauro Cappelletti / Garth, 1988, p. 20/21

¹⁰ Watanabe, Kazuo, Da Cognição no Processo Civil, Editora RT

Importante ressaltar, que não basta um procedimento que se mostre rápido e de pequeno ou nenhum custo, sendo necessário que o mesmo possa garantir a certeza e a eficiência da prestação jurisdicional pleiteada.

Conforme a tripartição dos processos feitos que são; o processo de conhecimento que tem por finalidade o deslinde acerca da concessão ou não da tutela condenatória, caracteriza-se, em regra, pela utilização da cognição em toda a sua profundidade, ou seja, cognição *exauriente*. Isso se deve ao fato da necessidade que existe da segurança jurídica, caracterizada pelo instituto da coisa julgada. Em resumo, o processo que tem por fim a condenação ou absolvição, para o cumprimento de uma obrigação, necessita de uma análise profunda de todos os fatos, de maneira detalhada, evitando injustiças e danos à parte vencida.

Contudo, há casos em que o Juiz poderá conceder a tutela condenatória liminarmente, como nos casos de tutela antecipada, mediante a utilização de cognição sumária, sendo exceção à regra conforme já analisado.

Em decorrência desta necessidade, o processo de conhecimento, não só em relação à tutela condenatória, mas também às tutelas declaratória e constitutiva, caracteriza-se pela realização plena do contraditório, utilizado dentro de um processo no qual sejam observados todos os trâmites legais, garantida a ampla defesa, a igualdade das partes, a imparcialidade do Juiz, bem como todos os outros princípios constitucionais e legais do processo.

Saliente-se, novamente, que há possibilidade de concessão de liminar na tutela de conhecimento, a qual independe da observância de todos estes requisitos com a profundidade que se exige para um provimento final.

A tutela cognitiva somente será concedida quando se efetivar a realização de todos os procedimentos necessários à solução da lide, colocando fim ao processo.

A cognição plena concederá a parte que tiver seu pedido julgado procedente, caso não haja recurso, ou após o julgamento deste, a segurança jurídica do fato concreto em questão, por meio do instituto da coisa julgada. Cabe ressaltar, que cabe à tutela cautelar assegurar que tal direito possa ser efetivamente concedido a quem vencer a demanda. A tutela executiva é que promoverá a concessão efetiva da tutela condenatória advinda de um processo de conhecimento.

Todavia, há possibilidades autorizadas por lei, no sentido de proporcionar a utilização da tutela executiva sem que exista uma sentença condenatória transitada em julgado. Nesse caso incluem-se os títulos executivos extrajudiciais, elencados no art. 585 do Código de Processo Civil Brasileiro; o procedimento monitório (Lei n.º 9.079, de 14 de julho de 1995, e com as alterações da Lei 11.232 de 23 de dezembro de 2005); e a execução provisória (arts. 587 e ss.). Nestas situações, a cognição do Juiz é sumária, o que se justifica pela ausência de: dilação probatória, plenitude do contraditório e da ampla defesa. Isso se explica por que o processo, em determinadas ocasiões, deve comportar-se em atenção ao interesse geral, de acordo com o que realmente acontece e não como pode efetivamente acontecer no caso concreto.

Por tudo o que se encontra anteriormente exposto, vislumbra-se a necessidade, cada vez mais evidente, de se promover uma pacificação social dos

conflitos (escopo social do processo), por meio da concessão de uma tutela jurisdicional efetiva, diferenciada a cada caso concreto.

Importante ressaltar mais uma vez que, tendo o Estado vedado aos particulares a solução privada dos conflitos surgidos no meio social, salvo raras exceções previstas em lei, o mesmo tem a obrigação de promover a concessão da tutela jurisdicional da melhor maneira possível, de modo que esta seja prestada efetivamente. Não há como justificar que após o desenvolvimento de todo um processo e solução do mesmo, ao final dele não exista a ocorrência da determinação judicial contida na sentença. A efetividade da prestação jurisdicional tem por finalidade evitar tal situação.

É evidente que o processo, conforme já salientado anteriormente, não é um fim em si mesmo, mas apenas instrumento para a concessão do direito material pleiteado (*princípio da instrumentalidade*). Assim, o direito à tutela jurisdicional de maneira efetiva apenas dar-se-á para aqueles que, além de preencherem os pressupostos processuais, as condições da ação e demais formalidades necessárias à postulação em juízo, sejam realmente amparados no âmbito do direito material.

Quando o processo se posiciona perante a sociedade como meio de solução de conflitos levados ao Poder Judiciário, necessário se faz que os procedimentos utilizados possam levar aquele a uma prestação jurisdicional efetiva. Entende-se deste modo a prestação na qual todos os escopos do sistema jurídico-processual sejam observados.

O que se objetiva enfim, não é apenas a efetividade do processo em si, como meio jurídico de solução de conflitos, mas a efetividade do próprio direito material, ou seja, que o direito processual, sendo efetivo, possa fazer com que o direito material pleiteado possa ser realmente alcançado.

Demonstrada que foi a ineficácia das formas tradicionais de prestação da tutela jurisdicional e a necessidade, cada vez mais urgente, de meios que possibilitem a concessão de provimentos jurisdicionais que possam unir a *efetividade* à *celeridade*, sem com isso violar princípios e direitos, sejam constitucionais sejam legais, nasce a *tutela jurisdicional diferenciada*.

Esta consiste em mecanismos dos quais o Poder Judiciário dispõe para solucionar ou resguardar a solução de questões que estão em situação de emergência ou urgência, bem como daquelas que, pela sua natureza, demandam maior celeridade na sua concessão.

Além disso, é necessário que o provimento jurisdicional seja prestado de modo a atender de forma efetiva, na medida da necessidade de quem o espera.

A *tutela jurisdicional diferenciada* visa integrar o direito material ao direito processual, garantindo a cada espécie daquele, de acordo com a necessidade e na medida do possível, uma maior efetividade, por intermédio da adequação deste.

Há direitos que podem ser plenamente protegidos pelas formas tradicionais de concessão de tutela jurisdicional, até porque, torna-se impossível e inaceitável a criação de uma espécie de procedimento para cada direito existente, o que poderia levar ao caos o Poder Judiciário.

A finalidade de *tutelas jurisdicionais diferenciadas* é adequar o sistema jurídico, de modo a proporcionar maior rapidez, adequação e efetividade aos direitos carentes de maior celeridade na sua prestação e em relação aos quais as formas tradicionais não têm conseguido garantir a tutela jurisdicional de forma apropriada.

Essas tutelas jurisdicionais seriam concedidas, em regra, mediante *cognição sumária*, a qual não exigiria uma observância tão rigorosa do procedimento, cabendo concessão da tutela sem violação ao princípio do processo legal.

Essa forma de cognição demonstra-se mais ágil e adequada para determinadas tutelas jurisdicionais que se enquadram dentre as diferenciadas, as quais demandam elevada celeridade na sua prestação.

Com supedâneo nessas considerações é possível verificar que nem todas as medidas cautelares, bem como os procedimentos especiais e remédios constitucionais se enquadram dentre as tutelas jurisdicionais consideradas diferenciadas, pois serão assim enquadradas apenas aquelas que atrelarem a efetividade à celeridade do provimento, com verdadeira integração do procedimento ao direito material pleiteado, preenchendo, portanto, os seus requisitos.

Ocorrendo diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis a sua corporificação, entendemos e será objeto de nosso estudo que tutela diferenciada pode ser a Ação Monitoria, bem como a

Exceção de Pré-Executividade, que podem e devem ser utilizadas perfeitamente nos processos que tramitam pelas Varas de Família.

Por fim, a adoção dessa espécie de tutela não poderá, em hipótese alguma, violar princípios constitucionais, principalmente o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e a coisa julgada, sendo possível, entretanto, que ocorra um leve relaxamento dos mesmos, como ocorre, por exemplo, nos casos de contraditório postergado.

O sistema jurídico-processual mostrou-se sem condições de promover a efetividade de prestação da tutela jurisdicional com um procedimento unitário, que servisse para a solução de todos os litígios, necessitando assim, de diferentes procedimentos para a efetivação da variedade de direitos de natureza material presentes no ordenamento jurídico de um Estado.

Inúmeras são as técnicas que surgem a fim de apresentar tutelas diferenciadas que levem à efetivação da prestação jurisdicional, dentre as quais, destaca-se a que leva em conta a intensidade da cognição.

O professor Kazuo Watanabe, em análise acerca do referido assunto, argumenta que a cognição se desenvolve em dois planos distintos, o **horizontal** (correspondente à sua amplitude) e o **vertical** (relacionado à sua profundidade)¹¹.

No plano horizontal, a cognição pode ser sumária ou exauriente, conforme determine a solução parcial ou definitiva dos conflitos. Esta última subespécie é a que tem por finalidade conferir à decisão judicial a característica da coisa julgada.

¹¹ Kazuo Watanabe, Da cognição no processo civil, 2ª Edição, Bookseller, 2000.

No plano vertical, a divisão se faz em cognição de extensão plena ou limitada, conforme a análise acerca das questões concernentes aos pressupostos processuais, condições da ação e mérito, seja realizada sem restrições, com a aplicação plena do contraditório, da ampla defesa, com total dilação probatória; ou, quando o julgamento ocorra com supedâneo em requisitos predeterminados que limitem a atuação do magistrado.

Com o objetivo de propiciar a concessão de tutelas jurisdicionais diferenciadas, ocorre a união de cognições horizontais e verticais, tendo em vista a abrangência que elas possuem.

Assim, a cognição pode ser limitada e exauriente – no sentido de que sofre limitações quanto à amplitude do debate das partes, afetando na mesma medida o conhecimento do juiz, sem que exista qualquer restrição, contudo, quanto à profundidade do objeto cognoscível – e plena e exauriente *secundum eventum probationis*, isto é, o procedimento, ou fase dele, não prevê limitação quanto à extensão da matéria a ser objeto de debate e cognição. Mas esta tem sua profundidade condicionada à existência de elementos probatórios suficientes, seja em consideração à celeridade e simplicidade do procedimento, com supressão da fase probatória ou resolução, com ou sem eficácia preclusiva, das questões prejudiciais, seja por razões de política legislativa (evitar nos processos envolvendo interesse coletivo, a formação de coisa julgada material que acoberte, com sua autoridade, juízo de certeza fundado em prova insuficiente e formado, portanto, fundamentalmente à base de regras de distribuição do ônus da prova).¹²

¹² Kazuo Watanabe, Da cognição no processo civil, 2ª Edição, Bookseller, 2000

No que tange à sumariedade, esta tem por característica se referir apenas a um juízo de probabilidade acerca do direito pleiteado, não sendo necessária a análise profunda dos fatos. Nesse momento, tornam-se dispensáveis questões próprias da cognição exauriente, tais como dilação probatória e plenitude do contraditório. Isso se deve não só pela desnecessidade de que isso ocorra bem como pela aplicação, em alguns casos, da tutela jurisdicional diferenciada.

Neste ponto apresentam-se de maneira insopitável algumas formas de concessão de prestação jurisdicional diferenciada (medidas cautelares e antecipatórias), concedendo-as sem que ocorra desnecessária apresentação de provas inócuas, que visam apenas adiar a concessão do direito a quem o ordenamento jurídico assim determina. Além disso, ocorre a minoração do custo do provimento jurisdicional, tendo em vista a ausência de ritos desnecessários, que apenas encarecem o processo.

O provimento desejado é previamente concedido, visando atender aquela situação específica daquele momento, ou seja, a tutela diferenciada necessária especificamente a este tipo de caso.

Há formas de prestação de tutela jurisdicional diferenciada que são prestadas por meio de cognição exauriente e outros nos quais se utiliza a cognição sumária, não sendo necessária a utilização única e exclusiva desta, para que essa forma de tutela exista.

O julgamento imediato do mérito é um exemplo de prestação jurisdicional mediante a cognição exauriente, por cognição horizontal tanto plena quanto limitada, que pode ser enquadrado como tutela diferenciada.

No caso dos títulos executivos extrajudiciais, não há qualquer cognição anterior, iniciando-se o processo de execução pela apresentação de um dos referidos títulos descritos no art. 585 do Código de Processo Civil, a fim de viabilizar o adimplemento mais célere da obrigação, sem necessidade de uma análise em um processo de conhecimento.

O procedimento monitorio, que foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n.º 9.079, de 14 de julho de 1995, permitindo que determinados títulos executivos extrajudiciais que haviam perdido a exigibilidade em decorrência da prescrição, ou mesmo documentos que nunca foram títulos executivos, mas que possuem algum valor como documentos que são, percorram um caminho menor e mais simples a fim de se proferir uma decisão condenatória que possibilite ao autor, caso necessário, a utilização da tutela de execução.

O procedimento monitorio traduz-se na ocorrência do chamado “*contraditório postergado*” e da ausência de dilação probatória, ao contrário do que ocorre no procedimento ordinário, que se caracteriza justamente por tais circunstâncias. Trata-se, basicamente, de provimento judicial *inaudita altera pars*, que possibilita a concessão de força executiva a determinado documento, desde que o réu não se oponha ao pedido formulado pelo autor.

Neste procedimento, opera-se a cognição limitada e exauriente, tendo em vista que ao poder jurisdicional só é dado manifestar-se acerca dos fatos alegados na petição inicial. Outros fatos somente poderão ser analisados após a decisão judicial e desde que o réu tenha oposto seus argumentos tempestivamente. Por outro lado, o referido *decisum* possui cognição exauriente, tendo em vista

fazer coisa julgada material e formal entre as partes. O processo monitorio resulta da fusão de atos típicos de cognição e de execução e é informado, ainda, pela técnica da inversão do contraditório.

Essa cognição, fundada apenas na prova documental unilateralmente apresentada pelo autor, torna-se plenária se e quando o réu vier a opor embargos.

Os referidos procedimentos encontram-se dispostos no Código de Processo Civil Brasileiro, em seu Livro IV, divididos em procedimentos de jurisdição voluntária e procedimentos de jurisdição contenciosa, bem como em leis esparsas, tais como na Lei de Alimentos – n.º 5.478/68, e na Lei do Divórcio 6.515 de 26 de dezembro de 1977, entre outras.

Todavia, não são todos os procedimentos especiais que se incluem dentre aqueles nos quais se presta uma *tutela jurisdicional diferenciada*. Alguns exemplos que se incluem nesse sistema de efetividade cumulada à celeridade, caracterizando-se como *tutela diferenciada* são os casos de ação de consignação em pagamento, ação com pedido de depósito e inventário por meio de arrolamento. Alguns exemplos de procedimentos especiais que não se incluem no conceito de *tutela diferenciada* são os casos de inventário pelo rito comum, ações possessórias e ação de usucapião de terras particulares.

No caso dos procedimentos especiais que se incluem no instituto em comento, o que se pretende com a adoção deles é a maior celeridade, cognição limitada em alguns casos, tanto para o autor, quanto para o réu, entre outras.

Por maior autonomia que se dê ao processo e à ação, o certo é que ditos institutos não existem por si nem se exaurem em si. Todo mecanismo

processual nasceu e se aperfeiçoou em razão da necessidade de eliminar, no seio da sociedade, os conflitos jurídicos, o que se consegue por meio de definição e execução, feitas por agentes estatais, dos direitos materiais envolvidos no litúgio. Em última análise, o objeto visado pela prestação jurisdicional é, pois, o direito subjetivo dos litigantes em nível substancial ou material.

Sem dúvida, a lei, adequada à ciência processual moderna, procura instituir sistema de tramitação das causas na Justiça que se mostre o mais simples e o mais universal possível, de maneira a permitir que o maior número imaginável de pretensões possa ser acolhido, apreendido e solucionado segundo um único rito.

Contudo, haverá sempre algum detalhe da mecânica do direito material que, eventualmente, reclamará forma especial de exercício no processo. O Processo como disciplina formal, não pode ignorar essas exigências de origem substancial, porque é da própria natureza das coisas que a forma se ajuste e se harmonize à substância.

A possibilidade de concessão de liminar satisfativa em caráter genérico no processo de conhecimento surgiu com o advento da Lei n.º 8.952/94. A partir de então, passou a ser possível não apenas acautelar o bem da vida pretendido pelos litigantes na via do processo cautelar, mas também conceder o bem da vida, provisoriamente, se preenchidos os requisitos legais.

Tais requisitos encontram-se previstos no art. 273 do Código de Processo Civil Brasileiro, sendo eles: requerimento da parte; produção de prova inequívoca dos fatos arrolados na inicial; convencimento do juiz em torno da

verossimilhança da alegação da parte; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou caracterização de abuso de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e possibilidade de reversão da medida antecipada.

No que concerne à necessidade de prova inequívoca e verossimilhança do direito alegado, a doutrina atual tende que estes requisitos devem fundir-se, indicando que, para a concessão desta medida, o que o Juiz deve observar é a real probabilidade do direito alegado. Caso fosse exigível prova inequívoca não haveria necessidade mais de processo, tendo em vista que, havendo prova de tal veracidade, não haveria necessidade de dilação probatória, sendo possível o julgamento do mérito, mediante a utilização de cognição verticalmente exauriente.

No que tange ao segundo requisito, o qual apresenta duas possibilidades, apenas a primeira caracteriza-se como tutela jurisdicional diferenciada. Assim, apenas quando houver receio de dano irreparável ou de difícil reparação haverá tutela jurisdicional diferenciada.

Importante a questão acerca da possibilidade de reversão da medida ao final do processo, tendo em vista que a tutela em comento possui caráter meramente transitório, concedida mediante cognição sumária.

No que tange à tutela antecipada, há entendimentos no sentido de que esta, na forma do art. 273 do Código de Processo Civil pode ser utilizada inclusive nos procedimentos especiais que já possuem medidas antecipatórias especiais, quando estas já não forem mais possíveis. Mudanças ocorreram no instituto em apreço, com o advento da Lei n.º 10.444, de 07 de maio de 2002, que passou a vigir a partir do dia 07 de agosto do ano em curso.

Inicialmente, foi modificada a questão acerca da execução da tutela antecipada, que deixou de ser regida pelo art. 588, incisos II e III, Código de Processo Civil, para ser regida pelos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e art. 461-A.

Em segundo, foi incluído o § 6º, possibilitando a concessão de tutela antecipada acerca da parte incontroversa dos pedidos. Em virtude deste instituto, abriu-se a possibilidade de, após a contestação em que não houve impugnação de parte do pedido ou, em se tratando de pedidos cumulados, haver sido impugnado apenas algum deles, a parte requerer antecipação da tutela jurisdicional.

Por último, a mudança mais inovadora, a qual já era reclamada pela doutrina a algum tempo, foi a possibilidade de concessão de medida cautelar, dentro do processo de conhecimento, desde que presentes os seus pressupostos.

Segundo a modificação introduzida pelo §7º do art. 273 do Código de Processo Civil, quando houver necessidade de medida cautelar a fim de resguardar um direito subjetivo, desnecessária se torna a propositura de ação autônoma, podendo o pedido cautelar ser feito no bojo da ação principal, como é feito no caso de tutela antecipatória.

Esta inovação vem proporcionar não só a economia processual, mas principalmente a efetivação da tutela jurisdicional, que é o objeto principal do direito moderno.

O direito processual civil tem por finalidade precípua conceder às pessoas que demandam ou são demandas em juízo, a solução dos litígios de forma ágil, com baixo custo e de modo efetivo.

Todavia, a maneira como têm sido prestadas as tutelas jurisdicionais, nas formas tradicionais colocadas à disposição das pessoas que delas necessitam não vem conseguido cumprir com o seu objetivo.

Consiste sumariamente em uma espécie de tutela na qual o direito procedimental seja adequado ao direito material que se pleiteia, observada ainda a celeridade aliada à efetividade da prestação jurisdicional.

Como é possível analisar, trata-se de instituto ímpar, possuidor de várias particularidades e especialidades as quais, em conjunto, formam o que se pode entender por tutela jurisdicional diferenciada.

Tutela jurisdicional porque é uma atividade de cognição que um órgão jurisdicional efetua diante de um caso concreto, produzindo efeito no mundo real.

Diferenciada porque possui características próprias a ela, conforme já demonstrado, visando atingir os objetivos para os quais foi instituída.

Enfim, para que se possa realmente proporcionar a efetividade necessária aos seus atos, conta primeiramente com a contribuição do Poder Legislativo para criar as leis de que se carece; em segundo, é preciso uma melhor preparação daqueles que prestam serviços nos órgãos do Poder Judiciário.

A nossa proposta de estudo volta-se ao estudo do direito de Família e suas mazelas em decorrência da falta de efetividade jurisdicional, buscamos com isso a propositura de uma mudança radical no sistema processual atinente ao direito de família, com a criação de micro-sistemas diferenciados a Lei material e

processual no tocante aos processos de família, normatizando o que muitas vezes já vem ocorrendo no Judiciário.

Não iremos adentrar profundamente no direito substancial, pois essa não é nossa meta, mas sim nos sistemas processuais protetivos específicos aos sistemas processuais no âmbito processual familiar. Se há procedimentos diferenciados, de que forma tais procedimentos são válidos, validade quanto a sua efetividade e a necessária e urgente mudança, para as reiteradas manifestações quanto a falta de efetividade seja transportada ao plano real.

A necessidade do trabalho científico ser elaborado em função de duas premissas básicas: visão crítica da situação e projeto de reforma.¹³

Com essa preocupação procurou-se desenvolver o tema da relativização do binômio direito-processo como meio de acesso a ordem jurídica justa.

O nosso vigente Código de Processo Civil, muito embora com as alterações ocorridas, e alterações que vem passando, é um diploma distante das necessidades da sociedade moderna atual, não adiantaria a revogação desse código e a edição de um novo, certamente ocorreria o mesmo com o que vem ocorrendo com a Lei substantiva civil.

Ilustra o professor Bedaque¹⁴ *“que essa ‘revisitação’ requer nova análise interna do sistema processual, para adaptá-las as necessidades externas.*

¹³ Capeletti, afirmou que sua obra toda foi inspirada por uma visão crítica da situação, isto é, partiu da verificação de um problema a ser resolvido, aspirado por um projeto de solução e de reforma. Daí a noção tridimensional do direito, por ele apresentada.

¹⁴ Jose Roberto Bedaque dos Santos, Direito e Processo, influência do direito material sobre o processo, 3ª Edição, Malheiros, 2003.

Trata-se de tomar consciência de que os institutos processuais são concebidos à luz do direito material” .

O processo civil como posto atualmente não é um fim em si mesmo, mas uma ferramenta para a aplicabilidade do direito material, conceitualmente e funcionalmente, direito processual opõe-se ao direito material.¹⁵

Ele não cuida de ditar normas para a adequada atribuição de bens da vida aos indivíduos, nem disciplinar o convívio em sociedade, mas destina única e exclusivamente a organizar as relações processuais em si mesmo.

Com a definição de Arruda Alvim¹⁶ é possível ilustrar-se precisamente o afirmado.

podemos assim definir, o Direito Processual Civil como sendo o sistema de princípios e normas que regulam o funcionamento da jurisdição civil, tendo em vista o exercício do direito da ação , que contenha lide civil, e o direito de defesa, bem como a estruturação infraconstitucional dos órgãos do Poder Judiciário e seus auxiliares – exceto o que respeita a organização judiciária – e, ainda, a disciplina de todos os casos de jurisdição voluntária.

Portanto, são na verdade dois planos distintos porque as normas processuais não se destinam a disciplinar diretamente as relações interpessoais ou intergrupais na vida comum, muito menos criar ou extinguir direitos subjetivos, mas tão somente regulá-los dentro da lógica processual, e nessa breve análise introdutória passaremos a estudar os institutos em apreço.

¹⁵ Dinamarco, Candido Rangel, Instituições do Direito Processual Civil, 2ª Edição, Malheiros, 2002.

¹⁶ Arruda Alvim, Manual de Direito Processual Civil, 8ª Edição, Vol I, RT, 2003.

Ao voltarmos nosso estudo ao direito de família, faremos no próximo capítulo um pequeno estudo sobre a Família, origem histórica, sua evolução no transcorrer do tempo bem como a Família atual. Família essa que sofreu inúmeras alterações em sua definição, e certamente continuará sofrendo.

A idéia do presente título tem que o direito não pode adotar uma Tutela Geral, ou poder geral de cautela a todas as demandas, isso não se presta ao direito, que dinâmico e em constantes mutações deve atender aos anseios dos jurisdicionados com medidas específica as necessidades da sociedade.

Tem-se empregado com certa frequência a expressão “tutela jurisdicional diferenciada”. Contudo e para que ela seja de alguma forma “diferenciada” não pode ser a mesma empregada genericamente, sua utilização deve ser específica.

Como em singular trabalho do professor Proto Pisani, o mesmo afirma categoricamente que: *“as necessidades de tutela devem corresponder a formas distintas de tutelas”*¹⁷. Somente a diferenciação de procedimentos não corresponde necessariamente a diferenciação de tutela. Procedimentos específicos ou mesmo sumários dizem respeito tão somente a ritual processual a ser adotado o que por muita vezes é total falta de “efetividade de processo”.

De maneira inversa, não podemos classificar que procedimentos mais específicos ou com maior eficiência com maiores sucesso ou efetividade jurisdicional serão tutelas diferenciadas.

¹⁷ Sulla Tutella...p 536, 537.

O que certamente ira caracterizar a tutela jurisdicional diferenciada é que para sua real formação é necessária a constituição de formas e resultados especiais da atuação jurisdicional, sempre que determinada categoria de situações substanciais apresente necessidades peculiares e ainda – toda vez que determinado mecanismo jurisdicional destine-se a suprir carências não exclusivas de determinados grupos de situações substanciais, não ira se justificar o emprego diferenciado da tutela jurisdicional, mas toda vez que esse instrumento tenha abrangência genérica, não sendo modelado exclusivamente para especificas situações materiais não se estará diante de um tratamento diferenciado.

Assim o Poder Geral de Cautela, por muitos invocados e que alegando que se presta a tutelar todos os direitos, e da possibilidade genérica de antecipação de tutela prevista no Art. 273 do Código de Processo Civil, não se trata de uma tutela diferenciada, mas sim ordinária.

Ambas as situações, Poder Geral de Cautela e Antecipação de Tutela formas genéricas de tutelas estão evidentes a urgência e por isso, podemos chegar a pensar em tutelas diferenciadas, mas não o são. São sim tutelas de urgência, mas sem nenhum condão de tutela diferenciada.

Como ilustra Eduardo Talamini, em Tutela Monitória;

...essas considerações não se prestam apenas a tornar conceitualmente mais precisa a noção de ‘tutela jurisdicional diferenciada’. Servem também para a definição de duas diretrizes, nesse tema: a) impõe-se a constituição de formas e resultados especiais da atuação jurisdicional, sempre que determinada categoria de situações substanciais apresente necessidades peculiares – sob pena de ofensa a garantia da adequação da tutela jurisdicional (Art 5º XXXV da CF) b) toda vez que determinados mecanismos jurisdicionais destine-se a suprir carências não exclusivas de determinados grupos de situações substanciais, não se justifica seu emprego diferenciado, sua limitação a específicas categorias.

Desde a década passada, o processo civil vem sendo objeto de severas reformas, sempre em detrimento das garantias individuais ou das prerrogativas das partes. Limitam-se os recursos, ampliam-se as decisões liminares, encurtam-se os prazos, dificultam-se as defesas, aumentam-se os poderes do juiz e assim por diante. Mas nada disso, absolutamente nada, serviu para resolver as dificuldades encontradas pelo Poder Judiciário. Ao contrário a situação se agravou com o passar dos dias.

A verdadeira causa de nossos problemas principalmente os processuais são a falta de investimentos, tanto na contratação ou aperfeiçoamento dos funcionários como incrementação e modernização do sistema Judiciário que chega ser arcaico.

No capítulo primeiro veremos um pequeno estudo sobre a Família, origem histórica, sua evolução no transcorrer do tempo bem como a Família atual. No segundo capítulo iremos fazer um pequena abordagem sobre a citação, suas modalidades, formas e ocorrências a fim de ilustrar o inicio dos litígios e sua efetiva formação através do conhecimento da demanda.

Mais adiante no capítulo terceiro o estudo será sobre a ação monitoria como um procedimento diferenciado, podendo ser utilizado nos processos de família. No quarto e último capítulo o estudo será sobre a exceção de pré-executividade nos processos de família, sendo utilizado como uma tutela diferenciada.

1 - A FAMÍLIA E O DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família regula as relações existentes entre seus membros. A noção de família é de grande variação através dos tempos e em suas formas de convivências. Ocorre grande diversidade na interpretação do termo “família”, que com o passar dos tempos, vem demonstrando uma nova concepção na acepção da palavra.

A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, alterou de forma profunda as relações sociais e, mais recentemente, o novo Código Civil trouxe, além de inovações, garantias às famílias. Muitas transformações ocorreram no Direito de Família, que, no início do século XX, quando promulgado o atualmente revogado Código Civil de 1916, disciplinava as relações dos núcleos familiares formados pelo casamento, no qual o homem exercia sua supremacia sobre a mulher, sendo esta mera coadjuvante restrita às lides domésticas.

No revogado Diploma Civil, era patente a natureza patriarcal deste ramo do Direito, sempre referindo-se ao homem como o detentor das prerrogativas advindas com o casamento, sendo negado à mulher, inclusive, a educação. A situação dos filhos, por sua vez, dentro deste sistema jurídico, ficava condicionada ao estado civil dos pais, somente sendo considerados legítimos os resultantes do casamento válido, negando-se aos demais, naturais e espúrios, os direitos advindos da filiação.

Caio Mario da Silva Pereira¹⁸ acredita que:

ao conceituar a família, em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos do cônjuge (cunhados). Na largueza dessa noção, os civilistas enxergam mais a figura romana Gens ou da grega Genos do que a família propriamente dita.

Se estudarmos a história da humanidade, encontraremos em todas as culturas, quer orientais, quer ocidentais, os agrupamentos humanos. Desde os primórdios da civilização, os homens se reuniram em torno de algo ou de alguém, constituindo uma Família, o segmento social de origem mais primitiva já reconhecido.

Alguns sociólogos defendem a tese de que, num primeiro momento histórico, não havia normas que disciplinassem as uniões, inexistindo entre os homens e as mulheres vínculos de exclusividade. Nesta fase de anomia, as relações sexuais eram indiscriminadas e praticadas por todos os membros do grupo ou tribo, tendo-se como exemplo a poligamia, onde um homem desposava

¹⁸ Clovis Beviláqua, *apud* Caio Mario da Silva Pereira, “*Instituições de Direito Civil*”, Vol V, pág 19, 14ª Edição, Editora Forense, São Paulo, 2004.

várias mulheres, e a poliandria, onde uma única mulher possuía mais de um homem, bem como o chamado “matrimônio em grupo”.

Segundo o jurisfilósofo Paulo Nader¹⁹, em sua obra "Filosofia do Direito", existiram as três formas de agrupamento, porém em épocas distintas da história humana.

A primeira delas teria sido a horda, onde os homens e as mulheres viviam de forma nômade e sem regras orientadoras de convivência, sendo muito comum a promiscuidade entre eles. Clóvis Beviláqua, em sua obra "Direito da Família", cita Spencer, para quem as relações entre os homens e as mulheres eram guiadas pela paixão momentânea, sem qualquer freio moral ou social, sem qualquer organização ou ordem pré-estabelecida. Teriam sido características deste primeiro momento da evolução social: *"(...) a indisciplina, a irregularidade, a transitoriedade (...)".*²⁰ A força e a resistência física teriam sido fundamentais neste primeiro momento.

Já numa segunda fase, os homens, que antes eram nômades, passaram a estabelecer moradas permanentes e viver da agricultura, erigindo a mulher como autoridade máxima, o que é chamado de matriarcado. Neste período, a figura feminina foi praticamente venerada pelos homens que a comparavam com a terra, a geradora da vida e a supridora das necessidades humanas.

Del Vecchio, esclarecendo essa fase, declara que, no regime social do matriarcado, a mulher não assumiu a hegemonia política do grupo, mas foi

¹⁹ Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, Direito de Família, vol. V, p. 92.

²⁰ Cit., p. 38

colocada como figura central para que ao redor dela pudessem ser geradas as famílias e fossem garantidos os primeiros vínculos de parentesco.

Embora muitos neguem a existência de um matriarcado ou de uma genicocracia, alegando que não existem registros históricos ou etnográficos a respeito, Clóvis Beviláqua²¹, citando Westermarck, dá-nos o exemplo de tribos da África, da América e da Ásia, como os *koechs*, em que a família se desenvolve a partir da matriarca, que administra e dirige o grande núcleo Familiar, o que nos leva a crer que, em determinado momento histórico e em determinada sociedade, a mulher foi considerada a autoridade máxima dentro da família.

E, finalmente, em uma terceira fase, o patriarcado, onde o homem assumiu a liderança do núcleo Familiar. Este sistema permanece até nossos dias e, mesmo após promulgada nossa Carta Magna de 1988, insiste em sobreviver no seio das famílias mais tradicionais e nos rincões mais atrasados de nosso País.

A família romana, considerada o embrião do que hoje conhecemos como família, e de que maneira o Direito tomou por bem disciplinar as relações familiares que se modificam constantemente é o que estudaremos neste capítulo. Serão tratados as fundações da família brasileira, os legados dos Direitos Romano, Canônico e Germânico, bem como a evolução que culminou com a entidade familiar de nossa atual Carta Magna.

²¹ In Direito de Família, p. 19

1.1. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

Nas primeiras famílias, a segurança proporcionada pelo grupo organizado, ainda que de forma primitiva, aos seus membros era muito mais relevante que a consangüinidade. Exercendo uma função de protetora contra as agressões externas, em um momento histórico de fragilidade do Estado, a família começou a se fortalecer.

O parentesco somente passou a ser observado nas famílias gregas e nas famílias romanas, identificando-se com o culto aos antepassados, que muito contribuiu para a agregação ao redor do *pater*, o mais velho da família. Tanto na Grécia quanto em Roma existiam as chamadas micro-religiões, onde cada família possuía seus próprios deuses, representados pelos antepassados mortos, e uma liturgia específica, determinada pelo chefe Familiar que também era o chefe religioso. A família desprovida de descendentes certamente não se perpetuaria, visto que a *sacra privata* somente era praticada pelos membros da família. Acreditavam estes povos que a extinção do culto Familiar acarretaria na condenação eterna dos membros de sua família e de seus antepassados.

Para atender à necessidade de continuação dos cultos familiares romanos, foi criado o instituto da adoção na Lei das XII Tábuas, que se realizou no Império Romano sob duas formas: *adrogatio* e *adoptio*. Pela *adrogatio*, reuniam-se em praça pública o representante do Estado, da religião e do povo e

indagavam o *adrogante* e o *adrogado* sobre as pretensões de adoção; na *adoptio*, fazia-se a alienação do direito do genitor em prol do adotante, constituindo-se um ato mais complexo.

Silvio Rodrigues, citando Foustel de Coulanges, comenta que o autor em sua obra, descreveu o surgimento do instituto da adoção no Império Romano como uma forma de dar continuidade ao culto dos antepassados. Todos os que não tivessem filhos legítimos ou naturais podiam adotar como uma forma de "*evitar a desgraça representa pela morte sem descendentes*"²².

Coexistiram em Roma duas espécies de parentesco: a *agnatio* e a *cognatio*. A *agnatio* ou agnação era a designação dada aos descendentes masculinos do *pater*, à mulher na condição de subordinada, bem como aos filhos adotados e a todos os demais sujeitos ao poder do chefe Familiar, não havendo qualquer vinculação consangüínea entre eles, sendo considerado um parentesco meramente civil. Já na *cognação*, ou *cognatio*, o que unia os membros da família era a consangüinidade, baseando-se na filiação e na descendência parental. Era feita assim a distinção entre a família *proprio jure* e a família *communi juris*, sendo que a família criada a partir da consangüinidade não possuía o mesmo valor da família de nome, que surgia da vontade do *pater*.

²² Cf. Foustel de Coulanges (*La Cité Antique*, 18. Ed., Paris, 1903, p.55) apud Silvio Rodrigues, *Direito Civil, Direito de Família*, 6º volume, p. 332.

1.1.1. A Família Romana

Na Grécia, a família era representada pelo grupo ligado ao ancestral comum, aditando-se os cônjuges e enteados, genros e noras, e cunhados, ao ponto de alguns estudiosos a associarem à figura do *geno*, devido à tamanha abrangência: era uma "*miniatura da polis*", conforme descreve Paulo Dourado de Gusmão, em seu Dicionário de Direito de Família.

Já em Roma coexistiam a *gens*, que tinha como chefe o *pater gentis*, e a família propriamente dita, composta pela mulher, pelos filhos, netos e bisnetos, bem como pelos respectivos bens, sujeito ao poder do *pater*. Famílias, o ascendente comum mais idoso. Essa organização romana é fundamental para a compreensão da família descrita em praticamente todos os códigos modernos, desde o alemão de 1896, ao de Napoleão de 1804, como no brasileiro de 1916.²³

Muito embora aleguem alguns estudiosos que, num primeiro momento da história romana, a família teria vivido sob a autoridade feminina, fundamentando o parentesco gerado pela uterinidade e sendo a mulher considerada o centro criador da família, convém lembrarmos que não existem registros históricos românicos sobre tal especulação. A liderança da família romana teria sido retirada das mãos da mulher (para os que acreditam que em um

²³ Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, p. 13, Vol V, Ed. Forense, 14ª Edição, 2004.

dado momento histórico ela a deteve) e sujeitado-se ao homem, criando-se com isto um novo sistema Familiar, fundado exclusivamente na autoridade masculina.

O homem era considerado em Roma o chefe político, religioso e juiz; era o *pater Familias* que exercia o chamado *ius vitae ac necis*, direito de vida e morte sobre todos os membros de seu grupo, impondo penalidades e tratando-os como coisas pertencentes ao seu patrimônio²⁴. A própria expressão família, que deriva do latim *famulus*, se referia ao conjunto de escravos domésticos e bens postos à disposição do *pater*. Era ele, e tão somente ele, que adquiria e administrava os bens da família, que exercia o *patria potestas* sobre os filhos e a *manus* sobre a mulher.

O Estado Romano praticamente não interferia no grupo Familiar, sendo este de responsabilidade do *pater* que exercia uma jurisdição paralela à estatal, autorizada pelo próprio Direito Romano. O homem exercia seu *domino* na família, assim como o Imperador o fazia no vasto Domínio Romano, existindo entre eles, o *pater* e o Imperador, uma correlação, já que acreditava-se que a família era a representação celular do Estado.

A família, neste momento histórico, era uma unidade política, jurídica, econômica e religiosa que se erigia em torno da figura masculina.²⁵ É a partir de Roma que a união entre um homem e uma mulher passa a interessar ao mundo jurídico, gerando nele seus efeitos.

Pela *conventio in manun*, a mulher e seu patrimônio passavam a pertencer e ser administrados pelo marido, era o chamado *manus maritalis*. Esta

²⁴ Pontes de Miranda, Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, p. 56

forma de união se dava de três maneiras: pela *confarreatio*, pela *coemptio* e pelo *usus*.

A *confarreatio* era a forma de união dos patrícios que permitia que os filhos nascidos dela participassem dos cultos sacerdotais; era o matrimônio religioso celebrado na presença de testemunhas, que perdurou até o Império de Augusto. A *coemptio* era reservada aos plebeus e constituía-se numa espécie de casamento civil, onde o pai vendia a filha para o futuro marido; um resquício dos costumes bárbaros sem qualquer cunho religioso. O *usus* era uma forma de usucapião em que o homem adquiria a posse da mulher após o prazo de um ano de convivência desde que aquela não se ausentasse da casa por três noites consecutivas, *usurpatio trinoctium*, o que impedia que se concretizasse a aquisição.

Existia ainda a *conventio sine manus*, em que a mulher continuava ligada à família de seu pai, não pertencendo ao marido, muito comum após o século IV d.C.²⁶

Também encontramos no Direito Romano a figura do *concubinatus*, admitida com as *Lex Iulia de adulteriis*, *Julia de maritendis ordinibus* e *lex Papia Poppaea*, formando um quase-casamento, distinto das *justae nuptiae* por não garantir os efeitos decorrentes do casamento e por não apresentar o *consensus nuptialis* ou *affectio maritalis*, mas garantindo o surgimento de efeitos legais como a regularização da prole comum.

²⁵ Caio Mário da Silva Pereira, op. Cit., p. 18 – 19

²⁶ Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, 5º volume, p. 37

Como havia sido proibido o casamento entre os plebeus e os patrícios, o concubinato foi a forma de união encontrada pelos romanos, apresentando-se como *legitimus*, sendo a concubina livre para casar-se com o companheiro e devendo ser mantida em sua companhia por toda a vida. Somente no Direito Justiniano é que o concubinato foi rebaixado, sendo considerado inferior ao matrimônio, isto graças às influências do cristianismo; o casamento sacro foi prestigiado e em Lei fixaram-se diferenças entre os filhos nascidos da esposa e os nascidos da concubina.

A intenção dos Imperadores cristãos era a de extinguir com o instituto do concubinato, ou o transformando em casamento propriamente dito, ou incentivando a sua legitimação. Foi Justiniano o primeiro a eliminar todos os impedimentos que, indiretamente, fomentavam este tipo de união que perdurou até o século XIII.

Uma última forma de união admitida entre os romanos era o *contubernium*, exclusiva dos escravos e que representava uma mera união de fato dependente da autorização do senhor, dono dos escravos; modalidade considerada supérflua para os juristas.

Ainda no Direito Romano encontramos a origem do dote, uma espécie de compensação à filha casada sob a *conventio in manum*, que perdia assim o direito aos bens da casa paterna, restando-lhe apenas o dote a ser administrado pelo marido; um legado românico que consta em nosso Código Civil de 1916.

1.1.2. A criação do Casamento Civil

O casamento civil nasceu na Europa, mais precisamente na Holanda, no século XVI, consolidando-se na França no ano de 1767 e somente no século XIX chegando às terras brasileiras.

Os primeiros países a utilizarem-se do novo instituto foram os europeus, graças à Reforma Protestante e à Revolução Francesa.

Nossa Constituição de 1824 havia ignorado o casamento, tanto o religioso, como o civil, importando-se apenas com a família imperial e permitindo que as demais fossem instituídas livremente. Como era grande o número de católicos, o casamento eclesiástico era comumente o mais praticado pelos fiéis.

No ano de 1890, com a substituição do Império pela República, foram separados os poderes religiosos e estatais, criando-se com o Decreto no. 181, de 1890, do Governo Provisório, o casamento civil no Brasil e retirando-se do casamento religioso qualquer valor jurídico que o mesmo pudesse apresentar. Determinava, inclusive, a prisão por seis meses e uma multa correspondente à metade do tempo, a quem realizasse o ato religioso antes do legal.²⁷

No dia 24 de fevereiro de 1891, nossa primeira Constituição Republicana cuidou de estabelecer que somente seriam reconhecidas as uniões fundadas no casamento civil, o que causou furor na sociedade, visto que a Igreja,

²⁷ Maria Helena Diniz, op. Cit., p. 37 - 38

mesmo estando desligada do Estado, ainda era uma formadora de opiniões e havia disseminado entre os seus seguidores a idéia de que a união civil era uma heresia.

Praticamente toda a legislação da República ateve-se ao casamento civil como única forma de matrimônio. O casamento civil como única forma de constituição legítima da família perdurou de 1890 até 1937. Somente no ano de 1937, a Constituição voltou-se novamente para o casamento religioso, deixado à sua própria mercê desde a Constituição da República, declarando que poderiam ser atribuídos efeitos civis ao mesmo; uma norma que foi mantida na Constituição de 1946.²⁸

Hoje, na atual Constituição de 1988, bem como no Código Civil de 2002, o casamento religioso tem efeito civil nos termos da Lei n. 6.015 de 1973. Antes, apenas admitia-se os efeitos civis se houvesse prévia habilitação perante o Oficial do Registro, que emitia a certidão a ser arquivada pelo celebrante; hoje, o é também por habilitação posterior, com publicação dos editais e com a apresentação da prova do ato eclesiástico, bem como dos documentos exigidos no artigo 1.525 e 1.526 do Código Civil, tais como; certidão de nascimento ou equivalente; autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra; declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar; declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos; certidão de óbito do cônjuge

²⁸ Arnoldo Wald, op. Cit., p. 69,

falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

Conforme nos descreve Washington de Barros Monteiro, a moderna legislação internacional sobre o casamento é muito variada. Em alguns países, apenas o casamento civil é válido, podendo os nubentes realizar também o eclesiástico, como exemplos temos o Brasil, a Alemanha e a Suíça; já na Inglaterra e nos Estados Unidos a escolha do matrimônio cabe aos nubentes, sendo ambos aceitos e considerados válidos; existem ainda os países em que apenas o casamento religioso é válido, como a Grécia e o Líbano; e, os países em que o casamento válido é o religioso, mas os dissidentes da religião oficial podem realizar o casamento civil, como é o caso da Espanha.²⁹

1.2. AS FUNÇÕES DA FAMÍLIA - da Antiguidade aos dias Atuais

Uma das primeiras funções da família foi, sem dúvida, a de proteger seus membros das agressões do mundo exterior, seguindo-se de uma função de cunho religioso onde as famílias se reuniam com o intuito de cultuar os antepassados, tanto na Grécia como em Roma onde existiam as chamadas micro-religiões.

²⁹ In Curso de Direito Civil, Direito de Família, 2º vol., p. 16 – 17

A partir da Idade Média, com o Cristianismo reconhecido como religião oficial de praticamente todos os povos tidos por civilizados, o culto familiar deslocou-se para as capelas, deixando o *pater* de ser o seu sacerdote. O Cristianismo reconheceu na família uma entidade religiosa erigida com o sacramento do casamento, sendo considerada a célula-mãe da Santa Igreja. Era a expressão da Igreja, hierarquizada e organizada a partir da figura masculina (lembramos que a figura de Maria, mãe de Jesus, somente começou a ser venerada pelos fiéis do catolicismo após o século XIV). É também a partir da Idade Média que a família passa a ser a garantia de amparo aos seus entes doentes, inválidos e impossibilitados de prover o próprio sustento. Em um momento histórico em que os nobres fechavam-se em seus feudos, vivendo da exploração dos camponeses que dependiam de suas terras para a sobrevivência; onde o Estado era apenas a representação de um homem; era a família que garantia a vida aos seus membros. Até o século XIX, a família exerceu uma função social decisiva no progresso da humanidade.

Antes do advento da indústria, as famílias produziam os bens necessários à sobrevivência: os alimentos, o vestuário, as armas. Com a produção industrial, deixaram de gerar dentro do núcleo familiar os produtos úteis, passando a produzir nas fábricas e auferindo lucros com esta produção. Exercia assim a família uma quarta função: a econômica.

Outra função, muito atrelada à religião, foi a da procriação. A família surgida com o casamento deveria reproduzir-se, considerando-se um casal sem filhos inferior aos demais. O sexo dentro do casamento tinha apenas duas

finalidades: a primeira era a satisfação do desejo masculino, sendo a mulher considerada incapaz de sentir prazer, e a segunda, era a de gerar filhos. Este é, com certeza, o motivo pelo qual as famílias eram muito numerosas nos séculos passados.

Por fim podemos citar como funções familiares as de ajuda moral e psicológica aos seus membros.

Hoje, a família perdeu parte de suas funções: o culto não é mais celebrado pelo patriarca como ocorria na família grega e na família romana, exercendo os membros a liberdade religiosa, não mais se sujeitando ao culto escolhido pelo *pater*; a defesa não pode mais ser comparada à encontrada nos primeiros grupamentos, existindo um Estado forte capaz de proteger seus cidadãos e tendo como dever básico oferecer esta proteção, excluindo-se a vingança privada dos tempos remotos; a assistência também é ofertada pelo Estado e, de acordo com a atual Constituição, é dever do mesmo assegurar a assistência à família, e é dever desta amparar seus idosos; a geração de filhos deve seguir um planejamento familiar, não se cobrando mais das famílias o grande número de membros do início do século XIX.

Hodiernamente, a família não mais baseia-se na concepção canônica de procriação e educação da prole, mútua assistência e satisfação sexual.

1.3. A FAMÍLIA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Alerta-nos Pontes de Miranda³⁰ que o primeiro livro da parte especial do Código Civil (1916) refere-se à família, tamanha importância deu-lhe o legislador, diferentemente de outros códigos como o alemão e o italiano. Esta importância da matéria está intimamente ligada ao sentimentalismo social que vê no núcleo Familiar a base da sociedade.

Até a atual Constituição, todas as anteriores, com exceção da de 1967, declaravam que a família constituída pelo casamento civil era indissolúvel e estava sob a proteção estatal, o que gerou duas espécies de família na sociedade: a família legítima, prevista em lei e baseada no casamento civil, com total amparo legal e proteção estatal; e a família ilegítima, criada à margem da lei e sem as prerrogativas da primeira.

Na sua evolução pós-romana, a família recebeu a contribuição do direito germânico. Recolheu sobretudo, a espiritualidade cristã, deduzindo-se o grupo familiar aos pais e filhos, e assumiu o cunho sacramental. E veio revestir no cunho moderno outras características. Substituiu-se a organização autocrática por uma orientação democrática-afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor. As relações de

³⁰ Cit. p. 165

parentescos permutaram o fundamento político da *agnatio* pela vinculação biológica da consangüinidade (*cognatio*).³¹

Podemos conceituar os institutos do Direito de Família, como sendo: relações pessoais, patrimoniais e assistenciais. Dessa forma destacam-se no Direito de Família: o casamento, a filiação, o poder Familiar, a tutela, a curatela, os alimentos, a ausência. As uniões livres nas suas diversas modalidades e, após 1988, “a união estável” se apresenta como novo âmbito de proteção familiar.

A idéia do concubinato sempre esteve associada à liberdade e à libertinagem; não sendo poucos os autores que o colocam em posição inferior ao casamento. Embora desde os primórdios da civilização humana já existisse a união livre, com a criação do casamento religioso e do casamento civil, foi o mesmo marginalizado, esquecendo-se de que a família existiu antes mesmo da formalização do ato da união entre um homem e uma mulher.

Em sua obra ‘Direito de Família’, datada de 1980, anterior à Constituição de 1988, Jeferson Daibert refere-se ao concubinato como uma das muitas afrontas ao instituto da família. Diz-nos o jurista: *"É o concubinato uma das formas de desagregação da família moderna, já afetada pela sua desorganização interna e desarmonia que nascem nesse período de transição para a paridade conjugal."*³²

O aumento deste tipo de união deveu-se muito à falta de informação, principalmente nos locais mais atrasados do país, tanto sobre a validade do

³¹ Caio Mário da Silva Pereira, op. Cit., p. 18 – 19

³² p. 36

casamento religioso, como sobre a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal, admitida entre nós com a Lei do Divórcio Lei n. 6.515/77.

Com a Carta Magna de 1988, deixando de existir o requisito do casamento como fundamental para a legitimação da família, alargou-se sobremaneira a sua conceituação do Direito de Família, antes profundamente atrelado aos efeitos do casamento, considerado o centro irradiador de suas normas básicas.

O ato formal do casamento deixou de interessar ao Estado, passando este a preocupar-se com a importância do grupo Familiar, qualquer que seja a sua origem, garantindo-lhe a proteção e os direitos postos à disposição da chamada família legítima.³³

Com o advento do novo Código Civil, não mais podemos conceituar a família como estrutura única, engessada e estática pelos laços do matrimônio, como também ela não pode mais ser caracterizada pela presença de um homem, uma mulher e sua prole. Nem sequer necessita haver parentesco em linha reta entre seus integrantes, ou diversidade de sexo entre seus partícipes, para caracterizar uma entidade familiar. Onde houver envolvimento de vidas com mútuo comprometimento formando uma estruturação psíquica, isto é, onde houve afeto é imperioso reconhecer que aí se está no âmbito do direito de família.

O novo Código Civil trouxe um pouco de aproximação entre o direito vigente e a realizada existente, no confronto entre o conservadorismo social e a

³³ Orlando Gomes, op. Cit., p. 46

emergência de novos valores, mas como dito acima tal aproximação foi muito sutil.

Portanto, na idéia de família o que mais importa certamente a cada um de seus membros, é pertencer àquela família, aquele universo, e naquele lugar onde é possível integrar sentimentos, valores e reconhecimentos recíprocos.

Dessa forma ultrapassa qualquer definição que se possa dar ao direito de família a noção de família é mais abrangente e acolhedora do que as descrições que possamos dar, veremos algumas formas de alterações da nova família brasileira.

1.4. O CONCUBINATO, A UNIÃO ESTÁVEL E A ENTIDADE FAMILIAR

O concubinato não é uma entidade nova, sempre houve e provavelmente sempre haverá, repercutindo tal situação em nossa vida jurídica. Tanto que o revogado Código Civil de 1916 tratava em seu artigo 363, I, a possibilidade em que era permitido a investigação de paternidade de filhos advindos fora do matrimônio.

Com certeza, a modificação que maior repercussão causou no mundo forense foi disposta no § 3º do artigo 226 de nossa Constituição de 1988, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade Familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Criou-se com a Carta de 1988 o neologismo jurídico da entidade familiar, muito embora alguns estudiosos do Direito aleguem que o mesmo não passou de um recurso utilizado pelo Constituinte para não repetir a expressão família utilizada no *caput* do artigo. Acreditamos que se trata sim, de uma novidade constitucional, mas que se refere à família descrita nos Códigos de uma forma bem mais abrangente.

A nova Constituição reconheceu a família como base da sociedade e declarou que a união estável entre um homem e uma mulher deveria ser tida como entidade Familiar, ou seja, como família propriamente dita. Condição-a, entretanto, à estabilidade um requisito subjetivo que presta-se a observar muito mais a qualidade da união do que o lapso temporal da mesma à diversidade de sexo dos conviventes o que exclui a união entre homossexuais; à notoriedade das relações, não beneficiando assim as uniões clandestinas tendo como objetivo a formação de um núcleo Familiar.

Sendo a estabilidade sinônimo de firme, fixo, assente, sólido, permanente, duradouro; serão assim, entidades Familiares, todas aquelas uniões

que corresponderem a estas características, inclusive aquelas anteriormente chamadas de adulterinas quando constituídas após a separação fática.

O § 3º do Art. 226 da CF/88, criou um microsistema pelo qual desconhecia o direito pátrio nem codificado, surgindo dúvidas que até a data de hoje pairam aos estudiosos.

O novo texto inserido nos Arts. 1.723 a 1.727, ainda que de forma sucinta a matéria, nos remonta as grandes modificações decorrentes das Leis Ordinárias 8.971/1994 e 9.278/1996.

O tema concubinato sempre foi tratado como uma “peste negra”, onde sabiam como localizar os concubinos, mas tinha-se grande receio de enfrentá-lo, creio eu que por dois motivos: a família do infiel e a nova família do concubino. O legislador até então não havia enfrentado o problema, mas a jurisprudência, com decisões cada vez mais acaloradas sobre o assunto, vinha se manifestando sobre o delicado tema.

Tudo isso se considerarmos que nosso País é predominantemente católico e as uniões (homem e mulher) fora do círculo da união formal (casamento) são encaradas como espúrias, criticáveis e passíveis de sanção.

Na definição de Eduardo de Oliveira Leite³⁴:

o concubinato, isto é união de homem e de mulher fora do casamento, admite porém, conotações que, certamente, não se esgotam naquela visão ampla e abrangente, exatamente, esta dificuldade de encarar as invocadas nuances que acompanham, inexoravelmente, o instituto, é que foi criando injustiças e iniquidades que não podiam ser agasalhadas pela ordem jurídica. O termo genérico na verdade admite dois sentidos, um amplo (lato sensu) e um restrito (stricto sensu) embora a doutrina e jurisprudência nem sempre

³⁴ Eduardo de Oliveira Leite, Direito Civil Aplicado, p. 417.

tenham estabelecido com clareza, os limites entre as duas realidades dicotômicas.

A sensível diferença entre Concubinato e União Estável, modalidade de união prevista em norma Constitucional, é que esta é a união de pessoas livres entre homem e mulher, que poderão inclusive converter essa união em casamento, e só sendo possível essa conversão de pessoas sem impedimentos, diferentemente do concubinato, conforme mencionado texto Constitucional § 3º, Art. 226.

Dessa forma, podemos afirmar que concubinato não se confunde com a união estável (ou união livre), porque naquele há sempre impedimento, enquanto nesta a convivência pode ser convertida em casamento.

E nesse sentido ilustra Eduardo de Oliveira Leite³⁵:

a união estável a que se refere o texto constitucional (e agora resgatada pelo sistema codificado) visualizou apenas as uniões livres (sem impedimento matrimonial) e não os concubinatos (onde ocorre impedimento v.g. adultério), senão não se falaria em conversão. Evidente que só se pode converter em casamento uma união que não esteja inquinada de qualquer dos impedimentos previstos no atual Art. 1521 do C.C. Aqui novamente, ressalta a idéia de que o constituinte, em momento algum, comparou ou equiparou o casamento à união livre. São realidades distintas, institutos diferentes que, por isso mesmo, receberam do legislador infra-constitucional tratamento diferenciado.

Barbosa Moreira, por sua vez, define “*que as medidas porventura adotadas pelo Estado em benefício da família hão de aproveitar também as*

³⁵ Eduardo de Oliveira Leite. O concubinato frente a nova Constituição: hesitações e certezas. In repertorio de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família – Aspectos Constitucionais civis e processuais, vol I. pág 98.

*uniões livres não formalizadas, mas estáveis, entre homem e mulher, as quais consideram, para esse fim, como entidades Familiares.”*³⁶

Também considera Teresa Arruda Alvim Wambier “*caberá agora, à lei ordinária e à jurisprudência traçar os contornos desta proteção do Estado, e a que alude a letra do texto constitucional*”³⁷.

Para Francisco José Cahali:

a Constituição Federal, abraçando a causa já defendida pela doutrina, acolhida pela jurisprudência, e referida de forma acanhada na legislação, no sentido de não deixar à margem do sistema legal as relações concubinárias, deu um grande passo, talvez maior do que o esperado, ampliando o conceito de família, para também cobrir, sob o manto protetor do Estado, as relações concubinárias. Assim, com o art. 226, § 3º., institucionalizou o concubinato, a ele referindo-se como união estável entre o homem e a mulher, elevando a relação ao estado de ‘entidade Familiar’, categoria social mais ampla que aquela até então família constituída exclusivamente pelo casamento³⁸

Com o advento da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Novo Código Civil Brasileiro, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, o legislador estendeu expressamente os impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil à União Estável, conforme se vê do § 1º do artigo 1.723.

O entendimento predominante é de que, enquanto estiver pendente o impedimento, não se poderá caracterizar a união estável. Ou seja, impedido o casamento, afasta-se a união. Porém, se o matrimônio for permitido posteriormente, por superar o óbice ou em razão do consentimento, a situação de

³⁶ TJRJ, Ac. un. da 5ª. CC de 06.08.1991. Ap. 1.123/991 – Rel. Dês. Barbosa Moreira, In ADV – Seleções Jurídicas, O Direito de Família nos Tribunais. V. IV Concubinato, p. 16.

³⁷ Wambier, Teresa Arruda Alvim. Entidade Familiar e casamento formal. Aspectos patrimoniais. In RT 680/69.

³⁸ CAHALLI, Francisco José, Contrato de Convivência na União Estável, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 25.

fato automaticamente se converterá em união estável produzindo seus efeitos desde então.

A respeito da união estável, o Novo Código Civil introduziu o seguinte:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade Familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art.1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

A notoriedade é elemento essencial para que se evidencie a estabilidade. A verdadeira união estável deverá ser assumida perante terceiros, já que esta é aceita socialmente, além de configurar-se através da coabitação dos conviventes.

O § 1º do art. 1.723 do novo Código Civil, ao declarar os impedimentos do art. 1.521 do mesmo códex, obstaram à constituição da união estável, salvo se incidirem sobre o inciso VI, que abriu a possibilidade de formar-se união estável entre pessoas separadas de fato ou separadas judicialmente.

O art. 1.724, estabelece que *"as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos."* A lealdade e o respeito mútuo são a fidelidade recíproca do casal, dos companheiros. Quanto à assistência, o legislador referiu-se tanto à assistência material como à assistência moral. Os deveres de guarda, sustento e educação dos filhos são decorrentes da própria noção da própria noção de entidade Familiar. Todas essas características descritas acima têm que estar presentes para que possa existir uma entidade Familiar.

O Novo Código Civil fez questão de distinguir a união estável do concubinato o que foi feito no art. 1.727. Sobre este artigo, Sílvio de Salvo Venosa faz o seguinte comentário:

Note-se que o legislador, ao referir-se, no art. 1.727, aos impedidos de casar, disse mais do que pretendia, pois, por exemplo, os separados judicialmente estão impedidos de casar, mas não estão impedidos de constituir união estável. É importante distinguir união estável de concubinato nessas respectivas compreensões, pois há conseqüências jurídicas diversas em cada um dos institutos. No concubinato podem ocorrer os efeitos patrimoniais de uma sociedade de fato sem que existam outros direitos dedicados exclusivamente à união estável, tratada muito proximamente como se matrimônio fosse.³⁹

1.5. O LAPSO TEMPORAL NAS UNIÕES ESTÁVEIS

Não quis o legislador Constituinte fixar um prazo para a constituição da entidade Familiar, quis somente a demonstração de afeição conjugal entre os

³⁹ Direito civil, Direito de Família, Vol. VI, pág 49, editora Atlas 2002.

companheiros, incitando o julgador a examinar a qualidade de vida daqueles, pois a expressão da união na sociedade determina a existência da estabilidade exigida constitucionalmente.

Os antigos prazos estabelecidos foram revogados pela norma Constitucional, inclusive o que garantia à companheira o direito à pensão após a comprovação da união por um tempo igual ou superior a cinco anos, não havendo filhos, ou de três anos se houvessem filhos comuns ao casal. Hodiernamente, não mais existe prazo fixo para esta comprovação, muito embora tenha a Lei n. 8.971/94 estipulado lapso temporal de cinco anos, a Lei posterior, Lei no. 9.278/96 revogou o disposto em seu artigo 1^o.⁴⁰

Hoje, o magistrado não se aterá ao lapso temporal em que se deu (ou se dá) a união, mas à finalidade, podendo este tempo ser de dois como de dez anos. O que importa é a estrutura da união assemelhar-se à da “Família” para assim receber a proteção estatal.

Atualmente, encontra-se em tramitação um projeto de lei em que as uniões, para serem consideradas estáveis, dependerão de um prazo temporal de cinco anos, não havendo filhos, e dois anos, havendo-os. **(DR. FRANCISCO – VER SE SABE O N. DO PROJETO)**. Certamente esta lei, se aprovada, não estará de acordo com a norma Constitucional, que em nenhum momento faz alusão ao tempo da união, mas devemos reconhecer que, com certeza, irá orientar o magistrado nas decisões referentes a estas uniões, contudo suscitando um grande questionamento nos casos em que as uniões se desfazem contra a vontade de

ambos os companheiros, como por exemplo, em um acidente em que um seja vitimado fatalmente, ainda não tendo completado o prazo de tempo e não existindo filhos comuns; não poderá deixar de se considerar estável se apresenta a afinidade que os romanos chamavam de *afectio maritalis* apenas por não preencher uma exigência infra-constitucional de lapso temporal ou a presença de filhos comuns.

Com a inserção, agora do Título III, do novo Código Civil, tende a ganhar reconhecimento o que o texto Constitucional inicialmente previa, com o conseqüente resgate de sua potencialidade originária.⁴¹

Como vimos, o decurso do lapso temporal como caracterizador da união estável foi abandonado, no que certamente acertou o legislador, sendo o único “requisito” para a configuração da união estável a convivência pública e duradoura, com o objetivo de constituir família.

1.6. A ENTIDADE FAMILIAR CRIADA COM A CONSTITUIÇÃO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As famílias naturais ou de fato passaram a receber cuidados estatais com a Carta de 1988. Hoje, com a matéria disposta em sede Constitucional, não se

⁴⁰ Lei 9278/96 “Art. 1º É reconhecida como entidade Familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”

pode mais declarar que as chamadas uniões livres, ficam à margem da lei, como fizeram juristas como Pontes de Miranda ao dispor que "*o concubinato não constitui, no Direito brasileiro, instituição do Direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são*"⁴² e como fez, por muito tempo, nossa jurisprudência, citando-se como exemplo um Acórdão do STF que declarava que "*a ordem jurídica ignora a existência do concubinato.*"⁴³

Diante do tratamento Constitucional, seus integrantes devem-se mutuamente: respeito e fidelidade, assistência moral e material, competindo a ambos a guarda e o sustento dos filhos comuns, Art. 229 da Constituição Federal.

A exigência de vida *more uxório*, considerada por doutrinadores como fundamental para expressar o desejo de constituição de uma família, foi declarada dispensável pela súmula 382 do STF, o que facilitou a caracterização da união e a divisão dos bens adquiridos conjuntamente.

Atualmente, os bens adquiridos na constância da união são considerados de ambos, não se admitindo mais o enriquecimento de um em detrimento de outro; considerados fruto do trabalho comum, devem ser partilhados após a dissolução da sociedade, salvo estipulação contrária disposta em contrato escrito, diferentemente do casamento civil onde o regime de comunhão é definido previamente, cabendo hoje alteração posterior no curso da união matrimonial, Art. 1.639, § 2º do Código Civil.

⁴¹ Eduardo Oliveira Leite, Direito Civil Aplicado, Direito Família, Vol 5º, Ed. RT 2005, São Paulo.

⁴² Pontes de Miranda, Tratado do Direito de Família, vol. I, p. 55

⁴³ Datado de 24 de janeiro de 1947, tendo como relator o Ministro Hahnemann Guimarães, in RF 112/417

Também não mais se exige a existência dos filhos para que haja união estável entre um homem e uma mulher, visto que muitos casais não possuem filhos por motivos biológicos e outros por simples opção, não existindo mais a finalidade da procriação nas uniões matrimoniais ou estáveis como existiu outrora.

Para alguns juristas, o legislador foi temerário ao declarar que a união estável entre um homem e uma mulher constitui entidade Familiar, mas verdade é que a família, ou a entidade Familiar, sempre existiu, mesmo antes da criação do casamento religioso, pelo Direito Canônico, e do casamento civil; o que o legislador fez foi reconhecer em nossa Lei Maior uma situação fática existente há muito tempo e que precisava da proteção do Estado. Em nenhum momento, quis o legislador constitucional prestigiar as uniões livres, desfavorecendo o casamento civil como apregoam certos doutrinadores; pretendeu sim alcançar com a lei aquelas uniões que ficavam à sua margem, tornando-as alvo da proteção legal e também impondo sobre seus membros obrigações muito semelhantes às encontradas dentro do casamento.

O simples fato de se declarar que a lei deve facilitar a conversão da união em casamento demonstra a preocupação em manter aquele instituto como a forma ideal de constituição de uma família (ideal, porém não única). Para muitos, inclusive, mostrou o legislador com o disposto no fecho do § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, a família constituída livremente continua estigmatizada. Não é este nosso entendimento; o legislador o fez apenas para que pudesse ser facilitada a conversão.

O reconhecimento da união estável como entidade Familiar veio ao encontro de todos os apelos sociais desde a década de 70, quando o casamento deixou de ser aquela união indissolúvel através da Lei do Divórcio Lei no. 6.515/77, aos dias atuais, quando, com a Carta de 1988, a simples união entre um homem e uma mulher, com a afeição própria do matrimônio, passou a ser reconhecida e protegida pelo Estado.

Não importa se, individualmente, pensamos que a melhor forma de se constituir uma família é através do casamento civil ou religioso, a realidade Constitucional abraçou esta forma de união e erigiu-a à qualidade de entidade Familiar, devendo a mesma ser respeitada, não cabendo mais as antigas denominações preconceituosas.

1.7. AS UNIÕES HOMOSSEXUAIS

Outro tema que, com certeza, causou estranheza na sociedade foi relativo às uniões homossexuais. O constituinte preferiu não tratar da matéria de forma direta, evitando assim um confronto com os mais conservadores, mas permitiu, com o previsto no § 4º do artigo 226 de nossa Constituição Federal, que pudesse ser considerada entidade Familiar, a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

No artigo 226 da Constituição Federal de 1988 o constituinte apresentou dois requisitos para a caracterização da entidade Familiar: no § 3º, a união estável entre homem e mulher, o que descarta a união homossexual; e, no § 4º, a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, abrangendo assim os divorciados, viúvos ou solteiros, sem excluir os homossexuais que podem adotar.

Em muitos países da Europa, os homossexuais já possuem vários direitos garantidos em leis, diferentemente do Brasil, onde ainda são esparsos os julgados que beneficiam os que assim constituem uma sociedade.

Recentemente, a Holanda e Inglaterra legalizaram o casamento homossexual, o que não causa mais espanto na comunidade global. No Brasil, ainda não há que se falar em casamento homossexual, visto que a Lei mantém como forma de instituto do casamento, somente pode ocorrer com a união de um homem e de uma mulher, mas o estado do Rio Grande do Sul pode ser considerado de vanguarda em matéria de direitos garantidos aos homossexuais, graças ao grande número de julgadores jovens e com uma visão mais crítica da realidade social, que vêem na união homossexual a mesma relação fática do concubinato, não podendo ser mantido à margem legal.

Várias decisões da Justiça gaúcha são pioneiras e conferem aos homossexuais direitos como: inclusão do parceiro como dependente em plano de saúde (caso de 1996 em que a Fundação da Caixa Econômica Federal foi condenada a admitir o companheiro de um funcionário como dependente do plano de saúde oferecido pela empresa); direito à herança e divisão de patrimônio em

caso de separação (julgado de 1999); e, pensão aos viúvos (decisão de 2000). Isso sem contar com a inovação de se retirar da competência das Varas Cíveis os casos relacionados às uniões entre homossexuais, conferindo-os às Varas de Família⁴⁴. Tanta inovação encontra amparo constitucional na igualdade prevista no artigo 5º de nossa Lei Maior.

Hoje, com o previsto na Carta de 1988, pode um pai ou uma mãe, juntamente com seus descendentes e não há mais a diferenciação de outrora dos legítimos, ilegítimos e adotivos constituir a chamada entidade Familiar. Como não há nenhuma vedação a que um homossexual adote, pode o mesmo dar origem a uma entidade Familiar através da adoção. A entidade Familiar é a família descrita nos nossos códigos, como a única diferença de não estar atrelada ao casamento civil. Hoje, a união estável constituiu uma entidade Familiar, bem como a comunidade formada por um dos pais e seus descendentes, podendo então a união de dois homossexuais ser considerada uma entidade Familiar a partir do momento em que um deles torna-se um adotante.

Em nenhum momento, a lei brasileira considera uma união estável entre dois homossexuais, não se sabe se por motivos religiosos, morais ou éticos, mas porque a própria lei simplesmente assim prescreve que, para a configuração de uma união estável, é preciso a convivência de um homem e de uma mulher, o que não ocorre com casais homossexuais; mas entendemos que nesta união homossexual a entidade Familiar possa ser criada a partir do instituto da adoção.

⁴⁴ Revista Veja de 2 de maio de 2001, Sociedade - "Vanguarda Gaúcha – Rio Grande do Sul

1.8. A NOVA FAMÍLIA BRASILEIRA

Passada uma breve introdução da evolução histórica da família, de tempos remotos até o atual, de sua formação, constituição e reconhecimento através de novas conceituações, devemos nos ater à Família – descrita na atual norma positivada, esta disciplinada no Livro IV, do novo Código Civil, com título Direito de Família.

Sempre atual, Clóvis Bevilacqua definiu o Direito de Família como;

complexo das normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, e dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela. Altos interesses da moral e do bem-estar social imprimem a este complexo de normas um caráter particular, e exigem do direito, especial cuidado ao estabelecê-las.⁴⁵

Na ótica do Código Civil, Direito de Família “*é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção.*”⁴⁶

Na organização dispositiva do novo Código Civil, veremos que a codificação do Direito de Família vem disposta primeiramente do Direito Pessoal Arts. 1.511 a 1.638, enquanto que o Direito Patrimonial vem nos Arts. 1.639 a 1.722.

assume a dianteira do país na defesa dos direitos dos gays”, por Tatiana Chiari, p. 73

⁴⁵ Clovis Bevilacqua, Código Civil, v. II, Art. 180, p.6

É de se notar que o legislador preocupou-se mais com a parte patrimonial Familiar em relação à parte pessoal do novo estatuto civil, atitude essa que já foi adotada pelo constituinte de 1988.

Além disso, a família como bem observa Caio Mário, não tem suas normas somente no Direito. Como organismo ético e social, na religião, na moral, nos costumes, sendo de assinalar que a sua força coesiva é antes de tudo um dado psíquico.⁴⁶

Portanto a Família é bem maior que o Direito, sobrevive a crises, a interpretações, a novas roupagens e definições, tanto pelo legislador constituinte como para o ordinário. Grandes nomes já tentaram definir a “entidade” Família, mas o que consegue-se, no máximo é fazer um apanhado histórico e transcrevê-lo para nossos dias.

Modernamente, a Família é numericamente menor, pois como vimos inicialmente, todos, até escravos que pertenciam a um dono eram tidos como a Família daquele senhor.

Atualmente a formação Familiar está mais simples, menos burocrática e mais abrangente, pois buscou a facilitação e conversão do casamento religioso ao casamento civil o legislador nos Arts. 1.515 e 1.516, que o casamento religioso equipara-se ao civil Art. 1.515.

Num país continental onde vivemos, esse tido como um Estado laico, onde inúmeras religiões afloram nos quatros cantos do território, teremos vários

⁴⁶ Gomes, Orlando. Direito de Família, p.1

⁴⁷ Pereira, Caio Mario da Silva, Instituições de Direito Civil, Vol V. pág. 21.

reconhecimentos de distintas religiões sendo reconhecidas como uma forma legal de união, isso certamente é a persistência do povo brasileiro em casar-se no religioso.

Portanto, intimamente ligado à Família está o casamento, podendo ele ser realizado atualmente de forma menos solene, mas com as prerrogativas do casamento civil, tendo com isso o legislador um grande avanço nesse terreno.

É inegável a influência que a igreja possui em matéria Familiar, sobretudo quando se trata do casamento. Orlando Gomes, no primeiro capítulo da obra Direito de Família, já afirma que *"(...) não se pode omitir a influência da Igreja, por sua doutrina e ação, na elaboração do estatuto da família. (...) A Religião e a Moral influem na formação dos costumes Familiares e, portanto, na legislação que o Estado dita para regular a constituição da família e as relações provenientes"*.⁴⁸

Várias definições poderíamos destacar como sendo casamento, atualmente como vimos até a união religiosa terá a proteção e reconhecimento de casamento civil, nos termos da legislação vigente.

Nosso sistema possibilita o vínculo jurídico entre homem e mulher, vínculo esse que será material, moral e espiritual para as partes, devendo ser observado como um *"requisito"* basilar para a união.

Os diversos preceitos do Art. 227 da Constituição Federal referem-se à família, em geral sem tipificá-la, ressaltando o interesse das pessoas que a integram, no mesmo sentido empregado pelo § 8º do Art. 226. Assim, a todos que

⁴⁸ p. 10

estão ligados, por afetividade como fundamento e finalidade da entidade com escopo indiscutível de constituição de uma família, excluído-se relacionamento casuais e descomprometidos sem a comunhão de uma vida comum pressupõe-se uma unidade Familiar que assim podemos qualifica-la de Família.

O que se buscou demonstrar é que, a Família é tida como uma instituição é sua formação independe de normas ou regramentos, ela sempre existirá. Veremos a seguir, que em decorrência dessa união de pessoas, denominado Família, haverão conflitos, e esses conflitos oriundos do direito de Família é que se passa a estudar. Não iremos tratar do direito material, mas sim do direito Processual, das conseqüências das obrigações decorrentes do Direito de Família.

Buscaremos estudar as tutelas de urgência e proteção que se prestam ao direito de família, pois muitas vezes em decorrência de Leis especiais os julgadores deixam de aplicar institutos inerentes a todo procedimento processual alegando que lei especial não poderia ser objeto de tutelas diferenciadas - a não ser as que a própria Lei prevê.

Com a recente promulgação da lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005, que alterou sensivelmente o livro II – processo de Execução do Código de Processo Civil, classificação dos atos decisórios do processo, e a principal mudança da digitada lei dará maior eficácia aos títulos executivos judicial, a desnecessidade de citação em execução de sentença sendo tão somente intimado o defensor para o prosseguimento da demanda, no próximo capítulo iremos fazer um pequeno estudo sobre citação, e as formas de citação como forma de

angularização dos processos judiciais, para inicialmente a existência e formação processual.

2 – DA CITAÇÃO

O processo nasce com a iniciativa do Autor, delimita-se com a defesa do réu e culmina com a sentença do juiz. A execução pode, eventualmente, fazer parte do processo, mas não é obrigatória, já que muitos processos que não geram e necessitam de execução coativa. Assim sendo, o Autor, Réu e Juiz são os protagonistas desse drama denominado processo, e para que tal drama se inicie é necessário que haja a Citação do réu, para sujeitar-se ou não a pretensão do Autor. A citação faz coisa litigiosa!

Nesse diapasão de idéias, devemos observar, quais seriam os efeitos decorrentes dessa litigiosidade e se é que há litigiosidade somente com o ato citatório. Haveria ação, sem que haja coisa litigiosa? Ou melhor, haveria ação sem que houvesse citação?

Certamente com essas pequenas indagações teríamos tema suficiente para qualquer pesquisa a ser desenvolvida, mas a nossa pretensão é, nesse capítulo

que se apresenta um pequeno estudo sobre a citação, seus efeitos e conseqüências para o mundo jurídico e mais a tão mencionada angularização processual, ocorreria com o simples fato citatório?

Com a nova ordem constitucional que alterou sensivelmente os “processos” e o conceito de Justiça, com a independência do Poder Judiciário, com magistrados dotados de garantias vitais a sua função, surge aos jurisdicionados a garantia de aplicabilidade das Leis de forma imparcial e equânime e agora com um senso de Justiça expressados em leis fundamentais.

Para tanto, e para que tudo isso ocorra imprescindível ante a inércia da jurisdição que o demandante acione o Poder Judiciário, diante da ameaça sofrida e que seja conferido não só ao autor primeiramente com seu direito de ação, mas ao demandado a garantia do princípio do contraditório deve ocorrer a Citação do mesmo, nos termos da Constituição Federal de forma e procedimento previsto no Código de Processo Civil.

Deduzido esse princípio nosso Código de Processo Civil consagra a regra de que para a validade do processo é indispensável à citação inicial, Art. 214, regra essa abrangente do processo de conhecimento, cautelar e de execução, sendo que em rigor se lê “validade” leia-se “existência” do processo em relação ao réu.⁴⁹

E certamente tal procedimento citatório só haverá a partir de um processo válido, que serve para resolver um conflito de interesses. Todo processo pressupõe um ou mais conflitos e é um meio idôneo para dirimi-lo por intervenção

⁴⁹ Arruda Alvim, “Manual de direito processual civil”, 8ª Ed. Vol. I, editora RT, São Paulo, 2003.

da autoridade estatal, o juiz. A finalidade de acionamento do Poder Judiciário através de um processo judicial, certamente é uma decisão favorável, através de uma sentença judicial ou mesmo uma decisão interlocutória.

2.1. DEFINIÇÃO

O Estado, sendo titular do poder geral de cautela, assumiu todas as obrigações de dirimir conflitos levados a seu conhecimento, solucionando os litígios buscando a paz social dos litigantes.

Quando alguém vem a juízo a fim de pleitear o reconhecimento de um direito deve dar, desde logo, ciência ao réu da ação proposta para que este possa defender-ser. O chamamento inicial do réu a juízo denomina-se citação.

Palavra de origem latina – *citum* , do verbo *ciere*, que significa excitar, produzir movimento, chamar) – a citação é ato pelo qual se leva ao conhecimento do réu que contra ele foi proposta determinada ação e se o chama a juízo para acompanhá-la em todos os seus termos.

No processo romano primitivo a citação – in “*jus vocatio*” era um ato extrajudicial, realizava-o o próprio autor, sem a intervenção do Estado, com efeito o credor convidava o devedor a ir em sua companhia à presença do magistrado, no dia e lugar das audiências, a fim de discutirem a questão litigiosa e se, porventura, o devedor não concordava ao convite, podia o credor leva-lo a força “*aborto collo*”- segundo a lei das 12 Tábuas.

Nessa ocasião, dada a relutância do devedor cumpria ao credor tocar nas orelhas das testemunhas presentes dizendo-lhes – *licet antestari?* Memento *quod tu mihi illa cusa testi eris* – isto é: Posso tomar-te com testemunha? Lembra-te que serás minha testemunha nessa causa.

Inusitado sistema de cerimonial dos romanos originava-se dos costumes gregos, considerando BONCENNE “*uma espécie de feitiçaria mitológica consagradas as orelhas.*”

Tais procedimentos foram sendo substituídos, gradativamente por medidas mais indireta, visando forçar o comparecimento das partes ao juízo, sem tais sujeições e vontades, mas sim um pequeno indicio de obrigação dos envolvidos. Mas, para tais atos acontecessem deveriam mediante a prestação de caução, que no final da querela seria revertido aquela parte que comparecesse ao juízo, devido à ausência do adversário.

Devido aos poderes do Pretor que podia também imitar o credor na posse dos bens do devedor, quanto este não comparecesse ao juízo. Em tempos mais modernos a citação tornou-se um ato judicial executado pelo *viator*, oficial de justiça daqueles tempos, o qual levava ao réu o *libellum conventionis*, que continha sucintamente a pretensão do Autor. Naqueles remotos a ausência, afixava-se editais de citação nos lugares públicos.

Com a imposição de regras ao indivíduo e meios capazes de solucionar os conflitos levados ao conhecimento do órgão julgador surge aos jurisdicionados a possibilidade de solucionar suas diferenças através de um sistema previamente constituído de Leis e julgadores, que através do Estado-Juiz soluciona os conflitos de interesses que desde então passou a ser imparcial. O Estado substitui as partes incumbindo a ele de dar a almejada solução para o litígio.

Normas processuais determinam à inércia do Poder Judiciário consagrado no Art. 262 do Código de Processo Civil, “*o processo civil começa por iniciativa da parte, mas apenas se desenvolve por impulso oficial*”, assim primeiramente o Autor da demanda ao sentir-se lesado ou ameaçado levará tais ofensas ao Poder Judiciário, que verificando requisitos elementares para a distribuição da demanda, através do impulso oficial mandará citar a outra parte envolvida nos termos da legislação processual.

As partes em qualquer caso, sujeitam-se às normas processuais apontadas, todos os elementos participantes do processo, quer como partes diretamente interessadas no feito quer como terceiros. Todos, autor, réu, litisconsorte, terceiros intervenientes (assistentes, oponentes embargantes, chamados e nomeados a autoria) todos, são figuras processuais que, nos casos concretos ficam adstritos às regras expressas.

A disposição do vigente Código de Processo Civil de 1973 no Capítulo IV – das comunicações dos atos, disposto no livro I do processo de conhecimento em seus Arts. 213 e 214, ilustram o processo citatório para a validação do processo, posto em juízo.

Muitos e renomados autores se detiveram ao estudo autônomo das Citações e Intimações, dada a importância de tais atos para o bom exercício da função jurisdicional. De nada valeria que a maior agressão de todas fosse posta em juízo sem que o agressor pudesse tomar conhecimento de tais fatos, para que, nos termos da legislação vigente tomasse as medidas necessárias.

Por tais motivos, e outros que passaremos a ilustrar o ato de Citação primeiro ato de conhecimento ao demandado é de suma importância para que o processo se desenvolva nos ditames legais.

O requerimento para a citação do réu é uma exigência supérflua da Lei⁵⁰, e convém desde já salientar que a falta de pedido de citação do réu não é causa de nulidade processual, pois se o autor indica a parte contrária relacionada ao fato descrito para cuja solução invoca o poder jurisdicional do estado através do Juiz, claro é que estar incumbe de mandar citar o réu, independentemente de qualquer pedido especial expresso.

Como define Pontes de Miranda⁵¹, *“a relação jurídica processual resulta do exercício da pretensão à tutela jurídica do autor, dirigindo-se ao juiz com a conseqüente citação que o juiz ordena dando conhecimento da petição, a citação angulariza a relação jurídica processual.”*

Continua o mesmo autor *“citação é chamamento com a cognição do objeto da causa pelo citado para que possa defender-se”*.

A citação é um instituo de origem romana; a citação com hora certa, romano-germânico. Citação é chamamento com a cognição do objeto da causa pelo citado, para que possa defender-se, é o alicerce do processo e o protótipo do ato processual, dela é que se parte para o complexo de atos que vai termina na definitiva entrega da prestação jurisdicional.

A citação é um princípio, não só do direito natural, com de direito divino: está escrito no Evangelho de São José que *“nemo inauditus deve*

⁵⁰ Art. 282, VII

damnari”, isto é, ninguém pode ser condenado sem ser ouvido. Onde haja uma reparação a ser exigida ou um direito a ser reclamado, a citação da parte adversa sempre deve ocorrer, como providência de existência para o processo.

Afirma Gabriel Resende Filho⁵² que a citação é o alicerce sobre o qual repousa todo o edifício processual: “*principium totius iudicii*”. Por isso um dos requisitos descritos no Art. 282 do Código de Processo Civil expressamente previsto no inciso VII, devendo, portanto estar expresso ante a determinação legal o pedido de citação, o que discordamos de tal formalismo, ante os fatos já trazidos no petítório inicial.

2.2. CITAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Grande obstáculo a ser transpassado pelo Autor da demanda atualmente é a citação do Réu. Nosso Código de Processo Civil tem particular preocupação com tal instituto, com a comunicação dos atos processuais, e aqui com a primeira comunicação que é citação.

Nosso sistema jurídico inicialmente teve grandes influências do sistema Português devido nossa colonização por aquele povo, sendo assim nossos primeiras sistemas processuais foram através do direito Português.

⁵¹ Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo III, pág 194, Ed. Forense, São Paulo, 1974

Através do Decreto 763, de 19 de setembro 1890 as regras do Regulamento 737 passaram a ser aplicadas aos litígios de natureza civil no solo brasileiro. Tal regulamento previa cinco tipos de citação: *a) por simples despacho; b) por mandado; c) por precatória; d) por edital e e) a citação por hora certa.*

O revogado Código de Processo Civil de 1939, que possibilitava aos Estados brasileiros legislarem sobre matéria de ordem processual, mantinha maiores tipos de citação, sendo que somente do Estado de São Paulo, havia oito tipos de citação.

A partir de 1973 com a advento da Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973, o qual instituiu o novo e então vigente Código de Processo Civil, inovou em decorrência da modernidade da época introduzindo a possibilidade da citação pelo Correio, substituindo a expressão mandado, pelo “oficial de Justiça”, não tirando do sistema processual a citação por edital.

Nosso legislador ao constatar a necessidade de atualização processual civil, optou por não criar um novo Código de Processo Civil, mas alterá-lo gradativamente. Micro-reformas foram e estão sendo feitas, desde a edição do atual Código de Processo Civil, e em relação a Citação a Lei 7.359/85, que alterou os requisitos da citação editalícia; a Lei 8.952/94 que retroagiu os efeitos da prescrição ao ajuizamento da ação, dentre outras medidas; a Lei 8.710/93, que atribuiu nova regra seqüencial de prioridade às formas de citação, firmou normas sobre citação pelo correio e especificou que pode recebe-las.

⁵² Direito Processual Civil, pág. 80, Vol. I, Ed. Saraiva, SP, 1957

Novas legislações flexibilizaram a relação processual pátria. A Lei 9.099/95, mais conhecida como Juizado Especial Cível tornou menos exigente a comprovação da citação, quanto a pessoa que a receber. Assim tem-se hoje a citação descrita nos artigos 213 a 223 do atual Código de Processo Civil.

2.2.1 Saneamento da falta de citação válida

Vimos que sem a citação válida faltará ao processo seu primeiro ato de conhecimento ao réu, que por sua vez somente será sanada a falta de citação com o comparecimento espontâneo do réu, apresentando ou não a sua defesa Art. 214, § 1º do Código de Processo Civil.

O comparecimento espontâneo, o que vem sanar qualquer vício de citação, em se fazendo presente para alegar a falta de citação, certamente reabre o prazo para a resposta do réu, não importando dessa forma o procedimento da demanda, contudo ao comparecer espontaneamente trazendo consigo a resposta do pedido inicial, tem-se como sanada a nulidade posto que ao menos em tese não houve prejuízo ao réu que tinha conhecimento anterior da demanda, trouxe consigo sua defesa.

Os conceituados professores Teresa Arruda Alvim Wambier e José

Miguel Garcia Medina⁵³ afirmam que:

Vê-se que está postura retira do elenco de sentença que, para serem impugnadas, reclamam o uso da ação rescisória, as sentenças proferidas sem que haja citação (sem que haja integração ao processo) dos réus (ou autores) em casos de litisconsórcio necessário... existem pelo menos três acórdãos⁵⁴ relatados por ministros que são juristas completos e de primeira grandeza, e que ficariam e ficarão na história do direito brasileiro, em que se considera que a ausência de citação de litisconsorte necessário impede a formação da coisa julgada e faz com que seja suficiente a ação declaratória par que se conheça o defeito, que até a rigor seria desnecessária.

Assim, deve a citação ser realizada a fim de se validar o processo, ou melhor iniciá-lo, pois sem que haja a citação válida certamente não haverá processo e não poderemos dessa forma falar em sentença, ou coisa julgada. Veremos adiante que indiferentemente da modalidade de citação a mesma deve ocorrer, primeiramente para iniciar o processo através da iniciativa da parte que em atos processuais deverá levar ao réu o conhecimento da ação através da citação.

2.2.2. Das modalidades de citação

⁵³ Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização, Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

⁵⁴ Nesse sentido: RE 96696 – RTJ 104/830 – rel. Min. Alfredo Buzaid. .. “A razão está em que um processo não se constitui nem se desenvolve validamente sem a citação do réu, para que lhe seja assegurada a possibilidade de aduzir as razões que tem”. “Não tendo havido citação, o processo nasceu com nulidade, que viciou mortalmente a sentença. Esta jamais poderá transitar em julgado” RE 63.677 – RTJ 50/703 – Rel Min. Amaral Santos; RE 97589-6 (segredo de justiça) – j. 17.11.1982 – DJU 03.06.1983 – rel Min. Moreira Alves.

Nosso sistema processual dispõe a partir do Artigo 221 do Código de Processo Civil, descreve as modalidades do ato citatório, colocando-se a forma ordinária a para a citação a modalidade pelo correio, excepcionando-se a regra quando estivermos diante de ação de estado que se apresenta gênero nas múltiplas espécies de demandas de famílias e que refiram ao estado da pessoa, incluindo-se querelas de filiação e parentesco.

Citação pelo correio – a primeira hipótese apresentada pela lei é a citação pelo correio artigo 222, I do Código de Processo Civil, conforme já analisado essa é a regrada adotada pelo sistema vigente, sendo que as excludentes para a possibilidade dessa modalidade encontram-se múltiplas espécies de demandas de famílias. Ainda o no mesmo artigo apresenta os requisitos para a sua realização, sendo que o principal deles é a correspondência seja postada para a entrega pelo carteiro ao citando em mãos.

Pela simples leitura do artigo tem-se que grande parte das ações poderão ter impulso angularização por meio de citação postal a qual passou a ser a regra no nosso sistema.

Dentre todas as hipóteses excludentes descritas no Artigo 222 do Código de Processo Civil, temos que nenhuma justificativa de ordem prática existe para não permitir a citação por meio de carta postal. A citação pelo correio certamente acarreta uma série de cuidados a serem tomados por todos, não

somente o serventuário, mas também aos advogados acompanharem as diligências afim de que os processos tenham seu andamento normal e célere.

Citação por Oficial de Justiça – as demais hipóteses não possíveis por intermédio dos correios, sendo conhecido o endereço do réu, serão feitos através de Oficial de Justiça artigos 224 ao 230, trata-se da chamada citação por mandado, cabendo o oficial de Justiça como auxiliar do Juiz e detentor de fé pública, efetuar a citação do réu, cumprindo com formalidades descritas no próprio texto da Lei.

Nessa modalidade de citação, especial atenção merece é a citação por hora certa conforme menciona o artigo 227 ao 229, medida excepcional aplicável em regram quando constatada a tentativa de fuga, pelo réu, do ato citatório. Trata-se de exceção a regra de que a citação deva ser pessoal, uma vez que em não mais encontrando o réu, considerar-se-á realizada a citação na pessoa certificada pelo Oficial de Justiça.

Ante de ser deferida a citação por hora certa, deverá o Oficial de Justiça te procurado o réu em seu domicílio em três oportunidades, em horários distintos, e ante a ausência injustificada, verificar a tentativa de ocultação do ato.

Citação Editalícia e o seu objetivo – a citação por edital vem regrada pelos artigos 231 a 233 do Código de Processo Civil, sendo que para o presente trabalho nos interessa os casos expressos no inciso II, do Artigo 231: Artigo 321.

Far-se-á a citação por edital, II – quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar” (o réu).

Quando se estuda o ato citatório é indispensável para a integralização da lide e sua existência ou nulidade torna sem efeito todos os atos até então praticados, conclui-se pela citação editalícia deve ser analisada com extrema cautela em busca de conclusão de entendimento ou não ao princípio constitucional da ampla defesa.

A primeira hipótese de citação editalícia é quando não forem conhecidos ou forem incertos os réus. Em tais circunstâncias a solução é que a citação seja realizada através de edital, dando conhecimento do fato e publicidade e chamamento ao processo das partes interessadas.

O inciso segundo do artigo 231 do Código de Processo Civil prevê a citação ante a inexistência de informações quanto ao paradeiro do réu, ou mesmo que conhecido for seu paradeiro o local for inacessível. A ignorância do paradeiro do réu poderá vir aos autos de duas formas; a) pela própria indicação do Autor, afirmando não saber o local em que se encontra; b) pela tentativa de localização, por carta e por oficial de justiça, o qual certificará não tê-lo encontrado e não saber onde se encontra.

Na primeira hipótese apresenta os riscos inevitáveis de o Autor afirmar o desconhecimento do local no qual o réu se encontra, buscando vantagem indevida, e então ilícita. Já antevendo estes riscos, o legislador foi sábio ao estabelecer penalização a parte que fraudulentamente alegar o desconhecimento do paradeiro do seu algoz.

A figura da multa como agente penalizador pelo uso indevido do artifício processual lícito, deve necessariamente, ser acompanhada da anulação daquele ato citatório realizado por edital com a sua repetição agora na endereço no qual o réu poderá ser localizado. Assim, estarão os prazos reabertos para o réu dizer o que de direito, nova instrução probatória e sentença devem ser levadas e feito.

Afirma a professora Teresa Arruda Alvim Wambier que a falta de citação que trata-se de um processo inexistente, tendo como consequência a não forma da coisa julgada a desnecessidade de interposição da ação rescisória, como assim ilustra tal situação “imprescindível que se reconheça que o ato juridicamente inexistente não corresponde a um nada ‘fático’. Ao contrário. O ato juridicamente inexistente é um ‘impostor’: pretende fazer passar-se pelo auto que “queria ter sido”.⁵⁵

Tendo o Autor indicado o domicílio do réu, lá não o encontrando, ou ainda não seja aquele o local indicado pelo Autor, não sendo o caso de citação por hora certa, por efetiva mudança do réu daquele local, sem que pessoas próximas desse endereço conheçam o réu, não estamos diante da citação por hora certa, mas a necessidade da citação editalícia.

Mas, necessário que haja a manifestação do Oficial de Justiça certificando da não localização do réu, bem como do desconhecimento das pessoas que próximo moravam do réu. Assim torna-se necessário a afirmação do Oficial de Justiça com a devolução do mandado, certificando de que não

localizado o réu, deverá o Autor da demanda manifestar-se sobre a devolução do mandado não cumprido ante a não localização do réu. Considerando que o não cumprimento do mandado, a intimação do Autor para se manifestar sobre a devolução e o não cumprimento do mesmo levará muitos dias aqui já estaríamos diante da falta de efetividade do mandamento jurisdicional em busca do réu.

A busca em órgãos públicos ou empresas particulares em regra não são deferido de plano pelos magistrados, muito ao contrário, vem sendo insistido nas reiteradas decisões de que a parte deve fazer diligencias juntos aos esses órgãos, livrando-se dessa o Poder Judiciário de busca através dos devedores.

A situação é ambígua, pois primeiramente se soubesse o paradeiro do réu certamente teria sido informado na postulação inicial, e mais com esses despachos transferindo ao jurisdicionado a incumbência de dirigir aos órgãos estatais e particulares, que em sua maioria das vezes não prestam informações, somente com ordem judicial fica o Autor da demanda sem uma efetiva decisão que inicialmente poderia ter sido feita pelo magistrado, mas que negou-se a tanto.

Assim não encontrando o réu no seu local inicialmente informado, mas sendo-lhe informado o novo ou mesmo local de serviço, não bastará ao oficial de Justiça, tão somente certificar na devolução de seu mandado no ato de sua devolução. Deverá prosseguir na sua diligencia como ato continuo da primeira busca atrás do réu, cumprindo a ordem judicial determinada no mandado de citação.

⁵⁵ Wambier, Teresa Arruda Alvin, Medina José Miguel Garcia, *O dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*, Editora RT, São Paulo, 2003.

Outra possibilidade é de que o Oficial de Justiça ao diligenciar no local indicado como sendo do réu, não o encontrando não obtendo informação do novo endereço indicado tão pouco obtendo informação de outro endereço, devera o Oficial de Justiça proceder em buscas juntos aos órgãos de consumo da comarca, tais como empresa de água, energia elétrica, entre tantos outros, para somente após tais diligências devolver o mandado de citação não cumprido ante a não localização do réu.

A ficção jurídica da citação editalícia – tentativas feitas para a localização do réu, e restando as mesmas infrutíferas não poderá o procedimento ficar parado sem nenhuma movimentação ante a não localização do réu, ante as negativas de localização acima descritas surge aqui a possibilidade de citação do réu através de edital. Contudo há requisitos formais a serem cumpridos no qual o legislador descreveu no artigo 232 do Código de Processo Civil.

A publicação do edital no órgão oficial – diário oficial, pouca instrumentalidade trará ao processo, como não dizer nenhuma. Os Diários Oficiais não são de leitura do cidadão, primeiramente pela fala de acesso a tais publicações e quanto a forma no qual eles são redigidos impede que uma pessoa passe horas diariamente localizando seu nome, ate mesmo os advogados não realizam a leitura de tal publicação sendo em regra os advogados assinantes de serviços particulares no qual selecionam somente as publicações constantes em nome do advogado para então encaminha-lo. Portanto, como se vê nenhuma

utilidade pratica existe na publicação do nome de um suposto réu lançado no Diário Oficial.

Para que a publicação de editais atinja seu fim maior que e de ciência do réu, necessário que os editais sejam publicados em periódicos locais no qual um grande parcela da população local tenha acesso. Outra forma que seria de extrema validade de pouco custo seria a publicação através de sites da Internet, meios eletrônicos, que são eficazes e com pouco custo operacional de tais serviços.

Não se pode dar ao formalismo de outrora que o mesmo continue nos dias atuais, dias esses que são dinâmicos e com constantes evoluções, a tecnologia deve ser um adereço a serviço da população.

Contudo, cidades de pequeno porte no qual não possuem jornais locais devem servir-se de outras localidades para a publicação do edital para a localização do réu, mesmo assim a publicação de mencionado edital em localidade próxima ao da residência do réu devera ser realizada, pois a supressão desse ato de publicação do edital em localidade próxima ao da possível residência do réu viciaria todo o procedimento sendo um causa de nulidade processual a ser alegada e defendida pelo réu.

Outra possibilidade seria que, sabe-se a que a cidade de residência 'e diversa daquela informada na petição inicial, contudo não dispõe o autor de conhecimento do exato endereço, a medida a ser adotada pelo autor seria a publicação do mencionado edital na nova cidade do réu, e não no local aonde a ação esta sendo demandada, tudo isso para a garantia de que o réu tenha pleno

conhecimento da ação exercendo seu direito de defesa processual constitucionalmente garantido.

A grande inviabilidade da publicação do edital nos termos atuais são os custos de operação de tal publicação, inviabiliza certamente a publicação dos três editais conforme determinado pela legislação são por demais elevados, como na maioria dos processos poderá impedir que seja realizada a citação editalícia nos moldes atuais. Ficará aqui o autor buscando pela localização do réu em locais que por certo não o localizará, surgindo assim o grande entrave e falta de efetividade ao acesso do Poder Judiciário.

Ouve-se no processo que a citação será realizada através de edital, certamente o processo será arquivado sem que tal ato não seja realizado. Como dito acima, a citação através de imprensa local é por demais onerosa e inviabiliza a realização de tal ato, podendo uma solução simples e de custo operacional relativamente baixo são os meios eletrônicos, inclusive meios radiofônicos, como rádios comunitárias.

Dos beneficiários da gratuidade da Lei – sendo deferida a gratuidade da Lei ao autor certamente será realizada a citação editalícia ante a ausência de custas ao Autor, contudo nos dizeres da legislação a necessidade de publicação do edital aos beneficiários da gratuidade da Lei, dispensa a publicação do edital por duas vezes sendo publicado somente uma única vez, conforme prescreve o § 2º do Artigo 232 do Código de Processo Civil.

O estado quando é obrigado ao pagamento das custas referente à publicação do edital, custas que são elevadas, edita uma lei no qual o permite realizar somente uma publicação via edital, contudo inviabilizando o acesso aos jurisdicionados quando manda que aqueles que não são beneficiários da gratuidade da lei são obrigados a realizar a publicação do edital por três vezes.

Sendo deferido a gratuidade da Lei, que deveria ser a regra nos processos judiciais, ante a elevada carga tributaria já imposta pelo Estado, todas as despesas processuais serão isentas ao beneficiário da gratuidade da Lei, inclusive as publicações relativas ao edital.

A lei ao dispensar que aos beneficiários da gratuidade da Lei, seja publicado mais de uma vez em Diário Oficial, e como já dito acima a leitura do Diário Oficial por cidadãos comuns a leitura dessa publicação é quase que inexistente. Essas limitações primeiramente da falta de publicação do edital em meio de comunicação que não seja o Diário Oficial, da restrição de apenas uma publicação, impõe ao processo limitações quanto à defesa processual a ser realizada pelo réu não demanda, que certamente não terá conhecimento da demanda.

Ao autor também é limitado seu direito de ação, pois embora seja beneficiário da gratuidade da Lei haverá a publicação do mencionado edital somente nos órgãos oficial de publicação como Diário Oficial, com a limitação de publicação, impede que o autor realize o inicial e vital ato processual a citação válida levando o conhecimento da demanda ao réu.

A publicação nos órgãos oficiais pouca ou nenhuma utilidade trará ao autor, principalmente nos processos que envolvam direitos de família, pois é evidente que o réu tome pleno conhecimento da demanda que esta sendo voltada contra si. Ainda nas ações de alimentos qual a valia da citação pelo edital, se a objeto da ação é o pagamento dos alimentos?

Quanto ao réu certamente terá maiores prejuízos do que o autor, pois as possibilidades de tomar conhecimento de que existe uma demanda voltada contra ele é quase que nenhuma, sendo que à sorte pela demanda será flagrante ao réu. Sua defesa será realizada nos termos da legislação vigente por um curador especial determinado pelo Juiz à necessária intervenção do curador para a defesa dos citados por edital que não tomarem conhecimento da demanda.

A defesa realizada pelo curador especial determinado pelo Juiz, certamente será sem nenhum subsídio aos processos, pois elementos particulares as demandas que envolvam direito de família é flagrante e isso o réu não informou seu defensor, a defesa será geral e tão somente técnica não trará aos autos elementos próprios de uma ação que detém inúmeras particularidades como decorre das ações de família.

2.2.3. Citação editalícia no Direito de Família

Nas ações de separação judicial – um marco das ações de separação judicial, consensual ou litigiosa é a falta de possibilidade da vida em comum, os cônjuges não detém mais afinidades para a convivência mútua tornando um desconforto para todos do bojo familiar e não somente aos separandos. Nossa atual sociedade, extramente machista e conservadora, quando uma mulher na necessidade da separação do casal busca medidas de urgência como a determinação judicial da saída do marido da residência comum do casal, encontra inúmeras dificuldades sociais e processuais.

A determinação judicial do afastamento do cônjuge agressor da residência comum, como uma determinação judicial deve levar o conhecimento ao agressor através do ato citatório que poderá ser dificultado pela não localização do mesmo. Certo e vital o primeiro ato a ser realizado no processo para o conhecimento da demanda pelo réu é a citação.

Não somente as agressões mais inúmeras outras situações necessitam serem resolvidas pelo autor da demanda, no nosso exemplo a mulher, parte mais fraca da relação, como por exemplo, o auxílio financeiro, a partilha de bens, o

estado civil dos separandos tudo isso devera ser realizado através da intervenção estatal que determinara a citação do cônjuge. A não localização do cônjuge poderá ser realizada pelos meios dispostos no nosso sistema processual, bem como pela citação editalícia.

A citação através de edital deve primeiramente ser feita na conformidade da legislação processual. O juiz deverá tomar medidas mandamentais a fim primeiramente se assegurar a subsistência da mulher, como poderá realizar a partilha mínima do patrimônio necessário à subsistência da família, fixando-se verba alimentar, que deverá ser cobrada em ação própria.

Divórcio direto – nas ações de divórcio direto que buscam a decretação do divórcio e o fim da vida em comum do casal, seja ela direito ou por conversão da separação do casal, maiores dificuldades haverá para a localização dos cônjuges, pois estarão separados a algum tempo e notícias entre eles praticamente nenhuma, assim a localização dos cônjuges estará dificultada pela total falta de contato entre as partes. A situação será agravada quando o casal não tiver filhos em comum, com o que de certa forma vincula os ex-companheiros a uma grande parcela da vida.

Aqui a citação editalícia do cônjuge que não deixa notícia ou não se sabe de seu paradeiro torna-se vital ao nascimento e decretação do divórcio, podendo o magistrado no divórcio realizar a partilha dos bens mínimos fixando ainda verba alimentar para a manutenção da família.

Execução de Alimentos – aqui ao réu grandes consequências serão trazidas em decorrência da citação realizada através de edital nas execuções alimentares. Devidamente citado por edital os reflexos e efeitos dessa citação serão ao devedor dos alimentos um enorme restrição de seu patrimônio e a possibilidade de sua prisão dos alimentos cobrados pelo rito do Artigo 733 do Código de Processo Civil.

Ocorrendo a citação poderá de plano ser decretada a prisão do executado que no prazo descrito no artigo 733 do Código de Processo Civil, não apresentar uma justificativa que o impossibilite de não efetuar o pagamento, pagar a dívida apontada. Não tomando nenhuma das duas posições será decretada a prisão do devedor dos alimentos que foi citado através de edital.

Aqui a grande “injustiça” como afirmado seria de que, os beneficiários da gratuidade da Lei ao pedirem a citação do devedor via edital, esse será publicado tal somente no Diário Oficial. Meio de comunicação esse que poucos tem acesso, o que impedirá o conhecimento da ação pelo devedor.

Poderá o Executado dos alimentos tomar conhecimento de tal processo somente quando a Polícia bater em sua porta pego totalmente de surpresa e em regra, sem nenhuma defesa fática de suas reais possibilidades ou necessidades.

Temos que a citação realizada por meio de edital deverá persistir no nosso sistema processual, não se trata de um abuso ou mesmo ilegalidade, mas as formas de publicação desse edital devem ser refeitas.

As modalidades de citações devem primeiramente serem esgotadas, a localização do réu deve preceder buscas por porte do autor da demanda e principalmente pelo Oficial de Justiça, que o encarregado de tal função. Precedidas de buscas em órgãos públicos ou particulares, não sendo localizado o devedor poderá ser deferida a citação editalícia.

O meio da citação editalícia deve ser alterado. Alteração essa quanto a sua forma de publicação, custos de publicação e principalmente sua publicidade. Não podemos perder de vista que o principal motivo de toda citação é levar o conhecimento de que está sendo movida uma ação contra o demandado e esse tem o direito de defender-se.

Após, um pequeno estudo sobre a realização da citação, estudo esse que se fez necessário devido a característica da citação que é ato de chamamento e conhecimento, veremos as tutelas diferenciadas no direito de família no próximo capítulo, iniciando-se com um primeiro estudo relativo a ação monitoria no direito de família.

3. DA AÇÃO MONITORIA

Com o advento da Lei 9.079/95, que introduziu na nossa legislação, a Ação integrada ao Livro IV, Título I do Código de Processo Civil, tornou possível através de um procedimento mais célere e eficaz aos demandantes judiciais que com documentos e provas que perderam a liquidez e exigibilidade, poderão utilizar-se desse procedimento.

Antes da aprovação do projeto de Lei nº 3.805/93, que foi alterado pela Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, aqueles que possuíam documentos sem eficácia de título executivo eram obrigados a se valer do processo de conhecimento, cujas estruturas procedimentais são mais lentas e menos eficientes, para obter uma sentença de mérito para posteriormente utilizar a via executiva.

A introdução da Ação no Código de Processo Civil, se deu no livro IV, título I, o capítulo XV, sob a rubrica “Da Ação Monitória”, tendo sido reservado à esta ação os artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c, entrando em vigor,

segundo o artigo 2º da lei 9.079/95, sessenta dias após a sua publicação no Diário Oficial de União, que ocorreu no dia 17/07/1995. Portanto, a partir do dia 15/09/1995, a Ação já poderia ser manejada pelos operadores do direito.

Houve muita polêmica com a criação do procedimento monitório no direito brasileiro, em especial quanto à natureza, ou seja, se seguiria o rito ordinário, executivo, ou ainda, um rito especial, que alguns consideram misto daqueles. A Ação é um procedimento especial que engloba dois outros ritos com duas possibilidades distintas.

Na primeira, temos o rito ordinário, em que o devedor poderá apresentar defesa e opor-se pelos embargos monitórios, sem qualquer constrição em seus bens. Na segunda, quando constituído o título executivo, passaríamos ao procedimento de execução forçada.

A fase inicial deve seguir o procedimento previsto no Livro I, do Código de Processo Civil que trata do processo de conhecimento. Aqui visa a Ação Monitória a constituição de um direito e, todos os atos, inclusive os citatórios, devem seguir esse rito.

A Ação Monitória apenas representa um procedimento mais célere que agiliza a cognição, por isso era entendida por alguns estudiosos como sumária, para que o título fosse constituído da maneira mais rápida possível em determinados casos. Neste sentido Gerson Fischmann, afirma que:

Ação não se aproxima da execução, mas aproxima a execução. A brevidade na constituição do título não transforma o rito monitório em execução, pois a não interposição dos embargos na apenas constitui o título, daí iniciando-se a execução, ao passo que o não pagamento na execução implicará penhora e a não interposição

dos embargos a esta última ensejará a expropriação do bem constricto⁵⁶.

A Ação é, a princípio, processo de conhecimento até que seja constituído o título, ou seja, com o não pagamento ou não interposição dos embargos. E, se assim o é, deve ser seguido o rito pertinente àqueles processos, mesmo porque não há qualquer vedação legal neste sentido.

E, quanto a isso, o Código de Processo Civil é claro em seu Artigo 272, parágrafo único: “O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário”.⁵⁷

Dessa forma, há de ser considerada a Ação Monitória como processo de conhecimento, pois há cognição embora de caráter sumário, nos casos em que os artigos que a regula forem omissos.

⁵⁶ Comentários ao Código de Processo Civil, v.14: dos procedimentos especiais, arts. 982 a 1.102c – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁵⁷ E assim entendeu o Tribunal de Alçada de São Paulo: Ação monitória- citação por edital – possibilidade - A Ação Monitória é um procedimento especial de jurisdição contenciosa que recebe aplicação subsidiária das disposições do procedimento ordinário. Aplicação do parágrafo único do Artigo 272 do Código de Processo Civil. Decisão de indeferimento a esse tipo de citação. Agravo provido. (1º TACIVIL - 6ª Câm.; AI nº 861.857-7-Marília-SP; Rel. Juiz Oscarlino Moeller; j. 18/5/1999; v.u.).

3.1 CONCEITO

Segundo nosso mais famoso filólogo, Aurélio Buarque de Holanda, a palavra *monitória*, significa, advertência, repreensão, admoestação, aviso com que se convida o público a ir dizer o que souber a cerca de um crime.

No Direito, o seu significado não é muito diferente. Ao que tudo indica, tem origem na expressão latina, como observa Plácido e Silva quando define a palavra *monição*:

do latim *monitio*, de *monere* (advertir, avisar), na significação jurídica, e em uso antigo, era o aviso ou convite para vir depor a respeito de fatos contidos na *monitória*. A *monitória*, assim, era carta de aviso ou intimação para depor. *Monição*, na terminologia do Direito Canônico, é a advertência feita pela Autoridade eclesiástica a uma pessoa, para que cumpra certo dever ou não pratique um ato, a fim de que evite sanção ou penalidade a que está sujeita, pela omissão ou ação indicadas.⁵⁸

A Ação é um procedimento de cognição sumária, possui um rito especial, e tem como principal escopo alcançar o título executivo, de forma antecipada, sem a demora natural do processo de conhecimento, que necessita de sentença de mérito transitada em julgado para que o processo executivo se inicie.

Trata-se de uma ação de conhecimento, porque sua finalidade é fazer com o que o judiciário tome conhecimento do título que possui e o reconheça seu caráter de executável. Tem fins condenatórios porque o objetivo do Autor é a

⁵⁸ Vocabulário Jurídico, Ed. Forense, 1987, pág. 205.

condenação do Réu e, conseqüentemente, proporcionar a interposição de execução sem as delongas naturais do procedimento ordinário. E, por fim, é procedimento de cognição sumária, porque o juiz mediante, a prova escrita apresentada pelo Autor, se for a mesma suficiente para convencê-lo acerca de sua legalidade, defere a expedição do mandado *inaudita altera partes*, ou seja, sem ouvir a parte contrária.

"A sumariedade da cognição constitui o instrumento estrutural por meio do qual a lei busca esse desiderato, naqueles casos em que é provável a existência do direito, seja pela natureza e objeto do direito, seja pela particular atendibilidade da prova que serve de fundamento dele."⁵⁹

José Rogério Cruz e Tucci conceitua a Ação da seguinte forma:

consiste no meio pelo qual o credor de quantia certa ou de coisa determinada, cujo o crédito esteja comprovado por documento hábil, requerendo a prolação de provimento judicial consubstanciado, em última análise, num mandado de pagamento ou entrega de coisa, visa obter a satisfação do seu direito.⁶⁰

Para o mesmo doutrinador, o procedimento monitório é recomendado para litígios que não contenham questões de alta indagação, vale dizer, para aqueles em que a matéria contenciosa seja relativamente simples, como, e.g., a cobrança de honorários por profissionais liberais; a cobrança fundada em extratos autênticos de livros contábeis, ou em títulos cambiais que, dado carecerem de um requisito formal ou por estarem prescritos, não ostentam eficácia executiva; etc.⁶¹

Já Antônio Carlos Marcato, conceitua a Ação como sendo:

um processo misto, integrado por atos típicos de cognição, em alguns aspectos parecidos com tantos outros que permeiam o sistema processual, bastando lembrar, a título de ilustração o processo de despejo e os processos possessórios, no quais, esgotada a fase de cognição e obtida a sentença de mérito, passa-se

⁵⁹ José Eduardo Carreira Alvim. Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995, p. 32.

⁶⁰ Ação Monitória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995 pág. 60.

⁶¹ Ob. cit., p. 40.

imediatamente à execução (execução *lato sensu*), sem a necessidade de instauração de um novo processo. Trata-se, em suma, de um processo que se desenvolve segundo a postura assumida pelo Réu.⁶²

A Ação não é estranha à nossa legislação, pois a prática processual já contemplou procedimento semelhante, qual seja, a ação de assinatura de dez dias, por força das Ordenações Filipinas, Título 25 do Livro III e pela Consolidação das Leis do Processo Civil, arts. 719 e seguintes, e, outrossim, Regulamento 737, que continha procedimento monitório, adotado na maioria dos Códigos estaduais, como por exemplo Códigos de São Paulo e Bahia. Foi, no entanto, eliminada pelo Código de Processo Civil de 1939 e pelo Código de 1973, vindo o procedimento a ser re-instaurado novamente no Brasil com a aprovação da Lei 9.079/95.

Antes de sua introdução no Código de Processo Civil, aquele que possuía em mãos documento desprovido de certeza, liquidez e exigibilidade, caso pretendesse assegurar o direito de recebê-lo, era obrigado a movimentar o aparelhamento jurisdicional com ação de conhecimento de rito comum, ordinário ou sumário, objetivando a obtenção de um pronunciamento judicial (sentença condenatória) para posterior propositura da via executória.

Com o objetivo de acelerar a prestação jurisdicional é que a Lei 9.079/95, introduziu no Direito Brasileiro o Procedimento Monitório, regulamentado pelos artigos 1102 a, 1102b e 1102c do Código de Processo Civil, permitindo ao credor abreviar o caminho para a constituição de um título executivo, abrindo mão das delongas que, normalmente, seriam necessárias num processo de conhecimento para sua obtenção.

⁶² O Processo Monitório Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1998, p. 11

Com o advento deste novo diploma legal, aquele que possui prova escrita representativa de um crédito, mas que não possui eficácia executiva, utilizando do princípio de disponibilidade do rito, tem a opção de se valer desta ação monitória, requerendo a satisfação de seu crédito, seja através de pagamento de soma de dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Portanto, como se vê a Ação é um misto de ação executiva em sentido *lato* e cognição, onde ocorre a inversão do contraditório na sua fase preliminar, competindo ao Réu descaracterizar o documento escrito apresentado pelo Autor como representativo de seu crédito.

3.2. OBJETIVO E ALCANCE DA AÇÃO MONITÓRIA

O principal objetivo da ação monitória, como se vê pelo artigo 1102a do Código de Processo Civil, é conseguir, através de um caminho mais rápido, a satisfação do credor, seja com pagamento de soma em dinheiro ou através da entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Artigo 1102a - A Ação compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

O Ministro Sálvio de Figueiredo, com a finalidade de elucidar os objetivos da introdução do procedimento monitorio no sistema processual civil brasileiro, transcreveu em artigo doutrinário sobre a reforma implementada no Código de Processo Civil:

Introduz-se no atual direito brasileiro, com este projeto, dentro de um objetivo maior de desburocratizar, agilizar e dar efetividade ao nosso processo civil, a ação monitoria, que representa o procedimento de maior sucesso no Direito europeu, adaptando o seu modelo à nossa realidade e às cautelas que a inovação sugere. A finalidade do procedimento monitorio, que tem profundas raízes no antigo Direito luso-brasileiro, é abreviar, de forma inteligente e hábil, o caminho para a formação do título executivo, contornando-o geralmente moroso e caro procedimento ordinário.⁶³

Para Humberto Theodoro Júnior, "a finalidade do procedimento monitorio (ou injuncional) – assim chamado por conter um mandado (ou ordem) ao devedor – é evitar perda de tempo e dinheiro, na formação de um título executivo que o devedor, muitas vezes, não tem interesse em obstaculizar".⁶⁴

O procedimento monitorio, como se verifica no disposto no artigo 1.102a do Código de Processo Civil, não se aplica a todas as ações, estão dele excluídas as ações relativas às prestações de fazer e de não fazer e de dar coisa imóvel, restringindo-se assim somente àquelas ações que tem por objeto mediato o pagamento de uma soma de dinheiro, a entrega de uma coisa fungível ou de determinado bem móvel (coisa certa).

⁶³ Sálvio de Figueiredo. A efetividade do Processo e a Reforma Processual. Revista Jurídica, vol. 196/5, apud Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. Ação Monitoria- Procedimento Monitorio - Implantação no Código de Processo Civil - Comentários à lei 9.079/95. Juris Síntese nº 20 NOV-DEZ/99, Porto Alegre: Editora Síntese.

⁶⁴ Humberto Theodoro Júnior. A Ação Monitoria e a Reforma do Código de Processo Civil, apud, José Eduardo Carreira Alvim. Aspectos da Reforma do Código de Processo Civil. Ação Monitoria. Revista de Processo n 79, ano 20, Julho/Setembro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1995, p.85

Coisa certa é o bem da vida determinada pelo gênero, quantidade e qualidade, enquanto que coisa incerta é a indicada pelo gênero e pela quantidade.

Condições da Ação Monitória

O juiz, assim como nas demais ações, antes de proferir o despacho do mandado de citação do devedor, verificará se encontram presentes as condições da ação e os pressupostos processuais.

Se o juiz acolhe a inicial, mandando expedir o mandado citatório, e a petição encontra-se carente, seja porque falta interesse processual do Autor; legitimidade de uma das partes ativa ou passiva ou ainda se o pedido do Autor é juridicamente impossível, o único meio que o devedor terá para alegar tais fatos é através dos embargos monitórios, pois contra este despacho não existe recurso.

Se o Réu deixa de apresentar embargos, seja porque perdeu o prazo para sua interposição ou porque não tinha interesse para tal, perderá a oportunidade de requerer o reexame das condições da ação, pois o mandado inicial converterá automaticamente a ação em título executivo judicial.

3.3. LEGITIMIDADE "AD CAUSAM".

Com relação à legitimidade para interposição da ação monitória, poderá figurar no pólo ativo todos aqueles que se intitulem como credores, ou seja, todos aqueles que possuírem documento idôneo que comprove seu crédito. Assim é perfeitamente possível que uma decisão ou acordo feito no processo de família ser objeto da ação monitória, portanto tem legitimidade ativa da demanda monitória.

Terá legitimidade para figurar no pólo passivo aquele que estiver obrigado a pagar a soma em dinheiro ou a entregar a coisa fungível ou o bem móvel determinado. É o devedor, reconhecido como tal pelo documento que o juiz apreciou *prima facie*.

Sendo, porém, mais de um devedor, ou seja, ocorrendo solidariedade passiva, o Autor poderá ajuizar Ação contra um dos devedores, ou contra todos, formando um litisconsórcio passivo facultativo Artigo 275 do Código Civil.

Aqui a hipótese vislumbrada por nós, tendo como devedores solidários pai e filho que devem alimentos ao neto, esse por sua vez poderia insurgir-se contra ambos numa Ação Monitória, ou alternativamente.

Se o devedor escolhido pelo credor para ser cobrado cumprir o mandado monitório, ocorrerá a *sub-rogação*, ou seja, pode, após quitado o débito,

cobrar dos demais devedores a quota parte que lhes competia na obrigação Artigo 283 do Código Civil.

Se a obrigação a qual o Autor pretende seja cumprida pelo Réu for indivisível, como, por exemplo, entrega de determinado bem móvel, e existindo mais de um credor, poderá cada um destes exigir a dívida inteira, ficando o devedor ou os devedores desobrigados, somente se efetuarem o pagamento a todos conjuntamente, ou a um, dando este caução de ratificação dos outros credores Artigo 260 do Código Civil.

3.4. INTERESSE DE AGIR

Para que o Autor interponha a Ação Monitória, é necessário também que esteja presente o interesse de agir, que existirá sempre que o Autor demonstrar a existência de seu crédito, fundamentando sua pretensão com a prova documental exigida pela lei Artigo 1.102a.

Possuindo o credor prova documental sem efeito executivo, terá o mesmo a opção de requerer a satisfação de seu crédito através da via ordinária ou através da via monitória. Assim, nas palavras da Ministra Fátima Nancy Andriahi;

optar dentre os instrumentos oferecidos pelo Código de Processo Civil, aquele que melhor atenda ao seu direito, haja vista que nem sempre o titular do direito deseja fazer uso da tutela diferenciada tendo em conta a sua individual situação fática em torno do direito material. Aplicado o princípio da disponibilidade do rito pelo credor, ao juiz é vedado determinar, de ofício, que o pedido tramite sob o rito da ação monitória, por duas razões: a uma porque estará impondo ao Autor uma perda parcial do seu crédito e ao Judiciário não é permitido transacionar com o direito da parte, salvo com sua expressa concordância; a duas porque o Autor expressamente abdicou do benefício legal do rito célere ao propor ação sob outro rito.⁶⁵

Estando, porém, o credor com documento que possui efeitos executivos, não poderá optar entre a via executiva e monitória, pois será carecedor de ação se requerer a satisfação de seu crédito através da via monitória, já que o Código de Processo Civil reservou procedimento próprio àqueles que possuem título executivo.

3.5. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Entende-se como possibilidade jurídica do pedido, a admissibilidade em abstrato do provimento pedido, segundo as normas vigentes no ordenamento

⁶⁵ Fátima Nancy Andrigli. Da Ação Monitória: Opção do Autor. Revista de Processo Civil n 83, ano 21. Julho/Setembro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1996, p. 16.

jurídico nacional. Assim, compete ao juiz, ao examinar a inicial, verificar se o pedido formulado pelo Autor tem embasamento legal e se é procedente.

Assim, o juiz, além de certificar se o pedido do credor está acostado no embasamento legal do Artigo 282 do Código de Processo Civil, deverá também certificar se está tal pedido acompanhado da prova documental exigida pela lei.

3.6. REQUISITOS DA AÇÃO MONITÓRIA.

A petição inicial da Ação Monitória, embora não esteja expresso nos artigos que a regulamentam, deverá conter os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil estar instruída com a procuração e os documentos que comprovam a existência do crédito, o que a lei denomina de "*prova escrita*".

Caso a inicial não contenha os requisitos necessários para o prosseguimento do procedimento, o juiz antes de indeferi-la, poderá intimar o Autor para que, dentro do prazo de 10 dias, emende a inicial. Deixando o Autor de atender a intimação do juiz, a inicial será indeferida. Do indeferimento da inicial caberá recurso de apelação.

Estando corretamente instruída a inicial, o juiz deferirá a expedição do mandado de citação do devedor para que pague determinada soma em dinheiro ou entregue bem pretendido, de acordo com o pedido formulado pelo Autor.

Na Ação Monitória, assim como em todas outras ações, é necessário estejam presentes alguns requisitos indispensáveis para sua admissibilidade. Dentre estes requisitos, está a necessidade de estar a petição inicial acompanhada de prova escrita comprobatória dos fatos constitutivos do direito do Autor. E ainda, é necessário também que esta prova escrita seja desprovida de força executória, pois, tendo força executória, deixa de existir o interesse processual em tornar executivo um título que já possui tais características.

Vê-se, pois, que o legislador pátrio optou, a exemplo da legislação processual italiana, pelo procedimento monitorio documental, exigindo como requisito indispensável para a propositura da ação monitoria, a prova escrita. Ao contrário do que ocorre na Alemanha e Áustria que admitem o procedimento monitorio puro, no qual simples alegações do credor, sem necessidade de quaisquer provas, motivam o mandado judicial de pagamento.⁶⁶

É, pois, a prova escrita, o requisito primordial de admissibilidade do procedimento monitorio, não podendo ser proposta se o Autor não a possuir. A lei processual, ao tratar da Ação Monitória, foi omissa quanto ao conceito de prova escrita.

⁶⁶ Talamini, Eduardo, Tutela Monitória, A ação monitoria, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição 68, 70.

Deve-se entender como prova escrita aquele documento idôneo, hábil, dotado de aptidão suficiente para influir na formação do livre convencimento do juiz acerca da probabilidade do direito afirmado pelo Autor.

Luiz Rodrigues Wambier, conceitua prova escrita como sendo: *"qualquer documento isolado ou grupo de documentos conjugados de que seja possível o juiz extrair razoável convicção acerca da plausibilidade da existência do crédito pretendido."*⁶⁷

Dentre as provas escritas tem-se como sendo as mais comuns aquelas provenientes do próprio punho do devedor, escrito por terceiro e por si chancelado diretamente, ou mediante procuração, onde este reconhece obrigação de pagar dívida líquida ou entregar coisa fungível ou determinado bem móvel pelo próprio devedor ou de quem o represente. Tais provas, por constar confissão de dívida pelo devedor, conferem maior segurança ao julgador sobre os fatos e o direito reclamado pelo credor, daí o fato de serem as mais utilizadas no manejo da Ação Monitória, no entanto, não são as únicas possíveis de embasá-la.

Ernani Fidélis dos Santos, ao discorrer sobre o tema assevera que o *"documento escrito mais comum como título monitório é o que vem assinado pelo próprio devedor, não importa qual seja a sua forma, a exemplo dos contratos, das declarações unilaterais com informação ou não da causa da obrigação, das missivas ou dos meros bilhetes."*⁶⁸.

⁶⁷ Curso Avançado de Processo Civil, volume 3, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p.282

⁶⁸ Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pág. 4, apud, Leila Corsi Diniz Melo, Ação Monitória– Documento Unilateral.

Desta feita, para a admissibilidade da monitória, é imprescindível a existência de um documento que retrate a obrigação por ele assumida. Se o documento for emanado unilateralmente pelo devedor, dará maior segurança ao jurisdicionado, ao deferir a expedição do mandado de citação. No entanto, se emanado unilateralmente pelo credor, e estiver desacompanhado de provas suplementares que comprovem o débito, será impossível dar-lhe eficácia de título executivo, pois encontra-se desprovido de certeza, indícios de veracidade e principalmente do consentimento expresso do devedor.

Portanto a prova apropriada para instruir a Ação é aquela grafada, ou seja, escrita, de preferência aquela em que conste reconhecimento da dívida pelo próprio devedor. Fica, portanto, excluído do âmbito da Ação Monitória, a prova documental *lato sensu*, tal como a prova gravada em fita cassete ou videoteipe, já que a lei fala expressamente em prova escrita. Tais provas são chamadas pelo Código de Processo Civil, como "começo de prova", e podem ser utilizadas apenas para complementar a prova documental, ou reafirmar o direito do Autor, não podendo sozinhas servir de prova para a monitória.

Considera-se como começo de prova escrita, em suma, o escrito que, emanado da pessoa contra quem se faz o pedido, ou de quem a representa, o torna verossímil ou suficientemente provável e possível. No entanto, a certeza ou convicção relativamente ao contrato dependerá de provas subsidiárias ou complementares, tais como prova testemunhal. Como na Ação não é admitida, na primeira fase do procedimento, instrução nem contraditório é necessário que o Autor esteja portando documento hábil para gerar uma certeza daquilo que

pretende para que o juiz defira de plano a expedição do mandado e não apenas um começo de prova.

Assim, não é permitido no procedimento monitório, "*a priori*", o Autor embasar seu pedido em "começo de prova"⁶⁹, e muito menos em prova exclusivamente testemunhal, como prevê o artigo 401 do Código de Processo Civil. Nestes casos, não tendo o Autor outra prova a produzir, resta ao mesmo, apenas o procedimento ordinário.

Ao nosso entender são consideradas como provas escritas, passíveis de fundamentar ação monitória: "a duplicata sem aceite; o cheque que não mais Autoriza a execução por perda da força executiva; extrato de hotel sobre despesas feitas pelo hóspede; telegrama reconhecendo direito a recebimento do trabalho odontológico feito; médico juntando papéletas de consultas e internamentos de cliente em hospital e relatório das visitas a ele feitas; carta pessoal ao advogado dizendo que recebeu notas de honorários e que reconhece os trabalhos feitos; caderneta mensal de empório, dela constando as entregas diárias de mercadorias ao freguês; carnês de despesas condominiais referentes ao mês vencido", nota promissória prescrita, dentre outras que tendo conteúdo parecido com estes expressa o direito de crédito pelo Autor. E no nosso particular processo de família o reconhecimento do réu quanto ao pagamento dos créditos alimentares, espontaneamente sendo compelido pelo próprio poder judiciário.

⁶⁹ O Superior Tribunal de Justiça considerou como "começo de prova escrita", complementar do contrato de valor superior ao limite legal, somente a "emanada do devedor ou de quem o represente", a teor do artigo 402, I do Código de Processo Civil (cf. REsp. n. 6667-PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 25.3.91).

Não há qualquer dispositivo legal que imponha ao Autor a quantidade de documentos que poderá instruir sua peça inicial. É perfeitamente possível que a inicial seja instruída com dois ou mais documentos, sempre que a insuficiência de um possa ser suprida por outro, ou que valha-se de documento proveniente de terceiro, desde que ele tenha aptidão para demonstrar a existência de uma relação jurídica material que envolva o Autor e o Réu, e, ainda para demonstrar a liquidez e exigibilidade da prestação.

Entendendo o juiz que a prova, ou as provas escritas, apresentadas pelo Autor não são suficientes para justificar seu pedido, pode, diante da insuficiência, permitir que o Autor complemente a inicial, no prazo por ele assinado, sob pena de indeferimento da petição inicial. O mesmo ocorrerá, caso o juiz não se convença sobre a idoneidade da prova, o que normalmente ocorre quando a documento é produzido unilateralmente pelo credor. Contra a sentença de indeferimento da inicial caberá recurso de apelação, facultado ao juiz a oportunidade de retratação, nos termos do artigo 296 do Código de Processo Civil.

3.7. FUNGIBILIDADE E LIQUIDEZ DO CRÉDITO

O credor, além de ter que fazer prova do fato constitutivo do seu crédito, deverá, caso sua pretensão seja pagamento de soma em dinheiro,

demonstrar a existência de fungibilidade e liquidez deste crédito. Se não for o mesmo líquido, não terá cabimento a Ação Monitória.

A liquidez do título poderá ser demonstrada através de simples cálculos aritméticos, elaborados pelo próprio Autor, e deverá vir instruída com a petição inicial juntamente com a prova escrita. Nos cálculos realizados pelo Autor, poderá ser incluída a importância relativa à verba honorária. Caso não inclua, caberá ao juiz arbitrar, na própria decisão concessiva do mandado, o valor que deverá ser pago pelo Réu a título de honorários, caso não cumpra espontaneamente o mandado.

Luiz Rodrigues Wambier, ao tratar sobre o tema ensina:

não há espaço para nenhum procedimento liquidatório – quer entre a expedição do mandado e sua comunicação ao Réu, quer entre a fase cognitiva e a executiva. Aliás, e também por essa razão, terá de acompanhar a inicial o demonstrativo do cálculo da quantia devida, de que trata o artigo 604, pois, na hipótese de ser concedido o mandado de cumprimento e o Réu não embargá-lo, diretamente se ingressará na fase executiva.⁷⁰

3.8. DO PEDIDO

O pedido formulado pelo Autor na Ação consiste na postulação dirigida ao juiz, requisitando expedição do mandado monitorio, contendo ordem judicial para que o Réu pague soma em dinheiro ou entregue coisa fungível ou determinado bem móvel.

O pedido deverá ser certo e determinado porque, expedindo-se o mandado de citação, o Réu será citado para pagar a quantia expressa na prova documental, fundamento da ação, ou para entregar uma determinada coisa, portanto, é indispensável que se saiba os limites quantitativos do que se pede, bem como sua extensão, não podendo tratar-se de pedido genérico.

3.9. DA CITAÇÃO NA AÇÃO MONITÓRIA

A citação do Réu, embora o artigo 1.102b do Código de Processo Civil, nada disponha sobre o assunto, poderá ser realizada tanto por meio do oficial de justiça, como também através das formas fictas previstas no Código, ou seja, através de edital, ou hora certa.

Realiza-se a citação por edital quando presentes os requisitos contidos no artigo 231 do Código de Processo Civil, ou seja, quando for desconhecido ou incerto o Réu; quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar; e nos demais casos expressos em lei.

Já a citação por hora certa, Artigo 227 do Código de Processo Civil é feita quando o oficial de justiça comparece por três vezes à residência ou domicílio do devedor e não consegue encontrá-lo para proceder à citação. Neste

⁷⁰ Ob. cit., p. 283

caso o oficial de justiça, verificando que o devedor está se ocultando, a fim de que não seja encontrado, intimará qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, de que, no dia e hora designado, deverá o Réu estar presente para ser citado. Não sendo o devedor novamente encontrado, o oficial de justiça certificará o ocorrido, dando-se o devedor por citado.

No caso da citação ser realizada por um dos meios *fictos*, decorrido o prazo do edital ou do mandado de citação, se o Réu não comparecer espontaneamente para pagar ou para apresentar embargos, aplica-se por analogia à súmula 196 do Superior Tribunal de Justiça: *"ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos"*, ou seja, nomeia-se curador especial ao devedor, que tenha legitimidade para interpor embargos à pretensão do Autor.

Ocorre, no entanto que há, com relação à citação *ficta*, uma divergência doutrinária quanto à possibilidade de sua realização no procedimento monitório. Há quem entenda a possibilidade de citação *ficta* e há, porém, aqueles que entendem sua impossibilidade. Os Tribunais também divergem quanto à possibilidade desta forma de citação.

Ernane Fidélis dos Santos, entende:

que a citação ficta, edital e hora certa, não se comporta, porém, no procedimento, porque, de alguma forma, para aceitação da formação do título por omissão de defesa, há mister efetiva manifestação de vontade, que está além dos poderes de atuação do curador. Este, por outro lado, com a simples missão de se opor em defesa, não pode demonstrar interesse a embargos, que são verdadeira

ação. Na impossibilidade, pois de citação direta, ao credor só resta a opção do processo de conhecimento.⁷¹

O melhor entendimento, no entanto, deverá ser quanto à possibilidade de realização da citação ficta o procedimento monitorio, pois tivesse o legislador à pretensão de proibir este tipo de citação teria aberto ressalvas num dos artigos que dispõem sobre a Ação Monitoria. Se não o fez, é porque não há restrições quanto à sua possibilidade. Ademais, não são raros os casos em que o devedor se omite com a pretensão de evitar a citação. Se admitido à hipótese de impossibilidade de citação ficta, frustrada estaria a pretensão do credor, sendo o mesmo obrigado a propor ação ordinária para obtenção do título executivo, perdendo com isto a Ação sua principal finalidade.

Como dito, se a Ação é procedimento regulado, subsidiariamente, pelo rito previsto no Livro I do Código de Processo Civil, não há como obstar a citação editalícia. Impedimento este, único do rito executivo.

Não pode esta divergência doutrinária servir para beneficiar o devedor que claramente a utiliza com o fim de ver-se livre de suas obrigações.

As eventuais dificuldades na cientificação do Réu não podem servir como entrave para o desenvolvimento da atividade jurisdicional. Se a lei admite citações fictas, já estas cercadas das indispensáveis cautelas, tais modalidades citatórias são perfeitamente adequadas ao rito monitorio, desde que observadas as peculiaridades inerentes a esse procedimento, tal como destacado por Talamini⁷².

⁷¹ Novos perfis do processo civil brasileiro. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1996, apud, Luiz Rodrigues Wambier. Curso Avançado de Processo Civil. volume 3, 2 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p 295.

⁷² Talamini, Eduardo, Tutela Monitoria, A ação monitoria, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição 68, 70.

Mesmo porque, inexistente qualquer vedação legal. O Livro IV, Título I, Capítulo XV, que trata da Ação Monitória, não prevê qualquer óbice a esta modalidade citatória, utilizando-se, então, subsidiariamente as normas que concernem ao procedimento ordinário, como supra dito, previsão do artigo 272, parágrafo único.

Ora, não há qualquer argumento justificável para a não citação por edital do suposto devedor na Ação Monitória. Mesmo porque, essa seria até uma forma de se evitar que o credor tenha de ajuizar ação ordinária de conhecimento, pagando novas custas e, conseqüentemente, onerando-o ainda mais.

3.10. PROCEDIMENTO DA AÇÃO MONITÓRIA

Interposta a Ação mediante petição, deverá a mesma conter os requisitos do Artigo 282 do Código de Processo Civil, as condições da ação, pressupostos processuais e estar acompanhada da prova escrita do crédito. Não estando a inicial acompanhada da prova escrita, o juiz, antes de ordenar a citação, aplicará o disposto no artigo 284 do Código de Processo Civil, intimando o Autor para que emende ou complete a inicial dentro do prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento da peça inicial.

Ajuizada a ação, o juiz, antes de despachar nos autos determinando a expedição do mandado de citação do Réu para integrar a relação jurídica processual, efetuando o pagamento ou entrega da coisa no prazo de quinze dias, certificará se encontram-se presentes os requisitos gerais (competência do órgão jurisdicional, condições da ação, pressupostos de constituição e regularidade do processo) e especiais (objeto da pretensão e idoneidade da documentação apresentada pelo Autor).

Cumpra ao juiz apreciar inicialmente a competência do órgão jurisdicional para apreciar a matéria, pois caso constate a incompetência absoluta, os autos deverão ser encaminhados ao órgão jurisdicional competente. Sendo, porém relativa a competência, compete à parte contrária alegar por meio da exceção de incompetência. Permanecendo o Réu inerte, deixando de alegar a incompetência, ocorrerá prorrogação da competência.

Estando a inicial devidamente instruída, será expedido o mandado monitório, devendo nele constar além da somatória devida pelo Réu, no caso de obrigação pecuniária, o prazo do qual este dispõe para cumprir a obrigação, ou para apresentar embargos caso queira (15 dias), com o alerta de que o não cumprimento da obrigação ou a não apresentação dos embargos dentro do prazo pré-fixado, constituirá de pleno direito o mandado inicial em título executivo judicial.

O despacho judicial que defere a inicial e determina a expedição de mandado citatório não tem nenhum efeito declaratório do direito do Autor e muito

menos efeito condenatório. Trata-se de um reconhecimento (que pode ou não ser definitivo) da existência do crédito e, portanto, do mérito da pretensão substancial.

Cabe ressaltar que a decisão a qual defere a expedição do mandado monitório deve ser motivada, sob pena de nulidade. A motivação das decisões judiciais constitui garantia dos jurisdicionados insculpida no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, que estabelece:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados ou somente a estes, e, casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Na mesma linha, dispõe o artigo 165 do Código de Processo Civil: "*As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no artigo 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso*".

Há doutrinadores que entendem que o deferimento do mandado de pagamento não constitui simples despacho, mas verdadeira decisão interlocutória. E, contra este despacho, cabe recurso de Agravo de Instrumento, podendo o agravante atacar a decisão sob vários ângulos (ausência dos requisitos legais exigidos para a inicial, especialmente a prova literal; falta dos pressupostos processuais e das condições da ação; não se cuidar de pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou bem móvel determinado).

José Eduardo Carreira Alvim é defensor desta linha de pensamento quando diz que este despacho tem, "*sob o aspecto processual, forma de decisão*

*interlocutória e conteúdo de decisão definitiva, podendo modus in rebus ser equiparada a uma interlocutória mista".*⁷³

Para Vicente Greco Filho, o ato que determina a expedição do mandado de citação *"é decisão interlocutória, contra a qual cabe agravo de instrumento sem efeito suspensivo, efeito esse que pode ser obtido por meio de mandado de segurança nos casos em que a doutrina e a jurisprudência têm admitido o remédio constitucional para tal fim"*.⁷⁴

Antônio Carlos Marcato, diz que o despacho do juiz mandando expedir o mandado de citação tem como fundamento de sua decisão *"não a certeza do direito afirmado pelo Autor, mas no reconhecimento da probabilidade de existência desse direito, emanada da prova documental escrita por ele apresentada."*⁷⁵.

O melhor entendimento, porém, é de que o despacho que defere a expedição do mandado de citação não é decisão interlocutória, mas tão somente despacho⁷⁶, mesmo que seja o errôneo, por faltar algum requisito na inicial, o único meio que terá o devedor para discuti-lo é através dos embargos monitórios e não por meio do agravo de instrumento. Em nenhum momento o despacho citatório coloca o devedor sob a restrição de seus bens, na verdade como já afirmado a ação monitório é um misto do procedimento do processo de conhecimento e sua imediata conversão em processo de Execução, sendo

⁷³ Ação Monitória. Revista de Processo nº 79, ano 20. Julho/Setembro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1995, p. 92.

⁷⁴ Considerações sobre a Ação Monitória. Revista de Processo 80, ano 20, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1995, p. 157

⁷⁵ Ob. cit. p. 51

inicialmente processo de conhecimento certamente não caberá o manejo do recurso de agravo de instrumento.

Estando, portanto, em ordem a inicial, expede-se o mandado de citação do devedor. Uma vez realizada a citação, poderá o Réu seguir os seguintes caminhos:

3.10.1. Cumprimento da Obrigação

A primeira opção aberta ao Réu é a possibilidade de atender ao mandado efetuando o pagamento da importância cobrada ou entregando o bem requerido dentro do lapso temporal de 15 dias. Feito isto, o devedor, segundo dispõe o artigo 1.102, § 2º do Código de Processo Civil, receberá o beneplácito da isenção do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, e, consequentemente, será decretada a extinção do processo monitório, com exame do mérito, face ao que estabelece o Artigo 269, II, do Código de Processo Civil.

A vantagem da isenção é que o devedor pensará duas vezes antes de decidir embargar o mandado, só o fazendo se estiver convicto de vir a obter uma decisão favorável e diversa daquela contida no mandado. Se estiver convencido de

⁷⁶ Art. 162 do Código de Processo Civil, alterado pela Lei 11.232/2005 de 22 de dezembro de

que não tem razão, não terá interesse em assumir a iniciativa de embargar, arcando com o ônus da sucumbência, pois, se cumprir espontaneamente o mandado, ficará isento dos encargos processuais.

Essa isenção, segundo Antônio Carlos Marcato, *"representa, mais que mera vantagem conferida ao Réu, um convite à não oposição de embargos infundados ou protelatórios, afeiçoando-se, assim, ao ideal da busca da solução de conflito através da atividade direta das partes."*⁷⁷

Cumprindo o devedor o inteiro teor do mandado monitório dentro do prazo a ele conferido, surge a questão de se saber quem arcará com o ônus dos honorários advocatícios e com as despesas processuais.

Prevalece, porém, o entendimento de que, optando o credor pelo procedimento monitório ao invés do ordinário, onde teria o mesmo oportunidade de ser ressarcido de todas as despesas processuais efetuadas em decorrência da propositura da ação, estará expressamente renunciando ao direito de ser ressarcido de tudo quanto despendeu com a propositura dessa ação. Não cabendo, pois, ao Estado arcar com as despesas das quais o Autor, quando da propositura da monitória, tinha conhecimento que cumprindo o devedor o mandado estaria dispensado de tais pagamentos.

Com relação à possibilidade de cumprimento parcial do mandado pelo Réu, os dispositivos legais que tratam da ação monitória, nada referem. O que permite compreender que, havendo concordância por parte do Autor, o

2005.

⁷⁷ Ob. cit. p. 83

cumprimento parcial será permitido, não podendo o Estado criar obstáculos à solução pretendida pelas partes.

3.10.2. Interposição dos Embargos Monitórios

O devedor poderá também, após a citação e dentro do lapso temporal de 15 dias, Artigo 1.102b do Código de Processo Civil, contados da juntada aos autos da prova da citação (mandado, carta precatória, aviso de recebimento da carta), optar pela interposição de Embargos Monitórios, para discutir a pretensão do Autor. Havendo vários Réus, o prazo para a interposição dos embargos conta-se da juntada aos autos do último mandado, Artigo 241 do Código de Processo Civil.

O prazo para interposição dos embargos é peremptório, de sorte que, quando o juiz declara executivo o mandado de pagamento, pela inércia do devedor, os embargos não podem mais ser propostos. Trata-se de prazo processual sujeito às mesmas vicissitudes dos prazos em geral.

Existem várias críticas doutrinárias, quanto à denominação dada à defesa do Réu na ação monitória, pois esta possibilita confusões com os embargos do devedor existente na execução. Antônio Carlos Marcato diz que;

a utilização do vocábulo “embargos”, abre margem a dúvidas, "pois o Código o utiliza com diversas acepções, ordinariamente no sentido de ação (v.g., embargos do devedor, embargos de terceiro) ou de recurso (embargos declaratórios, embargos infringentes, embargos de divergência) e, excepcionalmente, como a oposição extrajudicial do Autor de ação de

nunciação de obra nova (os ditos embargos verbais do artigo 935 do Código De Processo Civil) e até mesmo contestação." ⁷⁸

Assim, com o intuito de evitar confusões, embora a defesa na Ação seja feita através de embargos, é aconselhável sejam as partes denominadas "Autor" e "Réu", reservando-se a denominação "embargante" e "embargado" para os embargos à execução.

Os Embargos Monitórios têm natureza cognitiva, segundo o procedimento ordinário. É incidente na Ação Monitória, processando-se nos mesmos autos, Artigo 1.102c, § 2º do Código de Processo Civil, nos moldes de uma simples defesa, e não em apenso aos autos do processo principal como ocorre nos embargos à execução, Artigo 736 do Código de Processo Civil. Os embargos monitórios suspendem o curso do procedimento monitório até apreciação pelo juiz, mediante sentença.

Interpostos os embargos, o rito especial do procedimento monitório converte-se em ordinário. Após a interposição dos embargos, o Autor da Ação será intimado para responder os embargos, podendo em sua impugnação deduzir questões processuais (v.g. intempestividade dos embargos, inépcia da petição inicial, ou qualquer outra objeção) e/ou de mérito (v.g. negar os fatos alegados pelo devedor).

Impugnado os embargos, abrir-se-á oportunidade para tentativa de conciliação das partes, com a qual, sendo obtida e homologada, extingue-se o processo com julgamento do mérito. Sendo, porém, frustrada, o processo será

⁷⁸ Ob. cit., p. 93

saneado, dando-se início a fase instrutória para o fim de preparar os autos para proferir a sentença.

Poderá o credor, após intimado para impugnar os embargos manejados pelo devedor, permanecer inerte. Optando pela inércia, está o credor, a princípio, concordando com os fatos alegados pelo devedor, pois está abrindo mão da oportunidade oferecida pelo procedimento de reafirmar seu direito.

Os Embargos Monitórios, só poderão ser interposto por quem é parte na relação processual da Ação Monitória, não é admitida a interposição dos embargos por terceiros. Havendo dois ou mais Réus, é perfeitamente possível haja interposição por apenas um deles, alguns ou todos em conjunto. Sendo interposto o mandado monitorio por apenas um dos Réus, o mandado inicial converter-se-á em título executivo de pleno direito com relação aos omissos, ressalvando-se, porém, os casos em que ocorre litisconsórcio unitário e embargos que veiculem defesas comuns a todos os litisconsortes. Ressalvadas essas hipóteses, perfeitamente possível será a propositura de execução definitiva com relação aos Réus ou Réu omissos.

Para a interposição dos Embargos Monitórios não há necessidade de estar seguro o juízo através da penhora, como ocorre nos embargos do devedor.

Não devem ser confundidos os embargos interpostos na Ação Monitória, com os embargos interpostos na execução, pois apresentam diferenças básicas entre um e outro. Uma das diferenças é a que, nos embargos da Ação Monitória, o demandado pode argüir todas as defesas de que disponha, tanto as processuais contidas no artigo 301 do Código de Processo Civil, quanto as

substanciais, diretas (inexistência do crédito reclamado pelo embargado) e indiretas (ex: prescrição, pagamento, compensação, novação), podendo ainda discutir a idoneidade da prova escrita, para o fim de desconstituir a pretensão do Autor. Já nos embargos do devedor sua irresignação é restrita. Os preceitos relativos aos embargos do executado não se aplicam à ação monitória.

Outra diferença é com relação ao prazo para a interposição dos embargos, nos embargos monitórios o prazo é de 15 dias Artigo 1.102b do Código de Processo Civil, enquanto nos embargos à execução o prazo que o devedor dispõe para seu oferecimento é de 10 dias Artigo 738 do Código de Processo Civil.

Sendo os embargos rejeitados liminarmente por sentença terminativa, caberá ao Autor dos embargos a possibilidade de interposição de recurso de apelação. O recurso neste caso será, de acordo com a aplicação analógica do artigo 520, V do Código de Processo Civil, recebido apenas no efeito devolutivo, pois a rejeição liminar não gera nenhum efeito, e consequentemente não há suspensividade a se resguardar.

Com o recebimento do recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, surge a questão de se saber como os embargos seriam enviados ao Tribunal sem que criasse obstáculo ao prosseguimento da execução.

Vicente Greco Filho, visando solucionar esta questão, diz que, nesse caso;

deve-se extrair traslado para a subida da apelação, extrair carta de sentença para o prosseguimento da execução (ainda que o que se executa não seja sentença, mas o documento ao qual se somaram o preceito

judicial e o fato da rejeição ou improcedência dos embargos) ou processar a continuidade da execução em autos suplementares, onde houver.⁷⁹

Sendo os embargos julgados improcedentes, o mandado será convertido em título executivo judicial, passando-se desde então a dar início ao processo de execução, seguindo os procedimentos, princípios e regras estabelecidos pelo Livro II (processo de execução), Título II (diversas espécies de execução), Capítulos II (execução para entrega de coisa) e IV (execução por quantia certa contra devedor solvente) do Código de Processo Civil. Na fase executiva do procedimento monitório, o executado será citado em execução para, dentro do prazo de 24 horas, efetuar o pagamento do valor executado ou oferecer bens à penhora.

Realizada a penhora, poderá o executado interpor novos embargos, os quais somente poderão versar sobre as matérias de que trata o artigo 741 do Código de Processo Civil, agora, portanto os Embargos à Execução.

Contra a decisão que julga improcedente os embargos monitórios, o recurso cabível é o de apelação, que deverá ser recebido em ambos os efeitos. Alguns Autores negam que a sentença contra a rejeição dos embargos tenha efeito suspensivo. Invocam a aplicação analógica do artigo 520, V do Código de Processo Civil, tal como se faz no caso de rejeição liminar dos embargos.⁸⁰

⁷⁹ Vicente Greco Filho. Comentários ao procedimento sumário, ao agravo e à ação monitória. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, apud, Antonio Carlos Marcato. O Processo Monitório Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.101.

⁸⁰ Neste sentido: Antonio Carlos Marcato. O Processo Monitório Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 110.

O acolhimento total dos embargos (por questão processual ou de mérito) implica na revogação integral do decreto, de modo que, sob o prisma substancial, as relações entre as partes ficam normadas pela sentença e, sob o prisma processual, o mandado perderá sua eficácia. Sendo, porém, os embargos acolhidos parcialmente, perderá também *in totum* eficácia o mandado, passando a situação jurídica das partes a ser regulada pela sentença.

3.10.3. Inércia do Devedor

Assim como nas demais ações, há também na Ação a figura da revelia, que se caracteriza pela ausência de interposição dos Embargos Monitórios pelo demandado, compreendendo tanto o Réu que embora citado não comparece ao processo, como o que comparecendo deixa de se defender.

Dentre os possíveis caminhos a serem seguidos pelo Réu, poderá o mesmo, após o recebimento do mandado citatório permanecer inerte, deixando de efetuar o pagamento, de entregar o bem pretendido e ainda de apresentar defesa, através dos embargos monitórios dentro do prazo de 15 dias.

Optando o devedor por permanecer inerte, precluso estará seu direito de impugnar a pretensão obrigacional do requerente mediante os Embargos Monitórios, e conseqüentemente ocorrerá a conversão do mandado inicial em

mandado executivo, transformando-se o procedimento monitório em procedimento de execução forçada, seguindo os procedimentos, princípios e regras estabelecidos pelo Livro II (processo de execução), Título II (diversas espécies de execução), Capítulos II (execução para entrega de coisa) e IV (execução por quantia certa contra devedor solvente) do Código de Processo Civil.

Com a inércia, está o devedor abrindo mão do direito assegurado pelo procedimento de discutir a autenticidade do documento apresentado pelo Autor, bem como de apresentar documentos demonstrativos da inexistência do crédito exigido.

3.10.4. Fase Executiva da Ação Monitória

Obtido o título executivo, com a conversão do mandado, desnecessário se faz que o Autor interponha nova petição, basta requerer ao juiz, após decorrido o prazo para possível interposição de recurso, que seja expedido mandado intimando o executado para efetuar o pagamento da quantia pleiteada ou entregar o bem pretendido. Quando a pretensão do Autor for a de receber determinada quantia em dinheiro, caso o Autor não tenha apresentado planilha atualizada do débito nos termos do Artigo 614, II do Código de Processo Civil,

oportunidade da interposição da monitória, é indispensável que o faça nessa oportunidade.

Se a conversão do mandado ocorrer após decorrido o prazo para apresentação dos embargos com a omissão do devedor, tratamento diverso não será dado ao devedor, será o mesmo, assim, como nos demais casos, intimado para efetuar o pagamento ou a entrega do bem, e não citado, pois já fora citado anteriormente na Ação e optou pela inércia.

A razão de não se proceder a nova citação, refere-se ao fato de que não se inicia um novo processo, mas apenas uma nova fase do processo monitório (a executiva), valendo a citação inicial, destarte, para todos os atos do processo. Basta, pois, a intimação a que alude à Lei. Neste sentido, já manifestou Luiz Rodrigues Wambier:

precisamente por não existir solução de continuidade entre as etapas de cognição e de execução, não há nova citação do Réu (a partir de então, "devedor" – Artigo 1102c), pois ele não é chamado para participar de um novo processo. O ato que lhe dá ciência do mandado (agora já) executivo, abrindo-lhe oportunidade para pagar ou garantir o juízo, é intimação operada no curso do processo. O §3º do Artigo 1102c é claro quanto a isso.⁸¹

Iniciada a fase de execução do título executivo judicial e concretizado o ato de constrição patrimonial com a intimação do devedor, poderá este interpor à pretensão do credor, Embargos à Execução.

Os Embargos à Execução, se interpostos, serão processado em apenso ao processo monitório, em fase de execução, e suspenderá o curso da execução até julgamento final. Nos embargos à execução, não poderá o executado –

embargante ressuscitar questões já discutidas nos embargos monitórios, ou que deveriam ter sido discutidas em virtude da oportunidade ter sido aquela, pois precluso estará seu direito.

O executado – embargante - estará limitado a discutir somente as questões de que trata o artigo 741 do Código de Processo Civil, pouco importando se a obtenção do mandado executivo se deu através da inércia do executado ou por meio da rejeição dos embargos. Há, porém, quem entenda de forma diferente, dando tratamento diferenciado àquele que deixa de apresentar embargos monitórios. Assim, caso exista sentença de rejeição de embargos, o embargante ficará restrito às questões do artigo 741 do Código de Processo Civil, não existindo, poderá o embargante suscitar toda e qualquer matéria de defesa. José Rogério Cruz e Tucci segue esta linha de pensamento: os embargos, portanto, quando tenha ficado inerte o demandado no processo da ação monitória, serão de cognição plenária, a teor do disposto no Artigo 745 do Código de Processo Civil, podendo o embargante suscitar, além das matérias previstas no artigo 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento, inclusive e principalmente aquela concernente a fato superveniente, assegurando-lhe, destarte, todos os meios regulares de oposição ao processo executivo.⁸²

⁸¹ Ob. cit., p. 289

3.11. DA POSSIBILIDADE DA AÇÃO MONITORIA NOS PROCESSOS DE FAMÍLIA

Vimos os requisitos necessários para a interposição da Ação Monitória, basicamente é prova escrita nos termos do Artigo 1.102a do Código de Processo Civil, veremos agora a possibilidade do manejo da Ação nos processos de Família, que se sabe é de direito privado, mas com normatização de ordens de natureza pública, ou melhor, normas cogentes.

Como já vimos em capítulo anterior à Família brasileira sofre intervenção Estatal a todo tempo, como na forma de constituição, proteção, regime de bens e limitação do que conhecemos como Família. Com o novo Código Civil tais limitações e restrições estão mais amenas, p.ex. a possibilidade de alteração de regime de bens, os prazos foram reduzidos e a efetiva proteção àqueles que vivem em união estável.

Diante disso pretendemos aumentar os estudos e a utilização do procedimento monitorio nos processos de família. O grande passo a se dar é sair do campo obrigacional, onde todos os estudos da referida ação estão localizados, com a possibilidade da utilização desse procedimento no processo familiar, que trata de ações personalíssimas, sempre sendo vigiado por normas cogentes que

⁸² Ob. cit., p.69

não admitem transações ou negociatas, qual seria a validade da ação monitoria nos processos de Família?

Seria possível a impetração do procedimento monitorio nos processos de família quando inexistente título judicial que embasse a execução judicial?

Rolf Madaleno por sua vez esclarece:

o acordo amigável de separação judicial, o de dissolução de sociedade de fato, a demanda de divórcio, acordo sobre alimentos, sobre guarda de filhos, regulamentação de visitas, partilha de bens comuns e qualquer outra transação apresentada em juízo por casais, concubinos ou familiares que acertam deveres e direito pertinentes ao desfecho de suas relações familiares. Apenas que por estas circunstâncias diárias da vida quando eles rompem os seus vínculos, tendem a documentar os seus compromissos conjugais, advindos de parentesco, do concubinato e que antes, quando junto aos pais e filhos em prevalente harmonia, era natural que seus compromissos fluíssem espontaneamente. Também encaixam-se na condição de títulos de execução definitiva as sentenças condenatórias oriundas de contenciosos familiares, depois de transitadas e julgadas. Em caráter provisório estão as decisões judiciais interlocutórias de provimento liminar, além das sentenças com recursos recebidos apenas no efeito devolutivo⁸³

É de conhecimento de todos que, se o título não possuir força executiva, não haverá as condições da ação executiva, e isso voltado para o Direito de Família pode representar sérios impedimentos de mínima sobrevivência ficando sem receber o crédito alimentar que lhe é devido. Assim para aqueles títulos que contenham obrigações líquidas, certas e exigíveis, mas não possuem força executiva, é disposto em nosso sistema processual o chamado processo monitorio.

⁸³ Madaleno, Rolf, *Novas Perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado. Porto Alegre, 2000, p. 54

Vemos sem maiores dificuldades a possibilidade do credor em escolha da via monitoria em tratando-se de Direito de Família, para a constituição do título que perdeu força executiva através da via Monitória. Imaginemos que uma ex-esposa que ficou na separação com um veículo, contudo quem sustentava à família era o então marido, que deixou de pagar os referidos impostos sobre o veículo, certamente com base nisso poderá a ex-mulher ingressar com o procedimento monitorio, requerendo o pagamento dos referidos débitos.

Ilustra Rolf Madaleno, na hipótese de locativos oriundos de bens conjugais, cujos valores venham sendo indevidamente embolsados pelo cônjuge oponente. A compensação desses créditos futuramente nem sempre será a melhor solução, ante ao grande lapso temporal a ser transcorrido, podendo dessa forma ser intentada o procedimento monitorio.

Conforme esclarece Cândido Rangel Dinamarco: “documento idóneo, no sistema monitorio, é o escrito do qual se possa razoavelmente inferir a existência do crédito afirmado pelo Autor (....) O documento deve ser em princípio capaz de impor-se como prova dos fatos constitutivos, segundo as regras integrantes da disciplina da prova documental”⁸⁴

Como vimos faltando ao título liquidez, exigibilidade, faltará ao mesmo força executiva impedindo dessa forma ao portador de executá-lo, e em se tratando de Direito de Família, geralmente tais execuções visam a sobrevivência do credor que encontrará inúmeras dificuldades e com grande possibilidades de nada receber.

Ainda segundo Rolf Madaleno “mostra-se tarefa fácil transportar para dentro do contexto do Direito de Família, as inúmeras possibilidades de eleição da via monitória, como instrumento de rápida solução de muitos conflitos conjugais que entulham os Juízos de Família com morosos processos de conhecimento”.⁸⁵

Conseqüentemente, evidencia-se a possibilidade do manejo da Ação Monitoria no Direito de Família, uma vez que os direitos personalíssimos, bem como as normas cogentes que fazem parte de seu conteúdo, não sofrem qualquer ataque pela escolha daquele procedimento que visa tão somente alcançar seu crédito de maneira mais rápida e ágil evitando dessa forma os problemas de custo e demora do processo de conhecimento.

Afirmamos da possibilidade do manejo da Ação Monitoria para o recebimento de verbas alimentares, assim a seguinte questão se impõe, e as verbas alimentares inadimplidas e prescritas, podem ser cobradas via ação Monitoria?

No atual sistema do *codex* civil o direito a alimentos é imprescritível sendo que somente prescreve em dois anos nos termos do Artigo 206 do Código Civil, a possibilidade da execução das prestações alimentícias em atraso, nesses termos o Artigo 23 da Lei de Alimentos ressalta que a prescrição referida alcançara’ as prestações, mas não o direito aos alimentos, e nesses termos devera ser observado que decorrido prazo legal para execução de verba alimentar, poderá ser proposta a ação monitoria.

⁸⁴ Dinamarco, Candido Rangel, Instituições de Direito Processual Civil, São Paulo: Malheiros, 2003, vol. III, pag. 750.

⁸⁵ Madaleno, Rolf Novas Perspectivas no Direito de Família, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 54.

Um título prescrito para o processo de execução poderá ser objeto de ação monitória, nos termos da legislação vigente, mesmo após o advento da Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005, no qual alterou o sistema de execução do procedimento monitório, dispensando a citação do Réu impondo tão somente a intimação através de órgãos oficiais.

Igualmente poderemos falar em ação de alimentos prescrita para o exercício do processo de execução, sendo líquido e certo, pôr não exigível através de um processo de execução, conseqüentemente poderá ser objeto do processo monitório.

Há no sistema atual formas de execução dos créditos alimentares descrito nos artigos 732 e 733 do Código de Processo Civil, são formas de compelir o devedor rápidas que permitem uma satisfação ao credor de forma pouco onerosa. Contudo há limites temporais para as execuções descritas, a exemplo do Artigo 733 do Código de Processo Civil que ameaça a prisão civil do devedor em caso de não pagamento após a citação, em prazo fixado no mencionado artigo de três dias, ou a impossibilidade do não pagamento.

Mais complexo e com um rito processual mais lento a ação monitoria pode ser a única maneira de ver adimplidos valores que não mais podem ser executados porque prescritos e nesse sentido monitório se aplica ao direito de Família como também as verbas alimentares prescritas ante a inércia do credor.

3.12 CONSIDERAÇÕES SOBRE A AÇÃO MONITÓRIA NOS PROCESSOS DE FAMÍLIA.

Ao que foi exposto chegamos a conclusão de que o procedimento monitorio é de grande valia aos operadores do direito na busca de satisfazer os créditos alimentares não adimplidos através de processo de execução ante a inércia do credor. Necessário para o manejo do procedimento monitorio a previa constituição de um título como uma sentença judicial ou acordo.

Possuindo prova escrita da existência do credito alimentar, pode o credor acionar o devedor em apenas um procedimento judicial, para receber as quantias devidas sem a necessidade de demandar através de um longo processo de conhecimento.

Em relação as garantias processuais das partes pode o Autor manejar uma ação monitorio sem que com isso subtraia do devedor seu direito de defesa, podendo o mesmo defender-se como de estivesse em um procedimento monitorio produzindo as provas que achar necessário, e ao Autor da demanda a desnecessidade de utilizar-se do processo de conhecimento, que decorre em litígios intermináveis.

Da mesma forma, podemos afirmar em relação a possibilidade de receber valores inadimplidos e prescritos resultantes de verbas alimentares, utilizando-se da mesma premissa que para as cartulas prescritas o manejo da ação monitoria é possível, podemos então afirmar que o manejo da ação monitoria para cobrança de crédito alimentar prescrito é perfeitamente possível.

A ação monitoria no processo de família trás a possibilidade ao Autor em receber valores de dívidas alimentares prescritas para a utilização do processo de execução, atingidos pelo instituto da prescrição. Essa garantia de receber valores alimentares que não foram objeto de cobrança anteriormente leva aos jurisdicionados uma garantia de que poderão com o manejo da ação monitoria receber aquilo que lhe é devido para uma vida mais digna, assegurado por princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, perfeitamente possível o manejo da ação monitoria para a cobrança de créditos alimentares. Justiça será feita ao credor dos valores prescritos que não poderá valer-se da ação de execução. A principal característica da possibilidade da interposição da ação monitoria inicialmente é a agilidade no manejo da mesma evitando que o jurisdicionado fique aguardando por longos e demorados anos para receber o que lhe é devido, classificamos dessa forma como uma tutela diferenciada ante as características do procedimento monitorio, para todo o sistema processual e principalmente para a direito de família que detêm características próprias.

4. DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Surge aqui um grande impasse nas defesas de cobranças de verbas alimentares, inicialmente a garantia do alimentado em receber sua verba alimentar, em contrapartida o direito de defesa do alimentante em não ter sua liberdade restringida por dívida. Estamos diante de princípios constitucionais, o primeiro protege a vida, o segundo a liberdade do ser humano, ficando dessa forma o alimentante com seu direito de cobrar a dívida alimentar “limitado”, enquanto que o devedor tem o iminente risco de privação de liberdade, ante ao não pagamento.

Assim, ocorrendo o ajuizamento da execução de verba alimentar, pelo período recente, no qual nossa legislação e jurisprudência permitem a Execução alimentar sob pena de privação de liberdade, poder-se-ia que a execução alimentar tramitasse sob pena de prisão ante o não pagamento.

Mas o objeto desse estudo é, e se a Execução for NULA, nulidade essa que deixou o magistrado de observar em tempo oportuno e em ato contínuo determinou a citação do devedor. Qual seria a defesa do devedor?

O executado nos termos da legislação vigente⁸⁶ tem prazo limitado para a sua defesa, assim teria apenas 3 (três) dias para justificar a impossibilidade do pagamento da cobrança de débitos alimentares NULOS?

Com o risco de privação de liberdade deveria defender-se no período determinado em Lei, e sob a égide da determinação de sua liberdade?

Defendo-se o Executado através do novo instituto da exceção de pré-executividade que sequer consta em norma posta, não estaria limitando primeiramente o direito do credor? Em contrapartida, sendo o Executado citado através de uma execução alimentar NULA, qual o seria o motivo da não utilização desse instituto para a sua defesa?

Entendimentos diversos da mais autorizada doutrina dão uma coloração diferenciada sobre a possibilidade ou não da interposição de tal instituto, agora com o grande questionamento da possibilidade da utilização do mesmo em execução alimentar.

Não estamos propondo um estudo sistemático e exaustivo da exceção de pré-executividade, queremos tão somente demonstrar a possibilidade da interposição da exceção de pré-executividade na execução de dívida alimentar,

⁸⁶ Art. 733 do Código de Processo Civil “Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo”.

independentemente se a execução pro expropriação de bens ou execução sob ameaça de prisão civil.

Certamente o intuito do legislador não é esse em que, processos NULOS, prevaleçam em nosso sistema, nulidades essas que devem ser dívidas para maior clareza em processuais e materiais.

4.1. BREVE CONCEITO HISTÓRICO

A origem histórica de tal instituto não é novidade aos aplicadores do direito, que na tentativa de instrumentalizar um processo “válido”, portanto processos que continham vícios em seu bojo e que deveriam ser reconhecidos de ofício pelo magistrado e que não foram.

Em momento pretérito, o particular exercia, pessoalmente e pela força, a satisfação de sua pretensão, praticando a denominada "auto-tutela". Na verdade, nada mais era do que o exercício da força para obter o benefício das próprias razões. Historicamente, tem-se conhecimento de que até o ano 326 a.C., o devedor respondia pelas dívidas pessoalmente, ou, em outras palavras, com sua liberdade, com seu corpo por meio de castigos físicos, e até com sua própria vida.

A exceção de pré-executividade como é de conhecimento comum surgiu em 1966, através de Pontes de Miranda na elaboração de seu parecer de

número 98⁸⁷. O renomado autor tinha como início de seus estudos sobre as execuções que os títulos impugnados tratavam-se de títulos falsificados, tornando-se assim títulos nulos sem a capacidade executiva dotada aos títulos executivos.

Nunca foi pacífico o entendimento de Pontes de Miranda, alguns autores afirmavam que a única modalidade de defesa nos autos de processo de execução capaz de instaurar o contraditório e a ampla defesa são os embargos à execução e para a recebimento desses necessário a formalização da penhora.

Defendia o renomado Autor que toda e qualquer execução necessita de um título judicial ou extrajudicial, e obrigatoriamente esses títulos devem possuir certeza; liquidez e exigibilidade. Como visto necessário para o início da atividade jurisdicional que ocorra a citação do devedor que trata de ato formal e nos processo de execução o ato citatório será para o pagamento do valor apontado não o fazendo haverá a restrição de bens do devedor.

Em decorrência da complexidade das situações e de possíveis erros praticados pelo magistrado de determina a citação do suposto devedor sem a observância do título apresentado poderá ocorrer equívocos e em processos de execução os equívocos são de constrição do patrimônio e nos processos de família poderá ocorrer até a prisão do devedor.

⁸⁷ Na década de sessenta foi pedida em Belo Horizonte, a decretação da falência da companhia de siderúrgica Mannesmann. No Então estado da Guanabara, foi feito o mesmo pedido, havendo o juízo julgado sua incompetência. Assim houve a transferência dos autos para Belo Horizonte. No prazo de 24 horas, fixado pelo artigo 299 do Código de Processo Civil, vigente na época a Companhia Siderúrgica Mannesmann requereu a decretação da nulidade da execução como argumento de serem falsos os títulos. Os pedidos de decretação de falência foram indeferidos com o fundamento de que os títulos eram falsos (Nolasco, Rita Dias, Exceção de Pré-Executividade, Editora Método, São Paulo, 2003).

Nesse diapasão de idéias seria por demais submeter o suposto devedor à constrição de bens ou mesmo a decretação de sua prisão decorrente de uma infundado e irregular processo de execução. Comum são as vezes em que o devedor necessitará dispor de seu patrimônio e não o poderá fazer por estarem constritos em algum irregular processo de execução.

De outra banda mais oneroso ainda é aguardar o desfecho do julgamento dos embargos a execução, que somente serão aceitos após a constrição do patrimônio do devedor ou depósito do valor discutido. Grande lapso temporal poderá ocorrer até que todos os atos sejam realizados para então ser julgado os embargos do devedor que alegará em sua defesa as irregularidades que poderiam ter sido conhecidas de plano pelo juízo mas não o fez, pois aguardará a interposição dos embargos do devedor.

Nessas hipóteses mostra-se perfeitamente possível a interposição da defesa por parte do Executado ao processo de execução fundado na falta dos regulares pressupostos processuais, a denominada exceção de pré-executividade.

Um breve histórico do surgimento da exceção de pré-executividade, bem como sua conceituação, necessário fazer um pequeno estudo sobre sua nomenclatura quando se trabalha com a exceção de pré-executividade.

4.2. NATUREZA JURÍDICA

A exceção de pré-executividade ou como dizem alguns doutrinadores a “objeção de pré-executividade”, pois entendem esses doutrinadores a natureza processual do instrumento como objeção e não de exceção, pois baseiam-se esses doutrinadores que a objeção funciona como um instrumento *para alertar o juiz sobre deficiências da petição inicial da execução que poderiam ter sido reconhecidas de ofício pelo juiz ao despachar a petição inicial* ⁸⁸.

Contudo Pontes de Miranda idealizado do instituto defende que a tese de que a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é justamente de exceção e como conseqüentemente ele que o pioneiro na aplica dessa defesa processual.

A recente lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005, trouxe no Artigo 475-L, que um dos meios de defesa do executado através da impugnação será o excesso de execução conforme preceitua ao inciso V, do artigo 475-L do Código de Processo Civil. Tudo o que é excesso é aquilo que está irregular que não suporta o título apontado como válido.

Varias denominações dos mais renomados juristas brasileiros sobre a denominação do instituto como exceção de pré-executividade ou objeção de pré-executividade, afim de nos mantermos distante de tal discussão doutrinaria,

iremos tratar das matérias que poderão ser argüidas na exceção de pré-executividade, o prazo para a sua interposição e a legitimidade.

4.3. PROCESSAMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A grande controvérsia surgia quanto ao processamento e o momento processual para a interposição da exceção de pré-executividade, contudo com a edição da Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005, que incluiu o Artigo 475-L, como um dos meios de defesa do executado através da impugnação será o *excesso de execução* conforme preceitua ao inciso V, do artigo 475-L do Código de Processo Civil.

Até a edição da recente lei muitos e calorosos debates vinham sendo travados entre doutrina de jurisprudência, ante a inexistência no sistema processual da digitada defesa. Não havia prazos a serem seguidos, bem como sua forma de interposição, contudo tanto a doutrina quanto a jurisprudência sempre foram pacíficas ao dar a função a defesa com a interposição da exceção de pré-executividade por faltar alguns dos pressupostos processuais e condições da ação,

⁸⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. Processo de Execução (Organizado por SHIMURA, Sergio e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim). São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 213-214.

tudo isso por tratar-se de matéria de ordem pública, que podem ser reconhecidas a qualquer tempo pelo juiz mediante a interposição de simples petição.

Com a citação é que traz o conhecimento da demanda ao réu, diante disso para a interposição da chamada exceção de pré-executividade devesse ser sempre precedida do mandado de citação.

Como a discussão para a interposição dessa defesa é grande a forma de sua interposição também é, muitos autores afirmam não haver momento oportuno para a sua interposição. Contudo, a edição da Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005, que trouxe no texto do Artigo 475-L, a possibilidade da interposição da exceção de pré-executividade verifica-se que o prazo estipulado na mencionada lei é de 15 dias a contar da ciência da execução, contudo o que esse instituto visa é a regularidade do processo, devendo o mesmo obedecer as normas processuais, sob pena de nulidade, nulidade essa que impedirá o normal andamento do feito.

Ainda podemos concluir nos termos do artigo 267, § 3º do Código de Processo Civil, que o juiz conheceu de ofício em qualquer grau de jurisdição enquanto não proferida a sentença de mérito as matérias contidas nos incisos IV, V, VI, todavia o réu que não alegar na primeira oportunidade em que lhe cabia falar nos autos responderá pelas custas de retardamento.

Não existe prazo como não poderia existir, pois busca-se através da exceção de pré-executividade regularizar uma situação causada pelo mal andamento do processo, também não existe forma pré-determinada, podendo ser

feito através de simples petição apontando ao julgador os fatos e motivos de sua argumentação.

A parte legítima para a interposição da exceção de pré-executividade será aquela que poderá sofrer os efeitos da coisa julgada. Pois, além do executado que seria o primeiro interessado a interpor a exceção poderão ainda os assistentes interpor a exceção sob a argumentação de que poderão sofrer os efeitos da coisa julgada. Ainda o terceiro interessado poderia interpor a exceção, quando estiver na iminência de sofrer restrições ao seu patrimônio.

Quanto às matérias argüíveis na defesa de exceção de pré-executividade, não abrirá as partes principalmente toda a modalidade de defesa, uma vez que a execução em regra vem instruída com um título líquido, certo e exigível. Assim para interposição da exceção de pré-executividade é necessário a inexistência dos requisitos dos títulos executivos, que são a certeza, liquidez e exigibilidade.

Segundo Sergio Shimura, poderá ser argüida na exceção toda matéria que não dependa de qualquer dilação probatória para a sua demonstração.⁸⁹

Quanto à decisão que recebe ou não a exceção de pré-executividade trata-se de uma decisão interlocutória sendo possível, portanto a interposição de Agravo Retido ou Agravo de Instrumento, mas para a interposição da modalidade de instrumento necessário se faz que o Recorrente demonstre além dos requisitos para a interposição de qualquer recurso, pois com a edição da Lei 11.187 de 10 de outubro de 2005 é necessário que o agravante demonstre que a decisão do não

⁸⁹Shimura, Sergio, 1997, pág. 70-71.

recebimento da exceção de pré-executividade está causando ao recorrente lesão grave e de difícil reparação, caso contrario não é admissível mais a interposição do Agravo na forma de instrumento.

Mas sendo a exceção recebida e julgada procedente estamos diante de outra decisão judicial sentença no qual o manejo de recurso seria a Apelação e não mais o agravo de Instrumento.

Primeiramente iremos traçar algumas palavras sobre o procedimento executivo que visa a expropriação de bens do devedor, para então adentrarmos na execução alimentar através da ameaça de coação pessoal, prisão civil.

4.4. EXECUÇÃO DE VERBA ALIMENTAR PROCESSADA PELO RITO DO ARTIGO 732 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O atual sistema processual civil prevê que a execução de prestações alimentares poderá ser processada através de quatro maneiras diferentes, em decorrência do direito material pretendido; através da penhora de bens do devedor; da ameaça de prisão civil; do desconto em folha de pagamento e do desconto de alugueres e rendimentos do devedor.

Aqui estudaremos sobre a execução de prestações alimentares por quantia certa do débito alimentar nos moldes do artigo 732 do Código de Processo Civil, bem como do artigo 19 da Lei 5.478/68. Na verdade a execução de verba alimentar por quantia certa não se distancia muito da que pretende executar qualquer outro tipo de débito, possuindo suporte legal no próprio codex processual que segue o mencionado artigo 732. Por isso mesmo, aquela forma de execução conforme se descrevera não encontra entraves ou qualquer impedimento legal para a interposição da chamada exceção de pré-executividade.

O doutrinador Araken de Assis⁹⁰ ao discorrer sobre execução de verba alimentar, salientam a preocupação do legislador com essa matéria, “o crédito alimentar mereceu generosas atenções do legislador, exemplo frisante desse singular tratamento desponta na predisposição de vários meios executórios”.

Da mesma forma entende CAHALI, que “a execução de sentença condenatória de prestação alimentícia e uma execução por quantia certa, que em razão da natureza do crédito e das peculiaridades das prestações a ele relativas, tem o seu procedimento comum adicionado de algumas regras tendentes a tornar mais pronta a execução da obrigação”⁹¹.

Essa sanções e prerrogativas especiais alcançam seus objetivos com relação à possibilidade de penalização pessoal ou com relação de algumas preferências das quais são dotados os alimentos, como por exemplo, o privilégio

⁹⁰ Assis, Araken de. *Da Execução de prestação alimentícia*. Rio de Janeiro, Aide 1995, p. 11.

⁹¹ Cahali, Yussef Said. *Dos alimentos*, 3ª edição, editora RT, São Paulo, 1998, p. 1021.

de crédito alimentar sobre qualquer outro, independentemente da natureza deste ou do momento da penhora.

No entanto percebe-se que, especificadamente pouco se tem feito eficazmente para a solução dos jurisdicionados que demandam durante anos para o recebimento de valores que são correspondentes a verbas alimentares, ficando as decisões judiciais sem nenhum cumprimento mandamental eficaz. A única execução alimentar disposta de maior celeridade é a descrita no Artigo 733 do Código de Processo Civil que trata de execução alimentar por quantia certa sob coação pessoal do executado.

Por conseguinte a execução alimentar pressupõe a existência de dívida líquida, certa e exigível, nos termos do artigo 586 do Código de Processo Civil comprovado por título executivo, que pode ser desde uma decisão interlocutória que fixam alimentos provisórios, até sentença transitada em julgado ou o acordo homologado judicialmente, sob pena de ser imposta a nulidade disposta no artigo 618, I do Código de Processo Civil. Assim estando o autor da demanda de posse de tais documentos e aqueles outros imprescindíveis para a propositura de qualquer demanda judicial pode o credor executar a dívida líquida, nos termos da legislação processual vigente, no qual passaremos a discorrer.

4.4.1. O PROCESSAMENTO DO FEITO E EMBARGOS À EXECUÇÃO ALIMENTAR

Havendo débito alimentar, com parcelas em número superior a três tem-se adotado como regra a execução do excedente das três parcelas, que a execução se processe pelo rito descrito no Artigo 732 do Código de Processo Civil, ou execução por quantia certa.

Ao ingressar com a petição inicial de execução de alimentos necessário que o credor tenha em mãos inicialmente um título líquido, certo e exigível, consubstanciando seu pedido ainda nos termos do artigo 282 do Código de Processo Civil. A competência para o julgamento da ação é o foro do domicílio do credor. Ainda atendendo os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, bem como legitimidade para ingressar com a ação se menor, deverá ser representado por um genitor ou guardião.

Para a distribuição da ação o valor da mesma deverá ser o valor pedido das prestações vencidas.

Ajuizada da demanda, estando presentes os requisitos e documentos inerente a propositura da ação, determinara de plano o juiz a citação do devedor para que pague ou nomeie bens à penhora no prazo de 24 horas, sendo tal prazo

preclusivo e improrrogável. No cumprimento de tal diligência que deverá ser realizada através de mandado por Oficial de Justiça que deverá certificar no mandado, todos os atos do procedimento de citação do devedor, como horário, local e forma de entrega do mandado. Decorrido esse prazo preclusivo não poderá mais o devedor indicar bens à penhora ante o decurso de prazo, ficando a indicação de bens passíveis à penhora encargo do credor.

Não encontrando o Oficial de Justiça o devedor, poderá arrestar-lhe tantos bens quantos bastem para garantir a execução, em conformidade com o artigo 653 do Código de Processo Civil, cabendo ao credor o prazo de 10 dias a partir da data da intimação do arresto para requerer a citação editalícia do devedor. No referido edital de citação ficará constando nos termos do Artigo 652 do Código de Processo Civil que o arresto se converter em penhora no prazo de 24 horas, ficando desde logo intimado para querendo embargar a execução.

Efetuada a penhora deve o devedor ser intimado pessoalmente para a interposição dos embargos, para querendo defender-se no prazo preclusivo de 10 dias, devendo ser contados a partir da data da juntada do mandado de intimação nos autos do processo.

Tratando-se de penhora que recaia sobre dinheiro, em face do caráter alimentar do débito, poderá o credor levantar mensalmente as quantias devidas a título de prestação alimentar, independentemente da prestação de caução ante a natureza processual da demanda, nesse sentido CAHALI⁹², cita Pontes de Miranda;

⁹² Cahali, Yussef, *Dos alimentos*, editora Revista dos Tribunais, p. 1020, São Paulo, 1988.

A execução é de quantia certa, que pode ir a penhora de bens ou de dinheiro; os embargos do devedor são oferecidos no prazo de 10 dias, contados da intimação da penhora (Art. 738, I); os embargos do devedor, na ação executiva, de prestação de alimentos, não perdem sua eficácia de suspensão; apenas se permite, a despeito disso, que se levante, mensalmente a quantia das prestações alimentícias.

Continua o badalado jurista,

que também refere, que conforme decidiu o TJPR, mesmo sendo execução provisória de sentença em ação de alimentos o levantamento independe de caução, pois são irrestituíveis, sendo descabida sua exigência⁹³.

Estando o juízo seguro através do ato da penhora ocorrendo a intimação do executado, poderá o Executado opor-se a pretensão do credor através dos embargos a execução, devendo alegar os motivos descrito no artigo 741 do Código de Processo Civil e seguintes, com as alterações da lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005, dentre os quais o motivo de excesso de execução.

Excesso com base no erro material cometido na fase de liquidação do débito, em valor conhecido por conta devidamente homologada; como também em erro material que se configura pela utilização dos meios inidôneos, configurando o título executório com dados irreais: é possível discutir o fundamento assim invocando, diante da ausência de preclusão e antijuridicidade de execução que sabiamente agrega parcelas indevidas.⁹⁴

Conforme já dito, seguro o juízo através da penhora recebidos os embargos, o processamento é o mesmo das outras execuções em nenhuma particularidade ao processo de família, sendo o próximo ato processual a intimação da parte contrária para impugnar a matéria deduzida pelo embargante,

⁹³ Cahali, Yussef, *Dos alimentos*, editora Revista dos Tribunais, p. 1022, São Paulo, 1988

⁹⁴ Cahali, Yussef, *Dos alimentos*, editora Revista dos Tribunais, p. 1029, São Paulo, 1988

designando em ato contínuo ao recebimento da impugnação o magistrado audiência para o caso de instrução e julgamento, quando da necessidade de produção de provas testemunhais e depoimentos das partes, mas quando o julgamento versar em provas exclusivamente materiais sem a necessidade de produção prova oral, estando o processo em ordem poderá o juiz julgar a demanda devendo ser prolatada no prazo de 10 dias.

O ato pelo qual o juiz julga o processo e termo a demanda é sentença, nos termos do artigo 162 do Código de Processo Civil, portanto o recurso cabível é Apelação, e ainda Embargos de Declaração para aclarar a obscuridade e contrariedade se houver na sentença.

Não acolhidos os embargos decorrido o prazo do recurso de apelação, sendo a sentença ratificada por órgão hierarquicamente superior, o bem penhorado é avaliado judicialmente para posteriormente ser levado a hasta publica para ser vendido inicialmente, ou não havendo compradores poderá ser adjudicado pelo credor pelo valor de seu credito. Havendo diferenças entre o crédito e o débito, deverá o credor realizar a complementação do valor para a adjudicação do bem ou ainda ocorrer nova penhora para a garantia dos valores que não foram cobertos pela penhora do bem.

Assim uma pequena introdução em relação ao processamento do feito e das possibilidades dos embargos do devedor, passaremos a analisar a possibilidade da arguição da exceção de pré-executividade nas dívidas alimentares.

4.4.2 Exceção de Pré-executividade na execução alimentar por expropriação de bens.

Conforme se destacou sobre execução por quantia certa de débito alimentar, salientou-se que esse merece especial atenção e celeridade, uma vez que os alimentos são a garantia e sustentação da própria existência dos credores alimentares. Nosso sistema na modelo que está não é garantidor de celeridade e efetividade nos comandos jurisdicionais ante a lentidão nas decisões surtam um efeito aos jurisdicionados, tornando-se os processos de execução alimentar como se fossem um crédito sem uma origem tão essencial a vida humana os alimentos.

Nesses termos pergunta-se: Poderia o executado defender-se através da exceção de pré-executividade em cobrança de créditos alimentares?

Seria possível seu recebimento pelo magistrado e processamento diante da cobrança de créditos alimentares?

Como qualquer outro tipo de execução a execução de débito alimentar necessita inicialmente de um título líquido, certo e exigível, para a distribuição da ação e seu prosseguimento corretamente, e ainda a comprovação de inadimplência do devedor para então estando presente os pressupostos de admissibilidade de qualquer execução possibilitar seu regular desenvolvimento.

Assim, a inexistência de tais pressupostos de admissibilidade das ações de execução, mesmo sendo ação de execução de débito alimentar, ou algum tipo de nulidade permitem como manejo do executado a defesa através da exceção de pré-executividade, certamente antes da penhora e constrição de bens do executado. Abusiva e ilegal seria a penhora e constrição de bens do devedor decorrente de uma irregular ação de execução para somente em sede de embargos poder alegar e demonstrar as irregularidades do procedimento.

Aguardando o executado que seu patrimônio sofra restrições através da penhora ou do depósito, para somente então poder o executado defender-se através dos embargos a execução seria além de ilegal e abusivo um ato de extrema injustiça ao devedor, pois poderia o devedor necessitar de seu patrimônio livre e desembaraçado e o ato de constrição judicial limitaria o uso do patrimônio do devedor, sendo dessa forma possivelmente possível a interposição da exceção de pré-executividade na cobrança de débitos alimentares.

A proibição de penhora de bens descritos na Lei 8.009/90, poderia não ser obedecido pelo credor, e deferido pelo magistrado que mesmo sem a observância da Lei manda penhorar e restringir o patrimônio do executado, podendo se não observado a descrição da Lei ser penhorado bens do devedor com a proteção da Lei, como a própria casa de moradia. Nosso sistema processual de processos de execução, manda o devedor pagar o valor da dívida apontada, ou oferecer bens a penhora sob pena de não o fazendo será penhorado tantos bens que bastem para a garantia da execução. Dessa forma tratando-se de uma

execução irregular poderia desde o início da malfadada execução, ser argüida a exceção de pré-executividade para a defesa do executado.

Contudo, para o recebimento de tal defesa é necessário que sejam observados os requisitos de admissibilidade de tal defesa, da mesma maneira que se processa os embargos devedor deverão ser observados os requisitos e possibilidade da interposição da exceção de pré-executividade, para que através da interposição da defesa por parte do executado não traga ao exeqüente a maior injustiça de todas em processos de execução de débitos alimentares o grande lapso temporal das demandas, trazendo ao a falta de efetividade dos mandamentos judiciais. Deve-se averiguar na interposição da exceção a boa-fé do executado e suas considerações na interposição de sua defesa.

Igualmente aqueles que se defendem nos processos de execução através dos embargos a execução e são considerados como litigantes de má-fé por sua defesa contraria a Lei, ao autor da exceção de pré-executividade também deverá ser penalizado como litigante de má-fé sofrendo todas as penalidades contidas na Lei em seus artigos 14 ao 20 do Código de Processo Civil, devendo ser condenado a pagar multa, indenizar a parte contraria pelos prejuízos que cometeu pagando honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

A nosso ver, parece-nos perfeitamente cabível a exceção de pré-executividade como meio de defesa do executado em ações de execução de credito alimentar baseado na expropriação de bens. Devendo ser observado pelo magistrado que recebe os recebe se tal defesa não esta a permitir uma defesa ao

executado impondo ao exeqüente irregularidades como a litigância de má-fé por parte do devedor, como um meio tumultuar o normal andamento do feito.

Sobre a possibilidade da defesa do executado através da exceção de pré-executividade na execução de alimentos sob a coação pessoal, naquela em que o inadimplemento dos alimentos ameaça o devedor com a prisão civil, no intuito de obriga-lo a saldar o débito, em conformidade com o artigo 733 do Código de Processo Civil, é o que veremos adiante.

4.5. EXECUÇÃO DE VERBA ALIMENTAR ATRAVÉS DA AMEAÇA DE PRISÃO CIVIL

Nossa legislação infra-constitucional através dos artigos 18 e 19 da Lei 5.478/68, bem como o artigo 733 do Código de Processo Civil, consubstanciados no Lei Máxima descrito no artigo 5º, inciso LXVII, prevêm a possibilidade de aplicação de pena restritiva de liberdade por dívida de alimentos conforme nossa legislação vigente.

Não iremos adentrar na discussão da aplicação de prisão civil por dívida alimentar, pois entendemos ser perfeitamente possível e na maioria das vezes o único modo de recebimento por parte do credor de valores alimentares,

quando a execução é procedida através do rito processual no qual impõem o devedor a possibilidade de prisão civil.

Como defende CAHALI, *“meio executivo de finalidade econômica; prende-se o executado, não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forca-lo’, indiretamente a pagar, supondo que tenha mios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão ou readquirir sua liberdade”*⁹⁵

Assim conforme leciona o mesmo autor, não obstante o artigo 733 do Código de Processo Civil, trazer duas vezes a expressão *pena* de prisão, de pena não se trata, uma vez que quando é decretada, é com o intuito único de conseguinte, a prisão civil é meio de experimentar a má vontade do executado, quando esse procura ocultar o que possui para esquivar-se de sua responsabilidade.

A coação pessoal para o recebimento da verba alimentar é o único meio na grande maioria dos casos do recebimento dos valores devidos pelo credor, pois é a única forma de coagir o devedor a pagar o que deve, ante a falta de responsabilidade com suas obrigações.

Tal posicionamento é defendido pela mais respeitada doutrina, como Marmitt⁹⁶, Cruz⁹⁷, Cahali⁹⁸. Tais doutrinadores retratam a preocupação que possuem com o lastro de garantias que vem sendo proporcionadas ao devedor de

⁹⁵ Cahali, Youssef Said, 1998, p. 1050.

⁹⁶ Marmitt, Arnaldo. Pensão Alimentícia, 2ª edição Rio de Janeiro, Editora Aide 1999.

⁹⁷ Cruz, João Claudino de Oliveira, Dos alimentos no Direito de Família, Rio de Janeiro/São Paulo, editora Forense 1961.

⁹⁸ Cahali, Youssef Said, op. Cit. 1998.

alimentos, normalmente em detrimento do credor que necessita deles para assegurar sua sobrevivência.

Como a própria lei determina para a fixação da obrigação alimentar é necessário que sejam atendidos os requisitos do binômio possibilidade de quem os paga, e a necessidade de quem os recebe, devendo ser fixados os alimentos sob tal óptica. Nessa feita se não houvesse no nosso sistema a possibilidade de coação pessoal de débitos alimentares certamente não haveria o pagamento de tais débitos. Na maioria das vezes a inadimplência não decorre da impossibilidade do não pagamento, mas sim de desavenças familiares entre o credor e o devedor servem de motivos para o não pagamento das quantias devidas.

Atualmente as cobranças de dívidas alimentares são por aqueles que não dispõem de condições de auto-sustentar-se. Para aqueles que recebem as quantias são poucas, para aqueles que pagam os valores são astronômicos. Não somente nas famílias tidas de baixa-renda em todas as classes sociais impõe esse dificuldade para as execuções alimentares. Nesse sentido estando à verba alimentar sido fixada e possuindo o devedor dificuldade financeira para honrar seus compromissos, deverá o devedor ingressar com a competente ação para exonerar-se ou revisar sua obrigação alimentar.

Por esses motivos, deve ser analisada a situação onde se encontram inseridos o devedor e o credor, observando-se, principalmente, se o devedor é um devedor contumaz ou apenas deixou de adimplir o débito. O parcelamento do parece ser uma boa forma de solucionar o impasse, quando se tratar de inadimplemento involuntário. No entanto verificando que se trata de um devedor

cotidiano, um acordo para o parcelamento da dívida não deveria ser deferido ao devedor.

Outra forma de pagamento além da coação pessoal do devedor seria que, no momento da citação do devedor fossem elencados todos os bens materiais que possuir o devedor, restringindo dessa forma seu patrimônio enumerando-os para a satisfação do credor. O grande impasse nessa forma de citação de coação pessoal com a constrição de bens é se o devedor não possuir bens e ainda não tiver renda fixa? Qual seria a solução a seguir? O débito certamente não será saldado.

A única forma de recebimento de valores de débito alimentar, quando estão sendo cobrados aqueles que não possuem renda fixa, para o desconto em folha de pagamento, não tiver bens passíveis de penhora e constrição o único meio de recebimento dos valores apontados certamente será a execução de alimentos descrita no artigo 733 do Código de Processo Civil e dos artigos 18 e 19 da Lei 5.478/68.

Dessa forma, se impossibilitado ao filho o direito de executar alimentos sob a ameaça de coerção pessoal, deixará de receber o que lhe é devido. Não podemos nos esquecer que para aqueles que estão em débito alimentar em decorrência de algo imprevisto alheio a sua vontade como a perda do emprego, uma doença incapacitadora para o exercício de suas atividades a Lei proporciona a esses devedores a possibilidade de demonstrar tal infortúnio através da justificativa, não qual sendo aceita tal justificativa não lhe será decretada a prisão civil diante das análises trazidas aos autos do processo, o que será observado o devido processo legal, ampla defesa e o contraditório.

Atualmente a permanência da prisão civil ante a falta de pagamento dos débitos alimentares é de boa ordem ao sistema processual, pois é a única forma de coação para o adimplemento dos débitos alimentares devidos aos necessitados que na maioria das vezes não conseguem impor aos devedores a sua necessidade no recebimento de tais valores.

4.5.1. Do processamento do feito

O processamento de execução da verba alimentar com a possibilidade de coação pessoal deve ser rigoroso e formal, pois estamos diante de dois direitos de suma importância e fundamentais aos litigantes: a vida representada pelos alimentos; e a liberdade através da coação pessoal, tudo isso devendo ser processo de forma célere ante as circunstâncias exigidas pelo feito, sendo seus prazo de defesa mais curtos e o tema da defesa restrito ao disposto no artigo 733 do Código De Processo Civil.

Dessa forma quando ajuizada a execução de alimentos alicerçada na coação pessoal é o devedor citado, para em três dias adimplir o débito demonstrar que já o fez ou justificar o não pagamento dos valores apontados sob a ameaça da prisão civil, ficando dessa forma restrita a defesa do executado nesses termos:

a) pagamento: para liberar-se da cobrança e da coação pessoal deverá o devedor pagar a integralidade do débito alimentar, que poderá ter sido feito diretamente ao credor ou ao seu representante legal devendo contudo comprovar tal pagamento através de recibos ou outro meio legal de comprovação, com depósito bancário, guias judiciais.

Feito o pagamento, conseguindo o devedor comprovar a quitação do débito apontado, devesse o devedor fazê-lo em juízo comprovando a quitação dos valores, no qual o juiz determinara a extinção do feito uma vez que os valores apontados como não pagos foram devidamente quitados em época oportuna. Ainda poderá conforme já mencionado anteriormente ser acordo para o parcelamento do débito, devendo tal acordo ser homologado pelo juízo extinguindo-se o feito.

b) comprovação do adimplemento do débito anterior ao ajuizamento da ação de execução: se distribuída ação de execução de débito alimentar e o referido débito já estiver pago, devesse o executado comprovar no processo através de seu procurador e com os referidos comprovantes de pagamento. Comprovada a inexistência da dívida devido ao pagamento, a prisão civil deixa de ser decretada, comprovando-se a má-fé do credor em receber em duplicidade valores já pagos poderá o credor ser condenado como litigante de má-fé naquilo em que exceder ou cobrar irregularmente nos termos da legislação processual descritos nos artigos 17 e 574 e da lei material em seu artigo 939.

c) Da Justificativa: ultima oportunidade para o devedor defender-se no processo de execução alimentar é justificar a inadimplência do débito alimentar, também no prazo preclusivo de três dias. O devedor somente poderá alegar a impossibilidade temporária de inadimplemento de verba alimentar uma vez que a impossibilidade definitiva deve ser objeto de ação própria de revisional ou exoneração alimentar, não cabendo ao juiz da execução tais observações.

Como toda a alegação processual feita no sistema brasileiro a justificativa deve vir acompanhada de provas da impossibilidade momentânea do não pagamento, tidas por doutrinadores e pela jurisprudência como autorizadores do não pagamento momentâneo do débito alimentar tais como o desemprego, a aparição de moléstia.

A justificativa sempre será da impossibilidade do não pagamento e com tais elementos devesse o magistrado reconhecer a impossibilidade momentânea ou não do não pagamento dos valores executados, por dificuldades todos passam o que se deve ter como subsídio para o reconhecimento ou não da justificativa são os novos elementos que o executado trouxe aos autos do processo.

Ao nosso entender nem mesmo a falta de emprego estável é uma justificativa que poderá ser aceita para acolher a pretensão do devedor em não pagar os valores devidos, entendemos que a única justificativa que deverá ser aceita pelo magistrado e reconhecida a impossibilidade do não pagamento é a doença grave que acometeu o devedor que não é funcionário registrado ou tem remuneração fixa e estável, somente deverá atingir aquele trabalhador autônomo.

Conforme dito acima como o ônus da prova incumbe aquele que alega para que tal justificativa seja reconhecida e aceita deverá o devedor provar que a doença que o acomete é grave através de exames clínicos feito por médicos especializados ou pelo próprio perito judicial.

Portanto, aquele devedor que nunca cumpriu com as suas obrigações corretamente a justificativa não poderá ser reconhecida, ou certamente com a apresentação da justificativa novos prazos e longa demora até a efetividade jurisdicional impediram que o exeqüente receba o que lhe é devido em prazo razoável.

4.5.2. Da defesa do Executado

Como vimos acima em se tratando de execução de alimentos sob coação pessoal o devedor é citado para pagar o débito, demonstrar que já o fez ou justificar, vimos que a defesa é limitada, e o prazo fatal opera-se em três dias a contar da juntada da citação do devedor nos autos do processo de execução.

Apresentada no prazo fatal de três dias a defesa é dirigida ao juiz da execução, que ao analisar a defesa do executado ou a comprovação de pagamento deverá ater-se as pretensões devidamente instruídas pelo devedor. Não sendo aceita a pretensão do executado poderá o magistrado de plano decretar a prisão

civil do devedor. Conforme já narramos a fim de instrumentalizar o processo de execução em algo hábil para a pacificação social entendemos que poderá o próprio juiz da execução analisar proposta de parcelamento de débito apontado, dando-se vista de tal pedido ao credor para a sua concordância ou não do pedido feito.

Como a celeridade de supressão de fases que são princípios norteadores do processo de execução de débito alimentar a justificativa é suma'ria, apontando os fatos de impossibilidade do não pagamento pelo devedor. Toda e qualquer discussão de exoneração ou revisão dos alimentos devidos não poderão ser objeto de justificativa na ação de execução de débito alimentar, devendo o devedor utilizar de ação própria para esses pedidos. A impossibilidade deve ser dita e comprovada pelo devedor se não puder pagar de modo que não deve o magistrado decretar a prisão do devedor ante a apresentação de uma justificativa válida e no tempo hábil.

A redução da carga de trabalho, a despedida de um emprego que mantinha demonstra a diminuição parcial e significativa de sua renda, podendo possibilitar inclusive o aforamento de ação revisional de alimentos com o objetivo de minorar sua contribuição alimentar, mas tudo isso não é uma justificativa do não pagamento dos débitos alimentares, pois o credor tem suas necessidades básicas diárias e com justificativas não conseguira sua própria sobrevivência.

A única justificativa ao nosso ver que não sendo o devedor trabalhador beneficiário de previdência social ou previdência privada, que poderá inibir a prisão civil do mesmo é a doença grave devidamente comprovada.

Havendo algo que o impossibilite de não ter rendimentos, não poderá o magistrado decretar a prisão civil com tais argumentos comprovados. É certo que o credor necessite do pensionamento alimentar, contudo o devedor também necessitaria de rendimentos para o seu próprio sustento.

O desemprego total ou parcial, e a doença são situações cuja solução não depende da vontade do devedor, podendo perdurar por meses contra a vontade do devedor, assim se justificada a impossibilidade de pagamento por qualquer um daqueles motivos, a situação poderia se alastrar por muito tempo, ficando o credor desprovido dos alimentos tão importantes para a sua sobrevivência.

A maneira mais eficaz de equalizar a necessidade do credor e a possibilidade do devedor seria o manejo de uma ação própria para a adequação da verba alimentar exonerando o devedor ou apenas com uma revisional de alimentos a fim de proporcionar a possibilidade do adimplemento corretamente por parte do devedor. Se houve alguma redução na capacidade contributiva do devedor, deverá haver por parte do credor uma utilização racional dos alimentos recebidos, enquadrando-se na nova realidade que se apresenta.

Acolhida a justificativa pode a execução ser suspensa até que o devedor restabeleça suas condições financeiras ou de saúde, podendo a execução se extinta diante da justificativa apresentada, podendo, contudo ocorrer novo ajuizamento de ação de execução de verba alimentar, desde que exista débito a ser cobrado.

Depois de discutir a execução sob ameaça de coação pessoal, cabe a discussão da possibilidade ou não da interposição da exceção de pré-

executividade em execuções nulas, com o rito processual do Artigo 733 do Código de Processo Civil, é o que se passa a discutir.

4.6. DA POSSIBILIDADE DE DEFESA ATRAVÉS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO PROCESSADA PELO RITO DO ARTIGO 733 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As defesas do Executado em ações de alimentos processadas pelo rito processual do artigo 733 do Código de Processo Civil, como já vimos são a comprovação do pagamento, o pagamento integral do débito apontado e a justificativa da impossibilidade de não pagar os valores apresentados no prazo preclusivo de três dias.

Contudo até agora trabalhamos com a possibilidade de execução alimentar válida. Mas e se a execução for nula? Qual seria a defesa do executado? O prazo para sua defesa será o mesmo prazo de três dias?

Essas e outras questões se colocam, mas a resposta nos parece clara para o executado que poderá defender-se através da exceção de pré-executividade.

Deverá o executado demonstrar claramente as nulidades que se apresentam no processo, que por si só impedem o seu regular desenvolvimento, demonstrando a nulidade que deveria ter sido declarada de ofício pelo juiz no recebimento da petição de cobrança ato esse não realizado.

As ações que buscam tutelas jurisdicionais do estado com a maior urgência possível são as ações que versem sobre interesses da família, e ação que visa o cumprimento de determinada ordem judicial sob a coação pessoal processam-se com extrema urgência, nesses casos são limitadas as possibilidades de defesas processuais ante ao procedimento célere que se busca.

Na verdade de acordo com o já estudado, a permissão legal para o executado interpor a exceção de pré-executividade, vem calcada em nulidades que se apresentam no processo podendo perfeitamente o executado socorrer-se da exceção como meio de defesa hábil ante ao irregular processo que se apresenta.

Exemplo disso seria a cobrança judicial de alimentos que decorrem de uma sentença judicial. Posteriormente tal sentença é revisitada⁹⁹ e modificada alterando-se os valores descritos inicialmente. Surge uma ação de alimentos calcada na fixação dos alimentos em decorrência daquela primeira sentença, que já foram modificadas pela ação revisional. Mesmo erroneamente sendo distribuída a ação de execução de alimentos proposta em judicial no qual já houve mudança da fixação, a citação do devedor nesse caso será nos termos do artigo 733 do Código de Processo Civil, para pagar os valores, comprovar o pagamento ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

O magistrado que recebe a ação de cobrança dos alimentos baseado na primeira sentença judicial, não percebe o erro e manda citar o devedor. Esse por sua vez só terá três formas de defender-se, para pagar os valores, comprovar o

⁹⁹ Wambier, Teresa Arruda Alvim, *O dogma da coisa julgada*, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

pagamento ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, tudo isso no prazo preclusivo de três dias.

Aqui nesse exemplo a exceção de pré-executividade é a melhor defesa do executado, uma vez que não possui motivos para justificar o inadimplemento, pois não se justifica o não pagamento de débito não existente. Da mesma forma não poderia prosseguir a demanda por falta de interesse de agir do exeqüente.

4.7. CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Pouco utilizado nas demandas que versem sobre prestações alimentares, entende-se que a exceção de pré-executividade é cabível, e em casos bem particulares, pois necessário que haja para a interposição da defesa algum tipo de nulidade que vicie todo o processo de execução de débito alimentar, sempre observando a boa-fé processual das partes e do executado na interposição, sendo responsável por atos que pratique que sejam considerados como procrastinatórios para pagar aquilo que realmente se deve.

Não se deseja a prisão civil do devedor de alimentos, contudo mostra-se a única maneira possível do credor em receber aquilo que lhe é devido. Mas também não se quer mostrar aos maus pagadores uma nova modalidade de defesa, mas sim uma modalidade de defesa daqueles processos viciados que eivados de

nulidades processuais. Nulidades processuais são de ordem publica, norma cogente que atinge a todos e deve ser reparado de ofício pelo juiz, não o fazendo de ofício poderá ser argüida pelo réu através da exceção de pré-executividade.

Se bem utilizada a exceção de pré-executividade será mais uma garantia de que o devido processo legal ocorra sem riscos às partes envolvidas na demanda. Os legítimos devedores devem ser compelidos ao pagamento, mas primeiramente é necessário que ocorra dentro de um processo legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela estatal deve realizar os direitos dos cidadãos e o princípio do acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal, constitui a principal garantia da satisfação destes direitos visando à realização dos fins do Estado.

Logo, essa realidade normativa impõe a construção de procedimentos adequados às peculiaridades do direito material, bem como, a materialização de ações fáticas no sentido de se observar o fundamento da República, qual seja, a dignidade humana, nos exatos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Nesta linha, no âmbito da atuação do Poder jurisdicional, a consagração deste fundamento enseja a releitura de vários conceitos tidos como estanques a fim de ensejar a inclusão social com base nos valores do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, “não raras vezes, as codificações se apresentam desvinculadas da realidade social, ocasionando uma ‘ditadura normativa’ assistemática, incompatível com a teoria do ordenamento jurídico.”

Dentre os vários obstáculos ao acesso à justiça, ostenta relevância a confusão entre as categorias da ilicitude e do ressarcimento e sua projeção sobre a efetividade da tutela dos direitos, impondo, no âmbito das ações fáticas dos operadores do direito, a necessidade de se isolar uma tutela em face do ilícito, independentemente da ocorrência de dano.

Por esta razão, dentre outras, a maioria dos civilistas sempre sustentaram que o ato ilícito só interessa ao direito sob a ótica do dano, portanto, da reparação.

Com efeito, trata-se de institutos jurídicos independentes, em relação aos quais é perfeitamente possível identificar modalidades autônomas de tutela.¹⁰⁰ Destarte, a sanção privada sempre se restringiu ao ressarcimento pela responsabilidade civil. Essa, porém, não é uma tutela inerente aos direitos da personalidade, tampouco se revela adequada a propiciar-lhes a devida garantia.¹⁰¹

¹⁰⁰ “A falta de tal sistemática deve-se a deficiência de base em lógica contemporânea, no que essa alcançou de estudo da estrutura dos sistemas lógicos, por parte dos juristas, quase sempre de cultura formada em filosofias e lógicas superadas e deficitárias.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. tomo 9. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 21-22).

¹⁰¹ “Tem-se descurado o estudo dos deveres das pessoas em geral. Falando-se de reparação, por exemplo, e de outras espécies de responsabilidade, toma-se o suporte fático e a regra jurídica, para se apontar o fato ilícito, sem se remontar ao passado. Essa atitude, só no presente, cinde a realidade e corta, temporalmente, o mundo jurídico, impedindo a visão do que estava antes do que se reputou suporte fático. E é dela que deriva o não se haver explorado o campo, v.g., dos direitos da personalidade. A reparação do dano e as sanções penais, caducificantes, estão ao lado da reintegração, como os modos mais adequados à realização do direito objetivo (isto é, à atividade do Estado, para que a aplicação, ou atendimento, seja igual à incidência).” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000. p. 482-486).

Portanto, diante das peculiaridades dos direitos extra-patrimoniais que por sua natureza não têm equivalente em pecúnia, não há como olvidar a impossibilidade de serem tutelados através da técnica ressarcitória pelo equivalente monetário, evidenciando-se, por consequência, que o mais importante que reparar o dano é evitar ou eliminar o ilícito que pode provocá-lo.

Frise-se, por consequência, a necessidade de se reconhecer tutelas específicas aderentes às diversas situações de direito material, pois, a reparação visa restaurar a situação patrimonial anterior do prejudicado sem levar em consideração a natureza do direito violado, privilegiando a técnica ressarcitória pelo equivalente, cuja sentença atua voltada ao passado.

A tutela que se preocupa com a recomposição do bem jurídico ofendido não é tutela do equivalente patrimonial monetário; ao contrário, caracteriza-se como uma tutela que visa o bem na forma específica e não um *quantum* aferido a título de perdas e danos.

Logo, como a tutela específica não se confunde com a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, esta não é o meio hábil a recompor o bem jurídico ofendido, a não ser que seja prestada na forma específica.

Assim, “quando se diz que não há ilícito sem dano, identifica-se o ato *contra ius* com aquela que é a sua normal consequência e isso ocorre apenas porque o dano é o sintoma sensível da violação da norma. A confusão entre o ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ilícito e o dano subsiste freqüentemente uma

contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda que no plano lógico.”¹⁰²

Portanto, a tutela estatal que se preocupa somente com o dano, além de ficar restrita à tutela ressarcitória, não se apresenta adequada às reais necessidades no plano do direito material, pois, nas hipóteses de ilícito sem dano a tutela ressarcitória seria ineficaz e, portanto, imprestável.

Frise-se que Limongi França já alertara acerca da importância da tutela específica liminar para a efetividade da tutela dos direitos de cunho não patrimonial, notadamente os direitos da personalidade, demonstrando, assim, as anomias do sistema.¹⁰³

Sendo assim, o sistema processual clássico, ao mostrar-se incapaz de permitir uma tutela que previna o ilícito (preventiva) ou que o remova (repressiva na espécie reintegratória), limitando-se a reparar o dano (repressiva na forma ressarcitória), refletia a vetusta ideologia de que a única forma de tutela contra o ilícito consistia na reparação do dano, o que significava dizer que o ilícito não podia ser evitado ou removido independentemente da ocorrência de dano.

Logo, a tutela do ser humano não se satisfaz com a tutela ressarcitória, exigindo, ao contrário, uma tutela eminentemente preventiva, de forma a ser

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela específica... p. 25.

¹⁰³ “A necessidade da proteção liminar dos direitos pessoais demonstrou a impropriedade, para esse fim, do uso dos interditos possessórios, bem como do mandado de segurança. A mesma impropriedade concerne às atuais medidas cautelares, mesmo em face das distorções que se lhes têm querido emprestar com a definição das assim chamadas ‘medidas satisfativas’ e outras. Na verdade, por mais que se tenham esforçado os doutos em preencher lacunas por essa via, o fato é que, se, de um lado, medidas cautelares são, em princípio, preparatórias e acessórias de ações principais, do outro, dada a sua utilização delimitada, não são de molde a atender à vasta necessidade de proteção liminar dos Direitos da Personalidade.” (FRANÇA, Limongi R. Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 567, p. 09-16, jan. 1983).

instrumentalizada diante da ameaça de ofensa aos direitos fundamentais dos cidadãos, ou uma tutela reintegratória que permita a remoção do ilícito, sobretudo no que tange aos direitos de conteúdo não patrimonial, à luz da dignidade da pessoa humana.

Gustavo Tepedino observa que o debate em torno do objeto dos direitos da personalidade

“ressente-se da preocupação exasperada da doutrina em buscar um objeto de direito que fosse externo ao sujeito, tendo em conta a dogmática construída para os direitos patrimoniais.

Em outras palavras, a própria validade da categoria parecia depender da individuação de um bem jurídico – elemento objetivo da relação jurídica – que não se confundisse com a pessoa humana – elemento subjetivo da relação jurídica -, já que as utilidades sobre as quais incidem os interesses patrimoniais do indivíduo, em particular no direito dominial, lhe são sempre exteriores.

Assim é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda atividade econômica a novos critérios de validade.”¹⁰⁴

Paralelamente, a evolução da ciência processual, sobretudo no que tange à instrumentalidade do processo, através da predisposição de procedimentos aptos a veicular tutelas elaboradas à luz das necessidades das diversas situações de direito material, traduz a incessante busca da efetividade e utilidade das decisões judiciais.

Com efeito, a notável valorização que se deu à busca da tutela específica está demonstrada, sobretudo, nos dispositivos que conferiram ao juiz uma espécie de poder executório genérico, habilitando-o a utilizar, inclusive de

ofício, além dos mecanismos nominados no artigo 461, parágrafos 4º e 5º, do Código de Processo Civil, outros mecanismos de coerção ou de sub-rogação inominados que sejam aptos a induzir ou a produzir a entrega *in natura* da prestação devida ou o resultado prático equivalente.¹⁰⁵

Nesta linha, é inolvidável que o mecanismo da tutela específica, à luz proteção, permite a construção de procedimentos adequados às peculiaridades do direito material.

Logo, há necessidade de analisarmos as mutações do ordenamento jurídico através do método interdisciplinar, tarefa que não se revela fácil, mas que traduz o caminho a ser palmilhado pelo jurista preocupado com o confinamento teórico e científico do Direito.

Trata-se de uma visão do processo como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais à luz do dever de proteção do Estado, cuja exigência de procedimentos adequados à tutela dos direitos traduz o reflexo da tomada de consciência de que os direitos precisam ser tutelados na forma específica, pois a Constituição Federal, fundada na dignidade humana, não só garante uma série de direitos não patrimoniais, como afirma, expressamente, o direito ao acesso à justiça.

Enfim, aspira-se uma realidade normativa permeada de ações fáticas que traduzam um processo voltado mais para o ‘ser’ que para o ‘ter’. Tais ações somente serão materializadas após uma profunda reforma ideológica dos

¹⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 23-54.

operadores do direito que caracterizará a quinta onda renovatória da fase instrumentalista da ciência processual.

Não só as constantes inovações processuais podem traduzir aos litigantes uma efetividade pretendida. O sistema processual não suprirá somente através de Leis específicas para cada procedimento a pretensão substancial dos litigantes, necessário uma integração em todo o sistema processual adequando-se as necessidades diárias.

Vimos inicialmente que toda a sociedade era mais simples, os atos de imposição entre duas pretensões resolviam-se pela imposição do mais forte, através de autocomposição e da autotutela. Atualmente tais imposições não se mostram mais eficazes e muito menos aceita.

Feita uma pequena análise da Família, sua formação, constituição e seus membros desde a mais remota instituição reconhecida como família até os dias atuais.

Poderíamos ter sido análise de estudos tão somente as tutelas diferenciadas, no qual iríamos fazer um capítulo das tutelas processuais, mas não foi nossa intenção. Aboliu-se um capítulo referente a descrição de formas de tutelas para que o trabalho não ficasse extenso, narrando as formas de tutelas protetivas do Estado especificamente em dois capítulos, como da Ação Monitoria e da Exceção de Pré-Executividade.

Foi abordado dessa maneira e restringido o estudo, voltado para o direito de família e dessas duas tutelas devido a falta de efetividade nos atos

¹⁰⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer. In:

judiciais decorrentes dos processos de família. Ou porque, se dá muita proteção judicial a uma das partes dos processos, ou porque essa proteção não ocorre. O importante das tutelas, do poder geral de cautela que tenha efetividade e tal efetividade nunca haverá em processos que perduram durante anos sem que haja a proteção pretendida.

Necessário, que inicialmente as pretensões sejam resolvidas e discutidas por pessoas capazes de dirimir conflitos, contudo o ato inicial de conhecimento da pretensão é a citação. Citação que traz o conhecimento da demanda é ato formal que necessita de requisitos para a sua validade.

Diversas formas de citação pode ser realizada no sistema pátrio, e não há impedimentos do ato citatório nos processos de família podendo ocorrer das formas previstas no Código de Processo Civil, real ou ficta.

Temos que, para o efetivo conhecimento da demanda necessário que seja realizada a citação de forma válida, sua não realização é causa de inexistência processual, e a não obediência da sua forma a ser realizada é causa de nulidade, nulidade essa que será absoluta.

Interessante que na realização da citação ficta será ato válido se preenchido seus requisitos formais, contudo quando a parte não é beneficiária da gratuidade da Lei deverá realizar o ato de citação fictícia, despendendo elevada quantia para a publicação em mídia local de preferência no local da residência do réu, tudo isso por no mínimo duas vezes.

Quando a parte é beneficiária da gratuidade da Lei o Estado será compelido diante da Lei processual que a publicação se realize uma única vez. A intenção de tal ato é dar ciência as partes, para que o processo seja um meio eficaz de solução dos conflitos, contudo o próprio estado se abstém de realizar o ator com a sua maior finalidade de todas que é de ciência. Mas realizado o ato será iniciado o processo.

No capítulo da Ação Monitoria, vimos que a mesma pode ser considerada diferenciada, pois tem sua abrangência específica, e modelada exclusivamente para específicas situações materiais, pois para o seu acionamento necessário que o Autor da demanda tenha prova escrita, e não inicio de prova escrita para então iniciar a demanda.

Desta feita, para a admissibilidade da monitória, é imprescindível a existência de um documento que retrate a obrigação por ele assumida. Se o documento for emanado unilateralmente pelo devedor, dará maior segurança ao jurisdicionado, ao deferir a expedição do mandado de citação. No entanto, se emanado unilateralmente pelo credor, e estiver desacompanhado de provas suplementares que comprovem o débito, será impossível dar-lhe eficácia de título executivo, pois encontra-se desprovido de certeza, indícios de veracidade e principalmente do consentimento expresso do devedor.

Diante disso pretendemos aumentar os estudos e a utilização do procedimento monitório nos processos de família. O grande passo a se dar é sair do campo obrigacional, onde todos os estudos da referida ação estão localizados, com a possibilidade da utilização desse procedimento no processo familiar, que

trata de ações personalíssimas, sempre sendo vigiado por normas cogentes que não admitem transações ou negociatas, qual seria a validade da ação monitoria nos processos de Família?

Seria possível a impetração do procedimento monitorio nos processos de família quando inexistente título judicial que embasse a execução judicial?

Evidencia-se a possibilidade do manejo da Ação Monitoria no Direito de Família, uma vez que os direitos personalíssimos, bem como as normas cogentes que fazem parte de seu conteúdo, não sofrem qualquer ataque pela escolha daquele procedimento que visa tão somente alcançar seu crédito de maneira mais rápida e ágil evitando dessa forma os problemas de custo e demora do processo de conhecimento.

Afirmamos da possibilidade do manejo da Ação Monitoria para o recebimento de verbas alimentares, assim a seguinte questão se impõe, e as verbas alimentares inadimplidas e prescritas, podem ser cobradas via ação Monitoria?

No atual sistema do *codex* civil o direito a alimentos é imprescritível sendo que somente prescreve em dois anos nos termos do Artigo 206 do Código Civil, a possibilidade da execução das prestações alimentícias em atraso, nesses termos o Artigo 23 da Lei de Alimentos ressalta que a prescrição referida alcançara' as prestações, mas não o direito aos alimentos, e nesses termos devera ser observado que decorrido prazo legal para execução de verba alimentar, poderá ser proposta a ação monitoria.

Um título prescrito para o processo de execução poderá ser objeto de ação monitoria, nos termos da legislação vigente, mesmo após o advento da Lei

11.232 de 22 de dezembro de 2005, no qual alterou o sistema de execução do procedimento monitorio, dispensando a citação do Réu impondo tão somente a intimação através de órgãos oficiais.

Igualmente poderemos falar em ação de alimentos prescrita para o exercício do processo de execução, sendo líquido e certo, pôr não exigível através de um processo de execução, conseqüentemente poderá ser objeto do processo monitorio.

Há no sistema atual formas de execução dos créditos alimentares descrito nos artigos 732 e 733 do Código de Processo Civil, são formas de compelir o devedor rápidas que permitem uma satisfação ao credor de forma pouco onerosa. Contudo há limites temporais para as execuções descritas, a exemplo do Artigo 733 do Código de Processo Civil que ameaça a prisão civil do devedor em caso de não pagamento após a citação, em prazo fixado no mencionado artigo de três dias, ou a impossibilidade do não pagamento.

Mais complexo e com um rito processual mais lento a ação monitoria pode ser a única maneira de ver adimplidos valores que não mais podem ser executados porque prescritos e nesse sentido monitorio se aplica ao direito de Família como também as verbas alimentares prescritas ante a inércia do credor.

Temos que uma forma de ação diferenciada é a Ação Monitoria como uma tutela diferenciada. Agora como forma de defesa no processo está a Exceção de pré-executividade como forma de defesa diferenciada.

Nas demandas que versem sobre prestações alimentares, entende-se que a exceção de pré-executividade é cabível, e em casos bem particulares, pois

necessário que haja para a interposição da defesa algum tipo de nulidade que vicie todo o processo de execução de débito alimentar, sempre observando a boa-fé processual das partes e do executado na interposição, sendo responsável por atos que pratique que sejam considerados como procrastinatórios para pagar aquilo que realmente se deve.

Não se deseja a prisão civil do devedor de alimentos, contudo mostra-se a única maneira possível do credor em receber aquilo que lhe é devido. Mas também não se quer mostrar aos maus pagadores uma nova modalidade de defesa, mas sim uma modalidade de defesa daqueles processos viciados que eivados de nulidades processuais. Nulidades processuais são de ordem pública, norma cogente que atinge a todos e deve ser reparado de ofício pelo juiz, não o fazendo de ofício poderá ser argüida pelo réu através da exceção de pré-executividade.

Se bem utilizada a exceção de pré-executividade será mais uma garantia de que o devido processo legal ocorra sem riscos às partes envolvidas na demanda. Os legítimos devedores devem ser compelidos ao pagamento, mas primeiramente é necessário que ocorra dentro de um processo legal.

Em suma percebemos que o sistema não pode ser estagnado. Como também não seria operacional a criação de uma tutela protetiva a cada pretensão dos jurisdicionados. Ao ampliarmos a utilização de formas protetivas a mão do Estado chegará aos jurisdicionados de forma e satisfativa, mesmo que seja realizada de forma diferenciada.

Dessa maneira a idéia inicial dessa dissertação fica respondida da seguinte maneira; o sistema não pode ser estático, como também o sistema não

pode criar a cada nova situação uma nova proteção jurisdicional e principalmente processual por ser complexo a criação de novos sistemas protetivos devendo ser utilizada uma tutela diferenciada aos problemas sociais que se mostram mutantes diariamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, V. 1 Parte Geral, 8ª. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ALVIM, J.E. *Teoria Geral do Processo*, 9ª edição Rio de Janeiro: Editora, Forense, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Inibitória da Vida Privada*, V. 2., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, coordenação MARINONI, Luiz Guilherme, 2000.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo* nº 65. Doutrina Nacional: Processo Civil.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença* - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*, 6ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000.

_____. BRASIL. Código civil. Organização de textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 8ª edição São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (Tentativa de sistematização)* 3ª edição revista e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

_____. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acess to justice: the worlwide movement to make rights effective. Acesso à Justiça*, tradução portuguesa de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001

CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. (coordenação CAMBLER, Everaldo Augusto) *Curso Avançado de Direito Civil, V. 6. Direito das Sucessões*, 2ª edição, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003.

_____. *Família e Sucessões no Código Civil de 2002: Acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas*, São Paulo: RT, 2004. (Coletânea Orientações Pioneiras, V. 1)

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

COUTURE, Eduardo, J. *Fundamentos del Derecho Processal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.

DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordenadores). *Direito de Família e o Novo Código Civil*, 4ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil V. I*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil V. II*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.

_____. *A Reforma da Reforma*: 4ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

_____. *Litisconsórcio* 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

ECHANDÍA, Hernando Devis, *Teoría General del proceso*, 2ª edição Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Temas Atuais de direito e Processo de Família* (coordenador) Primeira Série, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

LAZZARINI, Alexandre Alves. *A causa petendi nas ações de separação judicial e de dissolução da união estável*, 1ª edição, 2ª tiragem São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. – (LIEBMAN, Enrico Tullio. Coleção Estudos de Direito de Processo. V. 38).

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*, V. 5, Direito de Família, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manuale di diritto processuale civile*, Milão: Giuffrè, 1973.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARCATO, Antônio Carlos. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As Tutelas Cautelar e Antecipada*, São Paulo: RT, 2002. - (LIEBMAN, Enrico Tullio. Coleção Estudos de Direito de Processo. V. 52).

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. tomo 9. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 23ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Coleção estudos de direito de processo. V. 21. LIEBMAN, Enrico Tullio).

_____. *Teoria Geral dos Recursos*, 6ª edição São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Recursos no Processo Civil, V. 1.

- NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de Pré-executividade*, São Paulo: Editora Método, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, V. 5, *Direito de Família*, 14ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PINTO, Robson Flores. *Hipossuficientes: Assistência Jurídica na Constituição*, São Paulo: Ltr, 1997.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, Volume 6, *Direito de Família*, 23ª edição rev., São Paulo: Saraiva, 1998.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória: a ação monitória – Lei 9.079/95*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais 2003. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Coleção Estudos de Direito de Processo*. V. 37).
- TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*, 2ª edição Volume 6, São Paulo: Atlas, 2002.
- WALD, Arnaldo. *O Novo Direito de Família*, 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Nulidades do Processo e da Sentença*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 – (Coleção estudos de direito de processo. V. 16. LIEBMAN, Enrico Tullio)
- _____, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Os Agravos no Código de Processo Civil Brasileiro*, 3ª edição. Recursos no Processo Civil – 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil: Lei*

10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001 e Lei 10.444, de 07.5.2002, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2ª edição, Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHEL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer*. In: Aspectos polêmicos da antecipação da tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.