

MARIA CAROLINA ABIB CIGAGNA

A APLICAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

SÃO PAULO

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

MARIA CAROLINA ABIB CIGAGNA

A APLICAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

**Monografia apresentada ao Curso de Especialização em
Processo Civil da Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo - COGEAE como requisito à obtenção do título de
Especialista em Direito Processual Civil.**

Orientador: Leonardo Ferres da Silva Ribeiro

SÃO PAULO

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

MARIA CAROLINA ABIB CIGAGNA

A APLICAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

**Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de especialização
em Direito Processual Civil**

Banca Examinadora:

SÃO PAULO

2010

Dedicatória

Aos meus queridos pais,
por todo o estímulo e dedicação
e pelo amor incondicional que me orienta.

Agradecimentos

Agradeço à minha família por ter acreditado em mim e especialmente ao meu marido pelo incentivo.

Agradeço aos professores do COGEAE, sempre tão solícitos.

Agradeço, em particular, ao professor Leonardo, meu orientador, pela paciência, pelo auxílio e pela dedicação admirável ao curso e aos alunos.

Resumo

O trabalho em questão tem o intuito de estudar as tutelas de urgência no âmbito do direito de família, as principais modificações com o passar dos anos, a repercussão de alguns temas, abordando, ainda, a angústia das partes envolvidas e a busca incessante por uma justiça célere e efetiva.

Esta monografia cuida do contexto das transformações no ambiente familiar, da função social da família, das suas alterações e da ampla proteção do Estado.

Trata-se ainda da família moderna, de acordo com a realidade social atual e da consecução da missão social de fazer justiça a todos os envolvidos por meio de um processo de resultados.

Palavras chave: Família – Ampla proteção – Repercussão no mundo do direito – Tutelas de Urgência

Abstract

This dissertation focuses on the study of urgency protections under family law sphere, the main changes along the years, the repercussion of some issues, also addressing the anguish of the parties involved and the relentless search for an agile and effective justice.

This monograph thesis includes the context of transformations at the family environment, the family's social function, its changes and State's comprehensive protection.

Still, it is about the modern family, according to the current social reality and the achievement of the social mission of do justice to everyone involved through a process of results.

Key Words: Family – Large Protection – Repercussion on Law Sphere – Urgent Protection

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

1.1. Delimitação do tema	12
1.2. Generalidades	13
1.3. Direito Comparado	14

2. DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1. Aspectos preliminares	21
2.1.1 Breves comentários históricos	21
2.2. Conceito e conteúdo do direito de família	24
2.2.1. Princípios do direito de família	26
2.2.2. Das varas de família	30
2.2.3. Do procedimento específico	30
2.2.4. Proteção Constitucional	32
2.3 Peculiaridades do direito de família	34
2.4. A urgência nas questões de família	36
2.5. Direitos indisponíveis e imprescritíveis	37
2.6. Breve síntese sobre os temas mais polêmicos	39

3. DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

3.1. Considerações Iniciais	42
3.1.1. Evolução das tutelas urgentes	43
3.2. O liame entre as tutelas urgentes cautelares e antecipatórias	46
3.2.1. Distinções entre as tutelas de urgência	46
3.3. Temeridade versus satisfatividade das tutelas de urgência	49
3.3.1. A problemática da necessidade da prestação jurisdicional	51
3.3.2. A classificação das tutelas	53
3.3.2.1. Do formalismo exagerado	54
3.4. Requisitos das tutelas de urgência	55
3.4.1. Da tutela cautelar	56
3.4.1.2. Do periculum in mora	57
3.4.1.3. Do fumus boni jûris	59
3.4.2. Da antecipação de tutela	60
3.4.2.1. Da prova inequívoca	61
3.4.2.2. Da verossimilhança da alegação	62
3.4.2.3. Do dano irreparável ou de difícil reparação	65
3.5. Do poder discricionário e do convencimento do magistrado	66
3.6. Das tutelas de urgência nos tribunais	69
3.7. Conclusão	73

4. DA APLICAÇÃO E AMPLITUDE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

4.1. Considerações Iniciais	73
4.1.1. O bem da vida	76
4.2. A problemática das tutelas de urgência em questões de família	78
4.2.1. A executoriedade	78
4.2.2. A importância da efetividade	79
4.2.3. A provisoriedade	82
4.2.4. A satisfatividade	85
4.3. A importância da garantia de acesso à justiça	86
4.3.1. Desgaste da demora dos processos judiciais	87
4.3.2. Da garantia do provimento definitivo	88
4.3.3. A finalidade da medida e o poder geral de cautela	89
4.2.4. Imprescindibilidade da prestação jurisdicional	90
4.4 A confusão entre tutela cautelar e tutela antecipatória para uma maior efetividade da tutela dos direitos em questão	91
4.5. Da mitigação do princípio do contraditório e demais princípios de direito	93
4.5.1. Os princípios constitucionais	95
4.5.2. A superação de situações problemáticas	96
4.6. Da fungibilidade das tutelas de urgência	97
4.6.1. Implicações práticas	101
4.7. Das necessidades contemporâneas	102
4.8. Noções a respeito do entendimento jurisprudencial e doutrinário	103
4.9. Considerações Finais	105

5. APLICAÇÃO CASUÍSTICA

5.1. Os Alimentos provisionais previstos no artigo 852 do C.P.C.	106
5.2. Separação de Corps – Afastamento de um dos cônjuges da residência do casal	109
5.2.1. Prazo para a propositura da ação principal	110
5.3. Investigação de Paternidade	114
5.4. Guarda de filhos e regime de visitas	117
5.4.1. Busca e Apreensão	121
5.5. Arrolamento de Bens	123
5.6. Alimentos	124
 6. CONCLUSÃO	 129
 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 131

INTRODUÇÃO

1.1. Delimitação do tema

O objetivo desta monografia é estudar e analisar a aplicação das tutelas de urgência, particularmente no âmbito do direito de família.

As discussões no país sobre as tutelas de urgência suscitam muitos questionamentos, sobretudo após o Código de Processo Civil de 1973, a introdução da antecipação de tutela pela Lei 8.952/1994 e a posterior modificação feita pela Lei 10.444/2002, com a introdução do § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil.

É relevante observar o que conduz à necessidade das tutelas de urgência em determinados casos, muito frequentes em direito de família, considerando as principais interpretações sobre o instituto para entender a aplicação das tutelas urgentes.

No presente estudo será levada em conta a dinâmica e as habituais mutações do direito de família, haja vista que esse ramo versa sobre direitos fundamentais, onde a urgência se faz presente a exigir uma pronta prestação jurisdicional.

Presencia-se no campo do direito de família a necessidade premente que não pode aguardar o cumprimento das solenidades, ou formalidades, previstas no procedimento legal.

Para compreender a abrangência do tema, é cogente o exame dos institutos tratados nesse estudo em conjunto com a análise das questões envolvidas no direito de família.

A legislação atual possui lacunas que exigem e permitem muitas interpretações, dificultando a correta, uniforme e justa aplicação da lei ao caso concreto por parte de nossos julgadores e especialmente no que se refere às tutelas de urgência muitas são as divergências, o que também será abordado nesse estudo.

Desde logo, vale advertir que o tema aqui tratado abrange muitos dos conflitos constatados na sociedade e na família, mas certamente não poderá analisar os intermináveis interesses e necessidades humanas nesse âmbito existentes.

1.2. Generalidades

No assunto versado aqui, tratar-se-á, não apenas de pensões alimentícias ou guarda e direito de visitas, mas também da necessidade do processo judicial resolver essas e outras questões pendentes entre as partes sem desamparar as histórias daquelas vidas.

Isso não se alcança com “lições” tão freqüentes nas decisões dos julgadores, contudo, e de forma verdadeira, na busca da justiça.

No direito de família, os debates são árduos e envolvem não só patrimônio, como o destino que se dará à vida das pessoas, dos menores e até dos incapazes.

As normas e condutas que estabelecem direitos e deveres e as respectivas violações no Direito de Família geralmente envolvem a dignidade da pessoa humana e merecem tratamento diferenciado.

As questões versadas nesse ramo do direito realmente exigem que os operadores da justiça respeitem a condição de fragilidade das partes envolvidas em ações desse jaez.

São muitas as peculiaridades que serão tratadas nesse estudo e como se verá a seguir o próprio conceito de urgência, que será minuciosamente analisado faz com que as ações de família, com uma sociedade sempre em transformação, provoquem a necessidade de uma reação imediata, que, muitas vezes, sequer encontra amparo na legislação.

Surge, então, o interesse no estudo da aplicação das tutelas de urgência no direito de família.

1.3. Direito Comparado

Por certo, não será possível estudar as diferenças e as semelhanças entre os muitos ordenamentos jurídicos de inúmeros e diferentes estados e países, no que se refere ao direito de família e as tutelas de urgência, entretanto não se pode deixar de abordar algumas características e curiosidades.

Algumas regras são internacionalmente semelhantes, como por exemplo, a norma da prevalência da lei do local da celebração do matrimônio para a solenidade.

A regra da prevalência da lei do local da celebração do matrimônio para as respectivas formalidades é universalmente aceita: válido o casamento por esta lei, será reconhecido no país da nacionalidade e/ou domicílio dos nubentes e, conseqüentemente, em qualquer outro país. A regra vem consagrada em vários diplomas internacionais, a começar pela já citada Convenção de Haia de 1902.”¹ (DOLINGER, 1997, pág. 16)

¹ DOLINGER, Jacob. *Direito Civil Internacional. A Família no Direito Internacional Privado*. Tomo Primeiro – Casamento e Divórcio. Editora Renovar, página 16.

Daí poderia se aferir que há certa hegemonia nas questões que se referem ao casamento, mas isso é apenas aparência. Muitas são as peculiaridades envolvidas apenas nesse tema e somente a título de ilustração a aludida regra poderá sofrer temperamentos, tendo em vista que a capacidade nupcial não encontra a mesma proporção internacional.

No nosso país, por exemplo, “a rigor, a leitura do §1º do artigo 7º da LICC poderia dar a impressão de que fundo e forma são regidos pela lei local (*“Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades de celebração”*). Não é este, contudo, o melhor entendimento, pois, basicamente, enquanto a forma segue a lei do local da celebração, as questões relativas à capacidade nupcial devem obedecer ao disposto na lei pessoal dos nubentes, o que nem sempre coincidirá com a lei do local da celebração.”(DOLINGER, 1997, pág. 67)²

Já em outras legislações, tal regra pode provocar conflitos, como é o caso da Inglaterra, local em que até hoje vem consolidado na Exceção nº 3 à regra 70 que: “A validade de um casamento celebrado na Inglaterra, em que um dos nubentes é domiciliado na Inglaterra e o outro domiciliado no exterior não é afetada por qualquer incapacidade que exista na lei do domiciliado no exterior se ela não existe no direito inglês”. (DOLINGER, 1997, pág. 77)³

Em aludido exemplo, caso estivesse o cidadão domiciliado no Brasil, o direito inglês poderia não recepcionar a regra trazida pela Lei de Introdução do Código Civil.

² DOLINGER, Jacob. *Direito Civil Internacional. A Família no Direito Internacional Privado*. Tomo Primeiro – Casamento e Divórcio. Editora Renovar, página 67.

³ DICEY, A.V. & MORRIS, J.H.C. *The Conflict of Laws*, vol.2, 12ª edição, Londres, 1993, p.679 citados em DOLINGER, Jacob. *Direito Civil Internacional. A Família no Direito Internacional Privado*. Tomo Primeiro – Casamento e Divórcio. Editora Renovar, página 77.

Nesse sentido, muitas poderiam ser as divergências, porquanto simples conceitos possuem significados diferentes, como domicílio e residência, o que poderia ser verificado, inclusive, no exemplo acima.

Melhor explicando, no caso dos ingleses, citados acima, o domicílio conjugal será aquele local onde os cônjuges planejaram viver após o casamento, o que sabidamente é diferente no Brasil.

Basta uma simples leitura do artigo 70 e seguintes do Código Civil Brasileiro para averiguar.

Como se nota, as diferenças começam pela base, o que se dirá sobre as tutelas de urgência no direito internacional privado e os conflitos de leis no espaço.

Incabível, sobretudo nesse estudo, vislumbrar as incontáveis formas e aplicações dessas tutelas ao redor do mundo, entretanto vale mencionar que muitos países aplicam o instituto da antecipação de tutela, alguns pela via legislativa, e outros dando maior alcance aos provimentos cautelares.

É notório que alguns países possuem um direito avançado frente ao mundo, como é o caso da Itália, França, Inglaterra, Estados Unidos da América e, por essa razão, eles conseqüentemente ditam regras para outros países.

No caso das tutelas de urgência, ainda que esse instituto possa receber nomenclatura diversa, os países, sobretudo os citados acima, geralmente possuem uma norma ou mecanismo que se presta a atender os casos que exigem presteza e agilidade de procedimento.

A doutrina italiana, dentre outras doutrinas européias, v.g., serviu como fonte inspiradora para a criação do processo cautelar brasileiro do Código de Processo Civil de 1973, servindo o artigo 700 do Código de Processo italiano como base para a redação do nosso artigo 798 da Lei Processual.

O aludido artigo do Código de Processo Civil italiano trata da tutela cautelar assim prescrevendo: “Art. 700. Fora dos casos regulados nas seções precedentes deste capítulo, quem tiver fundado motivo para temer que, durante o tempo necessário para fazer valer seu direito pela via ordinária, possa o mesmo ser ameaçado de um prejuízo iminente e irreparável pode requerer que o juiz lhe conceda os provimentos de urgência que pareçam, segundo as circunstâncias, mais idôneos a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito”. (SILVA, 2000, pág. 92)⁴

Como se nota, não só se utiliza o termo “prejuízo iminente e irreparável”, como também a célebre “urgência”, seja aqui, seja na Itália.

Ainda sobre o aludido artigo, vale trazer à colação trecho da obra do ilustre José Roberto dos Santos Bedaque que resume: “Por fim, para assegurar a efetividade da tutela, afastando o perigo de dano irreparável a direito cujo conteúdo patrimonial seja secundário ou inexistente, tendo em vista a demora do processo de cognição plena, adota-se a tutela sumária antecipatória, cautelar ou não, motivada pela urgência.” (BEDAQUE, 2006, pág.49)⁵

⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Volume 3. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 72.

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. Malheiros Editores, 2006, nota nº 48 – “Cfr. Proto Pisani, “La nuova disciplina”, p.253.”, página 49.

Acrescenta, ainda, que “O uso freqüente, caracterizando muitas vezes abuso, da tutela cautelar, especialmente a prevista no art. 700 do c.p.c. italiano, levou a doutrina a postular por modificações no sistema.”⁶ (BEDAQUE, 2006, pág.49).

Adiante, o citado autor ensina que “Os arts. 186-*bis* e *ter*, introduzidos na legislação italiana pela reforma de 1990, prevêm formas de tutela sumária no curso do processo. Têm em comum a finalidade antecipatória, ou seja, implicam satisfação antecipada, embora cada modalidade tenha requisitos e objetivos específicos. Seriam, também, providências de caráter provisório.”⁷ (BEDAQUE, 2006, pág.50).

Ainda que evidentes as diferenças entre o sistema brasileiro e o italiano, ambos possuem a chamada tutela sumária que pode ou não trazer peculiaridades das cautelares.

É assim, do mesmo modo, em outros países. É manifesto que o Poder Judiciário não pode permitir que situações de periculosidade ao cidadão não sejam prontamente atendidas, ainda que em algumas oportunidades não possam ser solucionadas de imediato.

De uma forma ou de outra, ainda que com diferenças na extensão da cognição, na provisoriedade da ordem judicial e nos efeitos emergentes da decisão, todos os ordenamentos prevêm algum recurso para o pronto atendimento das tutelas de urgência.

Na Alemanha e na França a tutela prestada por cognição sumária difere do modelo brasileiro, inspirado na doutrina italiana, uma vez que naqueles países não há a nítida separação entre as espécies de tutela, tão debatida no Brasil.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. Malheiros Editores, pág. 49.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. Malheiros Editores. Pág. 50/51.

“No direito alemão e no direito francês, a questão é proposta em termos um pouco diversos. Tanto as *einstweilige Verfügungen* quanto as *ordomances de référé* incidem sobre situações análogas àquelas cobertas pelas várias modalidades de tutela sumária aqui reguladas. Mas existe diferença substancial entre as soluções, quanto ao aspecto estrutural, pois naqueles países somente existe uma modalidade de provimentos antecipatórios. Não há nítida separação entre tutela cautelar *lato sensu*, de um lado, e tutela sumária não cautelar, de outro. A estrutura dos provimentos cautelares naqueles países é mais flexível que no Brasil e na Itália, pois ou a eficácia do provimento não está subordinada a um prazo predeterminado pelo legislador, podendo o juiz fixá-lo, mas o pedido da parte contrária (ZPO, § 926), ou ele guarda certa independência em relação ao provimento principal, cuja ausência não faz com que cesse automaticamente sua eficácia.”⁸ (BEDAQUE, 2006, pág.56).

É fácil concluir que as diferenças existem e são muitas, mas por outro lado, também restam evidentes as similaridades, como a preocupação com a matéria fática e de direito.

Assim como o Brasil, a Alemanha também leva em consideração o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, lá, respectivamente, “*verfügungsgrund*” e “*glaubhaftigkeit*”.

“Alguns aspectos da tutela cautelar no sistema alemão conferem-lhe grande autonomia em relação ao provimento de mérito, embora exista entre ambos relação de instrumentalidade funcional. Em primeiro lugar, cabe à parte contra quem foi deferida tutela antecedente o ônus de provocar a atividade jurisdicional, para fixação de prazo destinado à propositura da demanda principal. Além disso, o

⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)* ao citar Proto Pinasi, *Appunti sulla giustizia civile*, p.264, esp.nota 121, 4ª ed. Malheiros Editores, pág. 56.

julgamento de mérito não implica necessariamente cessação dos efeitos da cautelar, devendo haver pedido expresso de revogação.”⁹ (MASSARI, Apud BEDAQUE, 2006, pág.57)

Não se pode deixar de mencionar a mesma preocupação nos sistema da *common law*, que traz a chamada *interlocutory injunction*, de natureza provisória e com o intuito de afastar o dano irreparável oriundo da demora do procedimento.

Esse instituto é uma espécie de tutela cautelar que assume função antecipatória da *final* ou *perpetual injunction*, semelhante à sentença de mérito.

É certo que apresenta algumas semelhanças com o procedimento brasileiro, no que diz respeito a sua concessão. Para Bedaque, “Um dos pressupostos para concessão dessa medida cautelar é o *balance of convenience*, isto é, a comparação feita pelo juiz entre os possíveis danos decorrentes do acolhimento e da rejeição do pedido. Apenas se concluir pela existência de equilíbrio irá ele analisar as razões apresentadas pela obtenção da medida provisória.”¹⁰ (2006, pág. 59)

Da mesma forma, assim como em tese deveria ser no Brasil, apenas em caráter excepcional se admite a concessão da medida sem a participação da parte contrária, assim como a possibilidade da medida ser requerida antes de instaurado o processo.¹¹

⁹ Cfr. Hildegard Massari, *La stabilità del provvedimento cautelare*, p. 483, esp. nota 8., citado em obra citada: *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. Malheiros Editores, pág. 57

¹⁰ Ob. cit., *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. Malheiros Editores, pág. 59

¹¹ Cfr. Vincenzo Varano, “Tendenze Evolutive”, pp. 39-52. V., tb., Lord Denning, *The due processo of law*, pp. 135-140, citado em *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. Malheiros Editores, pág. 59

Pela simples leitura do procedimento nos Estados Unidos, se reconhece a presença do que a doutrina brasileira chama de princípio do contraditório.

Conclui-se nesse tópico do direito comparado, que seja em termos de procedimento, seja de legislação, seja ainda de doutrina ou conceitos, não há nomenclatura ou regulamento que impeça a prestação jurisdicional da forma como deve ser.

2. DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1. Aspectos preliminares

Durante as últimas décadas, o direito de família, assim como a família em si, sofreu mudanças de função, natureza, composição e, conseqüentemente, de concepção.

A afetividade e a dignidade humana no ambiente de convivência e solidariedade das famílias passaram a representar de alguma forma a família na sociedade contemporânea.

A história, a evolução da sociedade, os princípios constitucionais e específicos ao direito de família, bem como as questões práticas referentes a essa matéria, sofrem mutações tão constantes e, às vezes, tão profundas que necessitam de reformas legislativas para acompanhá-las.

Pelo simples conhecimento da evolução humana, poderá se antever o quanto realmente complexas e variáveis são as questões tratadas pelo direito de família.

2.1.1 Breves comentários históricos

Desde a Constituição Federal de 1988, muitas foram as mudanças que surgiram com a introdução de novas leis, necessárias a atender o mundo contemporâneo.

Essas mudanças, absolutamente naturais, exigem constante atualização dos estudiosos, já que a visão hodierna se altera a cada dia, com o aumento das formas de constituição da família, com a consagração de novos princípios e o tratamento de igualdade entre marido e mulher, bem como entre genitores e filhos, por exemplo.

Essas transformações no âmbito jurídico da família vêm ocorrendo desde o século passado e continuaram em etapas, até com o novo Código Civil, modificando substancialmente o papel que era destinado à mulher no âmbito doméstico e remodelando a família. São esses os dois principais fatores do desaparecimento da família patriarcal.

Não há melhor exemplo do que essa evolução da condição jurídica da mulher no país e no mundo. Desde o Direito Romano, berço da cultura jurídica brasileira, a mulher sofria discriminação na sociedade. Elas sequer tinham direito à educação, naquela época oferecida pela Igreja.

Da mesma forma ocorria no Brasil, na época da colonização, quando a educação era de responsabilidade da Igreja, que excluía as mulheres.

A mulher vivia em casa e cuidando dos afazeres domésticos e devia obediência ao pai, ou depois de casada, ao marido, sem questionamentos. Não havia nenhuma igualdade de direitos, aliás, tal expressão sequer faria sentido à época.

Durante muitos anos, a mulher se submeteu a essa conjuntura. Apenas para se ter uma pálida idéia, até no Código Civil de 1916, no século seguinte, foram mantidos os princípios conservadores. Para se ter uma idéia, a mulher precisava do consentimento do marido para exercer profissão, o que era previsto pelo inciso VII do artigo 242 da referida Lei.

Com o advento do Estatuto da mulher casada, nosso Código Civil sofreu modificações e foram reduzidas as desigualdades. A evolução foi lenta e gradativa e hoje se pode afirmar que a mulher tem idéias e vontades próprias e os mesmos direitos que os homens.

Como se verá, em direito de família ainda sobram alguns resquícios discretos daquela época, mas no geral há igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher.

Assim como a evolução da condição jurídica da mulher, muitos outros institutos tratados pelo Direito de Família acompanharam o amadurecimento da sociedade.

É o caso da Lei nº 6.515 de junho de 1977, que tornou possível a dissolução do casamento, com a instituição do divórcio. Sensível modificação também se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, que previu mudanças no conceito de família, que será a seguir estudado, e no tratamento dessa instituição junto à sociedade, nos termos do artigo 226 da Carta Magna.

Reconheceu-se nesse artigo e seus incisos, “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”; facilitou-se a dissolução do casamento “pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”; e ainda que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, dentre outros.

Isso sem falar nas leis inovadoras que modificaram o Código Civil de 1916, adequando o Direito de Família às concepções modernas, o que se verifica no Livro IV do novo Código, pelos artigos 1.511 a 1.783 e as muitas outras que certamente virão ao mundo.

2.2. Conceito e conteúdo do direito de família

Constitui o direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.¹²

A respeito do tema, vale trazer a opinião do ilustre Pontes de Miranda, que em trecho de sua obra *Tratado de Família* assim conceitua família:

“Ainda modernamente, há multiplicidade de conceitos de expressão “família”. Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos; ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consangüinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outra. O primeiro conceito corresponde, até certo ponto, àqueles tipos de agregados civis, de que são exemplo a *gens* dos Romanos e os *genos* dos Gregos, sendo de notar-se que a *gens* se compunha de pessoas que usavam um só nome, *gentilicium*, e possuíam culto próprio *sacra gentilitia*, ainda que não pudessem provar o parentesco existente entre elas. O clã céltico, a comunidade familiar índia, a

¹² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - 5. Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 22ª edição, pág.3, citando Clovis Bevilacqua, *Código Civil Comentado*, 1.ed., 1954, v.2, p.6.

associação familiar dos Eslavos do sul e outras tantas instituições assemelham-se à *gens* romana e ao *genos* grego, constituindo classe de agregados parentais.”¹³ (MIRANDA, 2001, pág. 59)

O conceito desse instituto ampliou-se com o reconhecimento da união estável. Nas palavras dos juristas Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim “a atual Constituição reconhece, ao lado da família resultante da união pelo casamento, a família de fato, oriunda de união estável entre homem e mulher, sem as formalidades oficiais.” “Estendendo-lhe proteção, não só com relação aos contraentes, como também aos filhos, já que lhes garante iguais direitos e qualificações, proibindo discriminações relativas à origem da filiação (art. 227, § 6º).”¹⁴

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. Volume I. Direito Matrimonial. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª Edição. Editora e Distribuidora Bookseller. pág.59.

¹⁴ AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides. *Separação e Divórcio*. Teoria e Prática. 6ª edição. Livraria e Editora Universitária de Direito, pág. 20/21.

Acrescentam, ainda, aludidos doutrinadores sobre o conceito que “*alargou-se, pois, o conceito de Direito de Família, que, segundo CLÓVIS BEVILÁQUA, é o “complexo dos princípios que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco, e os institutos complementares da tutela, da curatela e da ausência”*”.

“Nessa definição estão compreendidos os vários institutos que se contêm no Livro I da Parte Especial do CC, arts. 180 a 484 e, na legislação complementar, em especial, a Lei 6.515/77, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio).

O Código Civil trata com minúcias dos diversos aspectos atinentes ao Direito de Família, mas restritos aos que decorrem da sociedade conjugal formada pelo casamento, sem estabelecer, por outro lado, uma definição precisa do que seja família.

O vocábulo “família” possui diversos conceitos, que podem ser extraídos dos dispositivos legais referentes às relações pessoais e patrimoniais entre os membros dessa entidade, que se constitui na primeira e principal forma de agrupamento humano, base da sociedade e digna de especial proteção do Estado.

Em concepção estrita, segundo o ordenamento civil, entende-se por família legítima a que se constitui pelo casamento, formando uma sociedade conjugal sob a chefia do marido e a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 229 e 233 do CC). Ou seja, limita-se aos cônjuges e sua prole.

Em sentido amplo, entende-se por família, ou entidade familiar, o agrupamento humano proveniente de um mesmo ancestral, ou seja, os pais e todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, em face das relações do parentesco (art. 330 do CC), gerando efeitos de cunho alimentar (art. 396 do CC) ou sucessório (art. 1.603 do CC).

Nesse contexto maior, consideram-se membros da mesma família os descendentes de um tronco comum, em linha reta ou colateral, e também os afins, todos sob a égide do patriarca, ou paterfamilias. Para certos efeitos, equiparam-se a familiares outros membros do grupo, como agregados ou dependentes, assim definidos nas legislações previdenciárias e fiscais, e até as pessoas empregadas no serviço doméstico (art. 744, III, do CC).

Pelo que se depreende dos tópicos anteriores, o real conceito de família certamente não será nem imutável, nem tampouco rígido, até mesmo em função dos já citados acontecimentos sociais que variam com o tempo.”

Muitos são os conceitos e opiniões na doutrina, contudo necessário atentar para o conceito “família” que, de acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, significa um “*grupo de pessoas vivendo sob o mesmo teto (esp. o pai, a mãe e os filhos)*”, ou “*grupo de pessoas que têm uma ancestralidade comum ou que provêm de um mesmo tronco*”, ou ainda “*pessoas ligadas entre si pelo casamento e pela filiação ou, excepcionalmente, pela adoção*”.

O termo família, como se nota, pode ser conceituado de muitas maneiras, mas sempre se resumirá ao pai, à mãe e aos filhos, ou ainda, de forma ampla, àquele conjunto de pessoas que reside sob o mesmo teto.

Conclui-se, portanto, que dito conceito poderá abranger muitos significados, de acordo com o ponto de vista, mas em sua essência a conotação social será a mesma.

2.2.1. Princípios do direito de família

Os princípios específicos do direito de família são aqueles que dizem respeito à vida, liberdade, igualdade, segurança, dignidade da pessoa humana, solidariedade, fraternidade e afeto de um modo geral.

Não há uma hierarquia manifesta entre os princípios, sendo necessário estudar um a um para compreender sua extensão e aplicação.

Da mesma forma, não há regra rígida para sua nomenclatura, nem para o conteúdo de cada princípio, tanto que os doutrinadores atribuem nomes diferentes para o mesmo conteúdo, ou até mesmo, nomes similares para conteúdos distintos.

Necessário ressaltar que o direito é dinâmico e os princípios, assim como as demais matérias relativas ao direito de família, sofrem mutações constantes.

Nesse estudo apenas se fará uma apresentação geral, apontando-se algumas características de alguns dos princípios mais relevantes e que poderão trazer subsídios para a compreensão da aplicação das tutelas de urgência nos casos de família.

Iniciando-se pelo **princípio do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana**, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, cujo próprio nome revela o seu fundamento. É a valorização do indivíduo, que tem sua maior influência, por razões óbvias, no Direito de Família.

Em artigo do douto Flavio Tartuce, ele resume que: “reconhecendo a submissão de outros preceitos constitucionais à dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio em questão como "o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana".¹⁵

Outro **princípio** não menos importante é o da **solidariedade familiar**, previsto na Carta Magna, em seu artigo 3º, inciso I. Aludido princípio repercute nas relações familiares, contudo a solidariedade vai além dos relacionamentos pessoais.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. *Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro*. Artigo especialmente escrito para o seminário virtual *Temas atuais do Direito de Família*, do site *Âmbito Jurídico* (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006. Acesso em 20.02.2008.

No direito de família, essa solidariedade se estende às questões afetivas, psicológicas e até patrimoniais. É o caso do dever de prestar alimentos, por exemplo.

O **princípio** seguinte e bastante específico é o da **igualdade entre filhos**. O artigo 227, § 6º, da Constituição Federal prevê que "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

A intenção desse artigo, bem como do artigo 1596 do Código Civil que tem a mesma redação, é tratar de forma igual, no campo patrimonial e no pessoal, os filhos havidos ou não durante o casamento e àqueles havidos por adoção ou inseminação.

Ainda sobre a isonomia de tratamento, há o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, que não diferencia os homens das mulheres, ou vice-versa, nas questões de direito de família, seja quanto aos alimentos, quanto ao nome, ou qualquer outro tema. A regra é não admitir qualquer distinção.

Evidentemente no plano fático esse princípio pode não ter sua aplicação ideal, mas o Superior Tribunal de Justiça e os demais Tribunais têm se posicionado diante dos casos concretos com bastante parcimônia, na tentativa de aplicar esse princípio reconhecendo a igualdade.

Mudando um pouco o foco, o **princípio do melhor interesse da criança** está regulamentado na Constituição Federal, no artigo 227, *caput* e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) em diversos artigos.

Esse princípio, como o próprio nome sugere, assegura à criança e também ao adolescente o direito “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Como se pode perceber, sempre se buscará proteger integralmente a criança e seus interesses, até mesmo de forma preponderante nos casos de família, caso da guarda de filhos, tudo em obediência à previsão constitucional.

Há, ainda, outro princípio bastante comentado, o da **afetividade**, que diz respeito à essência das relações familiares e representa a valorização do afeto. Essa valorização “remonta ao brilhante trabalho de João Baptista Vilella, escrito no início da década de 1980, tratando da *Desbiologização da paternidade*. Na essência, o trabalho procurava dizer que o vínculo familiar seria mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico. Assim, surgiria uma nova forma de parentesco civil, a *parentalidade socioafetiva*, baseada na *posse de estado de filho*.”¹⁶

Aduz o mesmo doutrinador que “a defesa da aplicação da paternidade socioafetiva, hoje, é muito comum entre os atuais doutrinadores do Direito de Família”, esclarecendo que “tanto isso é verdade que, na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado n. 103, com a seguinte redação: “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”.¹⁷

¹⁶ TARTUCE, Flávio. *Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro*. Artigo especialmente escrito para o seminário virtual *Temas atuais do Direito de Família*, do site *Âmbito Jurídico* (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006. Acesso em 20.02.2008.

¹⁷ Ob. cit., *Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro*. Disponível em www.ambitojuridico.com.br.

Como já alertado, há outros princípios que poderiam ser associados ao direito de família, como o da não-intervenção ou da liberdade (art. 1.513 do Código Civil) ou outros específicos, como o da função social da família, contudo os acima citados guardam maior relação com a matéria trazida nesse estudo.

2.2.2. Das varas de família

A matéria relativa ao direito de família é competência das chamadas Varas de Família e Sucessões, as quais se distribuem pelo país e igualmente existem em outras localidades, como é o caso da “family division” na Inglaterra.

Em cidades menores do nosso país, as questões de família podem também ser tratadas pelo Juízo da Vara Cível, na ausência desse Juízo específico, porque como se sabe o direito de família é um ramo do direito civil. Da mesma forma, em alguns lugares essa Vara pode reunir as questões de família, infância e juventude.

No entanto, geralmente é o Juízo das Varas de Família e Sucessões quem vai analisar todas as questões referentes à família, suas relações e afinidades e seu patrimônio, podendo se estender a outras matérias em alguns casos específicos que englobem as partes e suas respectivas famílias.

2.2.3. Do procedimento específico

Alguns casos trazidos à apreciação do Poder Judiciário exigem seja aberta uma exceção ao princípio da publicidade, para que os processos que se referem a questões de família possam correr em segredo de justiça, assegurando-se que somente as partes e os advogados por elas escolhidos tenham conhecimento do conteúdo dos atos processuais.

O artigo 155 do Código de Processo Civil traz as situações em que se exige o sigilo, e dentre elas, aquelas “que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.”

Nesses casos, haverá sigilo das informações. Necessário mencionar que o parágrafo único do aludido artigo permite o acesso de terceiro ao conteúdo processual desde que demonstre interesse jurídico, o que será analisado de acordo com o caso concreto.

Assim, os processos de direito de família recebem um tratamento específico e de acordo com a sua matéria, ou seja, possuem um trâmite diferenciado, pois são regidos não só pela Lei dos Ritos, como também por legislações privativas.

É, *verbi gratia*, o caso das ações de alimentos e a respectiva Lei 5.478 de 25 de julho de 1968 que as regulamenta, ou das ações de divórcio e a Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

Apenas para demonstrar o quanto já alegado nos itens anteriores, no sentido da evolução do direito de família, outra lei específica e recente, qual seja, a Lei nº 11.441 de 04 de janeiro de 2007 alterou o sistema processual brasileiro nas questões referentes a inventários, partilhas, separação e divórcio, desde que consensuais e sem partes incapazes.

Não cabe aqui analisar a referida Lei, nem tampouco esclarecer as muitas dúvidas a respeito de sua aplicação, contudo vale notar que o procedimento é definitivamente peculiar e levará os advogados, obrigatórios nos termos da Lei para assistir as partes, a conhecerem o tema para buscar a melhor via para o seu cliente.

Denota-se, portanto, que o direito de família é vivo e seu procedimento específico está além de suas particularidades, ante a sua constante mutação.

2.2.4. Proteção Constitucional

Oportuno ressaltar a estima da família pela sociedade e o Estado, o que se configura sobretudo pela proteção constitucional que recebe.

A Constituição Federal consagra a maioria dos princípios específicos do direito de família, como o da dignidade humana e da solidariedade social, aqueles já mencionados nesse estudo, dentre outros.

O valor do tema em comento é bem resumido em lição do douto Carlos Roberto Gonçalves:

"O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, como preleciona Rodrigo da Cunha, 'é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania'. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, acrescenta o mencionado autor, que ainda enfatiza: 'Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um declínio do patriarcalismo e lançaram as bases de

sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as instituições democráticas”¹⁸.

Faz sentido, portanto, que a Constituição Federal dedique especial atenção à família. Aliás, o direito constitucional introduziu grandes mudanças no direito de família, como é o caso do artigo 226 e a preocupação em proteger as entidades familiares, não só do casamento, mas também da chamada união estável (CF art. 226, § 3º), com propósito de evitar discriminações que o antigo nome concubinato pudesse provocar.

Nessa mesma toada, substituiu-se o termo “desquite”, utilizando-se “separação judicial” e “separação de fato”, momentos anteriores ao divórcio.

Há, ainda, a recente Emenda Constitucional nº 66, promulgada em 13 de julho de 2010, com um único artigo, que promoveu a alteração do § 6º do artigo 226, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou a exigência de separação fática por mais de dois anos para a concessão do divórcio.

Não se pode deixar de mencionar ainda a igualdade entre a mulher e o homem, no que tange aos direitos e deveres da sociedade conjugal, como estabelece o parágrafo quinto do mencionado artigo.

A vigente Constituição Federal Brasileira nesse mesmo artigo, em seu parágrafo quarto ampliou o sentido da entidade familiar, contudo isso não significa que o direito de família, que exige solenidades formais, tenha sido modificado em sua essência.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. VI, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005, disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9093/principios-constitucionais-do-direito-de-familia>, acesso em: 23 de novembro de 2009.

Apenas se pode concluir que a Constituição de 1988 é um marco e iniciou uma nova fase para o direito de família, que vem sendo aprimorada através de emendas, jurisprudências e estudos dos juristas.

2.3 Peculiaridades do direito de família

Nos itens anteriores e, de uma forma geral, se demonstrou a relevância social, ética e histórica do direito de família, que os diferencia dos outros ramos.

Os temas tratados pelo direito de família podem envolver questões de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, ou seja, direitos e deveres que existem entre o marido e a mulher, entre os pais e filhos ou, ainda, os direitos reais e obrigacionais que surgem dessas relações.

É o caso do direito aos alimentos que os ascendentes têm reciprocamente uns em relação aos outros, por exemplo, e que será mais bem tratado adiante.

O ilustre jurista Pontes de Miranda ao tratar do “objetivo do direito de família” assim leciona:

“O direito de família tem por objeto a exposição dos princípios jurídicos que regem as relações de família, quer quanto à influência dessas relações sobre as pessoas, quer sobre as pessoas, quer sobre os bens. O casamento, base da sociedade, e, com a entidade familiar, fonte legítima da organização familiar; os atos relativos à legitimação e reconhecimento de filhos nascidos fora dele, o pátrio poder, o estado civil das pessoas; a tutela, criação cujo fim fora suprir a autoridade do chefe de família e hoje é o de representação ou assistência aos menores, e a curatela, instituição destinada a proteger os que estão inibidos de governar suas pessoas e bens, tais são os assuntos gerais que formam o quadro do direito de família (Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos da Família*, 1). Sob esse título, os Códigos Civis modernos juntam normas de direito que não pertencem, rigorosamente, ao direito civil: ora

concernem ao direito público, ora ao comercial, ora ao penal e ao processual. Esses acréscimos não alteram, todavia, o seu caráter preponderante de direito civil.” (MIRANDA, 2001, pág. 75).¹⁹

Dada essa importância do direito de família, que exerce influência sobre vários outros ramos, o andamento dos processos possuem maior celeridade, distante da ideal, em razão das notórias falhas do sistema, porém é, sem dúvida, significativa a agilidade dos procedimentos se comparados a outras matérias.

É o exemplo dos recursos interpostos em caso de alimentos, dentre alguns outros que recebem determinada prioridade.

Nesse evento, o sucumbente ao interpor apelação tem prioridade de julgamento, prevista no artigo 405 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, em seu inciso XI do parágrafo primeiro, a saber: *“A distribuição guardará a ordem de entrada do processo no Tribunal, dentro de cada classe. 1º Terão preferência na distribuição: ... XI - as apelações em ações de alimentos e revisionais correlatas”*

Essa prioridade, assim como outras freqüentes em direito de família, serão a seguir tratadas, mas já denotam as peculiaridades concernentes à matéria.

Assim como essas, há uma coloração diferente para as autuações do processo; uma atenção especial para as cautelares, ao menos até o ajuizamento da ação principal; prazos muito específicos; interpretações elásticas ou mais formais ainda e etc.

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. Volume I. Direito Matrimonial. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª Edição. Editora e Distribuidora Bookseller, 2001. pág. 75.

A própria existência das varas de família, acima mencionadas, fala por si, afinal nelas os serventuários estão aptos a atender não só aos advogados, como às partes, o que é bastante comum, além de conhecerem e aplicarem esses procedimentos diversos.

2.4. A urgência nas questões de família

As pretensões no direito de família em geral devem ser satisfeitas com urgência, como no caso dos alimentos, ou por versar sobre direitos *indisponíveis* e *imprescritíveis*, como o reconhecimento da paternidade.

Certamente esses temas merecem tratamento especial por parte do legislador, tanto no campo material, como no processual.

Como mencionado, aos procedimentos de família deve ser empregada celeridade suficiente a evitar o prejuízo da parte, contudo a população ainda encontra-se insatisfeita com a notória morosidade da prestação dos serviços judiciários, sobretudo nas questões concernentes ao Direito de Família.

Evidente a necessidade de uma profunda mudança na estrutura processual vigente para atender condignamente os cidadãos, proporcionando maior efetividade ao processo.

A urgência das questões da família pode ser tratada com base em diversos fundamentos, como o artigo 888 do C.P.C., ou a antecipação de tutela prevista no artigo 273 do mesmo Codex, que será esmiuçada em item vindouro.

Essa antecipação pode se dar a qualquer momento como bem se sabe, porém se concedida no início da lide pode até apressar a própria decisão final, a chamada sentença do feito.

Da mesma forma, pode vir camuflada, ou seja, concedida sem a nomenclatura de tutela antecipada. Vale dizer, ainda, que pode ser apenas uma tutela do tipo preventiva, ou do tipo reparatória, o que apenas se verificará de acordo com o caso concreto.

Releva notar, portanto, que independente do procedimento jurídico adotado, as situações que envolvem casos de família devem ser resolvidas por meio de tutela jurisdicional especial, de caráter urgente.

2.5. Direitos indisponíveis e imprescritíveis

Necessária uma noção dos direitos indisponíveis e imprescritíveis para compreender a complexidade deles para o ordenamento jurídico e, em particular, para o Direito Civil hodierno e o Direito de Família.

É consequência natural ao se falar sobre os direitos indisponíveis e imprescritíveis mencionar os intransmissíveis e irrenunciáveis, previstos no artigo 11 do Código Civil, em razão de estarem englobados ao direito da personalidade.

São os conhecidos direitos personalíssimos, ou seja, todos aqueles que dizem respeito à pessoa humana desde seu nascimento e até mesmo após sua morte.

O cidadão não pode dispor desse direito e a isso se deve a referida denominação. É o caso do estado de filiação, que bem resume o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 27, a saber: “O

reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.”

A compreensão desses direitos se torna mais palpável se levada em consideração a utilidade, a validade e a exclusividade inerente aos direitos personalíssimos.

Em função dessas características, não se pode estimar um valor para os direitos indisponíveis, nem tampouco um prazo. Exatamente por se tratar de um direito tão pessoal, a proteção deve ser mais atenta e é imperioso prestigiar a indisponibilidade desses direitos.

Evidente que a prática pode se distanciar da teoria e isso vem ocorrendo, de certa forma, com os direitos indisponíveis. Para refletir basta lembrar do comércio de órgãos, dos abortos, da inseminação artificial, dentre outros acontecimentos, que surgiram com maior intensidade ou publicidade nos últimos anos.

Não cabe nesse estudo avaliar cada uma das contradições desses direitos, contudo não podemos nos ater exclusivamente à letra da lei e à doutrina e jurisprudência, sem refletir um pouco sobre a controvérsia do tema.

Resta aqui apenas atentar para o fato de que a vida, o direito mais fundamental, é um grande exemplo, porque ainda que indiscutível sua plenitude, ele comporta limitações, decorrentes da vida em sociedade e da sua constante evolução.

Registre-se, outrossim, que a conclusão a que se chega é que ninguém tem direito absoluto, sejam eles, indisponíveis, imprescritíveis, intransmissíveis ou irrenunciáveis, que não possam ser relativizados diante de um bem maior e do caso concreto.

2.6. Breve síntese sobre os temas mais polêmicos

O Direito de Família trata de questões delicadas, as quais, algumas vezes, extrapolam a esfera jurídica e se tornam temas polêmicos.

Isso pode ocorrer por meio da mídia, mas advêm especialmente do próprio ambiente jurídico, assim como em outras matérias. Como é comum em assuntos desse gênero, a existência de controvérsia provoca muitos debates e nem sempre conclusões unânimes.

É o caso, v.g., das uniões homossexuais, da guarda ser preferencialmente conferida à mãe, das diferenças entre o homem e a mulher, dos alimentos devidos pelo homem à mulher ou vice-versa, dos filhos gerados fora do casamento, dentre muitas outras.

Frise-se que esses exemplos não são afirmações, mas meras constatações de alguns temas muito em voga. Analisando-se a questão de forma mais ampla, abstraindo os exemplos e suas especificidades, temos a polêmica da própria família e das inovações que surgiram naturalmente com o passar dos anos.

Ao comentar em item prévio o aumento das formas de constituição da família, as evoluções entre marido e mulher, bem como entre genitores e filhos, ressaltou-se, de uma forma geral, a família na sociedade moderna, o que aqui merece ser lembrado.

Evidente que é necessário acompanhar essa evolução, adaptando-se a legislação e até mesmo a jurisprudência à atualidade. Tal cautela e atenção dos julgadores e legisladores são imprescindíveis à harmonia familiar.

O ilustre mestre Yussef Said Cahali questiona que

“há uma convicção generalizada de que a família moderna passa por uma crise profunda. Para alguns juristas, esta crise seria mais aparente que real ‘pois o que se observa é a mutação dos conceitos básicos, estruturando o organismo familiar à moda do tempo, que forçosamente há de diferir da conceptualística das idades passadas’. Em realidade, porém, é exatamente nesta notória mutação dos conceitos básicos, nestes “novos critérios” a que se submetem as relações do grupo societário, especialmente agora sob a pressão apologística da união estável sob a forma de “entidade familiar”, que reside a crise da família, na exaltação de pretensos valores novos e contingentes, e que se assinala pelo enfraquecimento gradativo da disciplina familiar, pela desconsideração paulatina do significado do vínculo matrimonial, pelo relaxamento dos costumes, pelas liberdades e concessões de toda ordem como justificativa do descarte de preconceitos tradicionais, criando com isto um quadro favorável ao aumento progressivo das separações entre cônjuges”. ²⁰(CAHALI, 2005, pág.24)

Depreende-se que a inquietação do citado jurista não só é polêmica, até porque está se tornando mais próxima da nossa realidade a cada dia. Não se pode negar que a sociedade familiar está se transformando gradualmente e provocando o surgimento de novos conceitos, além do relaxamento de vários princípios.

Isso ocorre devido ao anseio da própria sociedade, como é o caso do exemplo dado acima a respeito das uniões homossexuais. Sem pretender adentrar em cada exemplo, apenas para se ter uma noção, nada se falava a respeito da união homossexual no Brasil há alguns, não muitos anos atrás.

²⁰ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 11ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 24/25.

Não obstante os entraves da aceitação social, sem dúvidas, este é um assunto polêmico e que tem reflexos no mundo jurídico. Nosso ordenamento não trata da união de pessoas do mesmo sexo, contudo certamente os homossexuais são titulares de direitos e obrigações.

Da mesma forma que a mulher, apesar de não estar à margem do sistema, era "diminuída" em seus direitos até o advento do Estatuto da Mulher Casada em 1962, como já mencionado em item anterior, pode ser que, em breve, a condição do homossexual e sua vontade de se unir a outro seja reconhecida e regulamentada.

Não cabe nesse estudo verificar a união homossexual e defender ou criticar essa possibilidade, mas tão somente extrair desse exemplo mais um caso de mutação da sociedade que, de uma forma ou de outra, e em algum momento, obrigará o mundo jurídico a se posicionar, inclusive já há projeto de lei sobre o tema.²¹

Nas palavras de Sérgio Gischkow Pereira, “os fatos se impõem perante o Direito e a realidade força a sua adaptação a eles. Essa realidade se faz presente pela constante alteração dos costumes, mormente nas relações familiares, que evoluíram e se impregnaram de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade e realidade, afastando-se a hipocrisia, a falsidade institucionalizada e o fingimento, do que não pode negligenciar o ordenamento jurídico”.²²

Definitivamente as questões polêmicas tendem a permanecer no direito de família, mesmo porque diante das mudanças naturais a exigir regulamentação, as posições antagônicas perdurarão até que se possa uniformizá-las gradativamente com a evolução da sociedade.

²¹ Projeto de Lei nº 1.151, de 1995.

²² PEREIRA, Sérgio Gischkow, *Tendências modernas do direito de família*, RT 628/19.

3. DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

3.1. Considerações Iniciais

As tutelas de urgência surgiram como uma conseqüência natural de se imprimir efetividade ao sistema processual e como uma forma diferenciada de tutela jurisdicional que leva em consideração a cognição do juízo.

Diante das inúmeras dificuldades enfrentadas por aqueles que buscam a tutela do Estado, dada à notória crise da Justiça, surgiu a necessidade de se diferenciar as tutelas com o objetivo de resolver os conflitos sociais de acordo com prioridades.

Evidente que a intenção primeira do legislador e da Constituição se baseava na tutela exauriente, com maior chance de acerto e certeza jurídica.

Ocorre que a demora na entrega da prestação jurisdicional, problema que não assola somente o nosso país, provocou uma reação, daí o surgimento das tutelas diferenciadas, aí incluídas as urgentes, que buscam proteger o direito que não pode aguardar o tempo de um processo pelo rito ordinário, por exemplo.

3.1.1. Evolução das tutelas urgentes

A teoria das tutelas de urgência no processo civil brasileiro surgiu depois da concepção dessa forma de tutela em outras nações.

Os procedimentos atuais podem ser comparados, logicamente com a devida evolução, a métodos antigos oriundos de outras civilizações.

No caso do processo civil romano, podemos traçar um paralelo, como o douto José dos Santos Bedaque afirmou: “Parece possível estabelecer comparação entre procedimentos do direito atual que se iniciam com atos decisórios, precedidos de cognição sumária e coercitivos, e os interditos do processo romano.”²³ (BEDAQUE, 2006, pág.31)

Realmente esses interditos em muito se assemelham às tutelas de urgência atuais, como bem resume o citado jurista “no direito romano havia, portanto, dois sistemas de processo civil. Em um deles era possível a obtenção de ordem liminar, até sem a presença da parte contrária e mediante cognição sumária das afirmações do autor, se feitas conforme o édito. No outro havia pleno contraditório desde o primeiro momento, não era possível a emissão de mandado e a atividade cognitiva era privada.”²⁴ (2006, pág. 31)

O surgimento de um procedimento abreviado para casos emergenciais se deu a partir dos interditos do antigo direito romano. Em suma, esses interditos consistiam numa ordem emitida pelo pretor romano que impunha às partes um comportamento que garantisse o adimplemento da obrigação.

Seguindo a evolução das tutelas de urgência, ampliou-se esse instituto a partir do direito canônico, desvirtuando-se a aludida concepção clássica romana, porque tal mecanismo passou a ser usado em questões possessórias, suprimindo formalidades.

²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. Malheiros Editores, pág. 31.

²⁴ Ob. cit., pág. 31.

A partir do século XIII expandiu-se esse procedimento para inúmeras regiões europeias, da Espanha à Alemanha, passando pela França e a Itália.

Na Alemanha, por exemplo, os mandados podiam ser expedidos com ou sem cláusula justificativa, aparecendo já naquela época as primeiras noções do "*periculum in mora*" e do "*fumus boni iuris*", vindo a se constituir no fundamento principal das atuais medidas cautelares e até do próprio mandado de segurança.

No caso da tutela antecipada, também é possível vislumbrar alguma semelhança com os interditos romanos, porque eles permitiam, no começo do processo, a satisfação do direito do cidadão, ainda que diferentes fossem naquelas ocasiões em que o interdito implicasse em satisfação definitiva.

Com a evolução natural da sociedade, essa fórmula interdital era ressuscitada, às vezes, com novas feições, de acordo com o aparecimento de novas relações jurídicas, surgidas de novos conflitos de interesses.

Verifica-se, ainda, que a adoção deste ou daquele mecanismo está intimamente ligada às peculiaridades do plano material. Tanto que o surgimento de novas relações jurídicas no fim da Idade Média e na Renascença obrigou à redescoberta da fórmula interdital romana, a fim de atender às necessidades do direito material e das novas modalidades de conflitos.²⁵
(2006, pág.33)

Pode-se notar que desde aquela época havia dúvidas quanto ao que hoje se fala a respeito da possibilidade do processo cautelar antecipar a tutela de mérito.

²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. Malheiros Editores, pág. 33.

Ainda que controverso, esse tema já era abordado pelo douto Galeno Lacerda, o qual lecionava que:

No exercício desse imenso e indeterminado poder de ordenar 'as medidas provisórias que julgar adequadas para evitar dano à parte' poderia o juiz inclusive antecipar provisoriamente a própria prestação jurisdicional objeto da ação de conhecimento, espécie de cautela essa que, em seu entender, está compreendida na finalidade do processo cautelar: A finalidade do processo cautelar consiste em obter segurança que torne útil e possível a prestação jurisdicional de conhecimento e de execução. Nesta perspectiva, três necessidades podem surgir: a de garantir-se a prova, a de assegurar-se a execução quanto aos bens e a de outorgar-se desde logo a antecipação provisória.²⁶ (LACERDA, 1998, pág. 135).

De qualquer forma, a diferença entre tutela cautelar e antecipação de tutela será minuciosamente tratada em tópico vindouro, contudo salutar concluir que a busca pela efetividade da tutela jurisdicional, ainda que aparentemente recente, nasceu há séculos na Europa, maiormente na Itália.

Por inúmeras razões, sofreu mudanças de nomes, feições e formas de aplicação, contudo se manteve intacto o intuito de proteger aquele direito do cidadão que pudesse sofrer dano irreparável.

3.2. O liame entre as tutelas urgentes cautelares e antecipatórias

É sabido que os institutos das cautelares e das antecipações de tutela, em função de algumas semelhanças, como a urgência, se tornam distintas apenas por uma tênue linha em alguns casos.

²⁶ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I, 7ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1998, p. 135.

Assim, as tutelas urgentes, que podem ser de natureza cautelar ou antecipatória, muitas vezes exigem uma complexa atenção para diferenciá-las, porquanto ao analisar seus respectivos requisitos pode se vislumbrar alguma confusão entre elas.

Fundamentalmente e, de forma mais simples, o que as diferencia é o fato de que na cautelar se busca um meio para se efetivar e assegurar que o processo principal (aquele que busca o bem da vida) não tenha um resultado inútil, enquanto na tutela antecipada, o que se busca, na maioria das vezes, é o próprio bem da vida, só que de forma antecipada.

Aliás, é exatamente diante de determinadas situações de extrema urgência, ocasião onde se busca a efetividade das tutelas de urgência, que elas podem se confundir.

Não se afirma aqui nada além de possíveis semelhanças, porquanto restarão demonstradas as diferenças entre as aludidas tutelas de urgência.

3.2.1 Distinções entre as tutelas de urgência

Logicamente nesse item não se pretende especificar os requisitos das tutelas cautelares e antecipadas, até mesmo porque tal distinção será feita oportunamente.

O intuito é demonstrar a intenção do legislador ao instituir a Antecipação de Tutela no direito processual civil pátrio e demonstrar que apesar das características comuns, as medidas cautelares e as antecipativas são tecnicamente distintas.²⁷

²⁷ZAVASCKI, Teori Albino, *Antecipação de Tutela*, 5ª edição, Editora Saraiva, pág. 47 assevera: “Apesar das suas características comuns e da sua identidade quanto à função constitucional que exercem, as medidas cautelares e as antecipativas são tecnicamente distintas, sendo que a identificação de seus traços distintivos ganha relevo em face da autonomia de regime processual e procedimental que lhes foi atribuída pelo legislador.”

Como se sabe, a tutela antecipada busca adiantar o bem da vida perseguido, ou seja, é um adiantamento do objeto da demanda ou dos efeitos da sentença que concederá aquilo que foi pedido.

Na realidade, como só existia a tutela cautelar, esta era utilizada indiscriminadamente para solucionar os litígios até que se operou a reforma no direito processual civil brasileiro, com a introdução da tutela antecipada, deixando-se de utilizar a via cautelar, por exemplo, para casos irreversíveis.

Essa a primeira notável diferença entre as tutelas, qual seja, a concessão da tutela antecipada pode antecipar os efeitos materiais da sentença, o que pode ocorrer desde a propositura da demanda, em sede liminar ou até em sentença de primeiro grau.

De alguma forma, será possível acelerar a produção de efeitos práticos do provimento, assim, solucionando, em tese, a demora do processo, um dos motivos que certamente levou o legislador a propor o instituto.

Já no tocante à cautelar, pode-se notar que, ao contrário da tutela antecipada, seu intuito é garantir o resultado final, ou seja, assegurar o resultado prático do processo, em perigo por eventual demora e não antecipá-lo.

Em lição de Liebman, citado por Humberto Theodoro Junior, bem se esclarece que a cautelar se presta a garantir o eficaz desenvolvimento do processo para que o resultado atingido seja profícuo, assim, prestando a tutela jurisdicional.²⁸

²⁸ Liebman, Enrico Túlio, *Manual de Diritto Processuale Civile*, ed. 1968, vol. 1, nº 36, pág. 91, citado por Humberto Theodoro Junior, in *Processo Cautelar*, 24ª edição, Livraria e Editora Universitária de Direito, pág. 24: “A atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e ao profícuo

A divergência, contudo, surge mais acirrada na doutrina quanto à natureza dos efeitos da tutela antecipada e também por essa razão surgem os questionamentos a respeito das distinções entre os institutos.

Para o já citado José Roberto dos Santos Bedaque, a Tutela Antecipada não tem natureza cautelar e sim satisfativa²⁹, entretanto há posicionamentos em sentido contrário.

Ampliar essa discussão exigiria um estudo aprofundado acerca do tema, mas vale ressaltar que os pontos de vista diversos se devem às semelhanças entre os institutos.

resultado das atividades de cognição e de execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição.”

²⁹ Bedaque, José Roberto dos Santos, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, 4ª edição, pág. 302/304: “A tutela antecipada destina-se a acelerar a produção de efeitos práticos do provimento, para abrandar o dano causado pela demora do processo. Existem, todavia, modalidades diversas de antecipação, estruturas de maneira diferente e voltada para situações específicas.

Diverge a doutrina, todavia, sobre a natureza da providência consistente em antecipar efeitos da tutela jurisdicional, regulada no Brasil pelo art. 273 do Código de Processo Civil.

Trata-se de tutelar cautelar, ainda que sua eficácia atinja o próprio direito material, proporcionando a realização provisória de efeitos materiais da prestação jurisdicional satisfativa.

Tendo em vista posição metodológica assumida pela maioria da doutrina pátria, essa característica seria incompatível com o caráter cautelar da tutela, que somente pode ser assim considerada a se limitar a assegurar a utilidade do resultado do processo, sem implicar, todavia, a satisfação do próprio direito material postulado, mesmo que provisoriamente.

Além desse, outros fundamentos são invocados pela doutrina majoritária.

Para concessão da tutela cautelar, a cognição no plano material é realizada apenas para verificar a plausibilidade e o risco da demora. Na antecipação o juízo de probabilidade é feito com o fim de se entregar desde logo o bem da vida ao autor. A sentença ainda inexistente já produz efeitos como se existisse. A tutela cautelar, deferida em processo autônomo ou de forma incidente no processo de conhecimento, se esgota na prestação da segurança, garantido ao interessado não o próprio bem da vida pleiteado.

A tutela antecipada, além de provisória, implica satisfação do interesse material. Não se limita à conservação, confundindo-se com o próprio resultado final.

Embora se negue a natureza cautelar da tutela antecipada, reconhecem-se nela características próprias das tutelas emergenciais. Mas a cautelar, afirma-se, apenas assegura a pretensão, enquanto a antecipatória realiza a pretensão. Além disso, a primeira deve ser requerida mediante ação autônoma; a segunda, no próprio processo. Segundo tal posição, de um lado temos a tutela cautelar, meramente assecuratória. De outro, a tutela satisfativa precedida de cognição sumária.

Como a tutela antecipada tem pontos de semelhança com a cautelar, e isso, não se pode negar, como dito alhures, até mesmo em razão da provisoriedade e do fato de ambas se fundarem em cognição sumária, sem falar nos pressupostos, a tutela antecipada foi e ainda é muito confundida com a tutela cautelar.

Tal celeuma sobre as tutelas e suas hipóteses de cabimento renderá muito debate, mormente porque ambas tem a finalidade de contornar a falta de efetividade jurisdicional, provocando uma análise, muitas vezes, casuística.

Exatamente em função da possibilidade de cada caso concreto exigir uma prestação jurisdicional quando se trata de urgência é que torna a matéria infinita, em termos de estudo.

3.3. Temeridade *versus* satisfatividade das tutelas de urgência

O verbo tutelar significa proteger, defender e na linguagem jurídica, a tutela jurisdicional é garantia prevista na Constituição Federal.³⁰

Dessa forma, o Estado assume o compromisso de apreciar e, se for o caso, proteger devidamente a toda e qualquer "lesão ou ameaça a direito".³¹

³⁰ Todos têm direito á tutela jurisdicional. Essa afirmação, aparentemente simples, envolve uma das questões mais árduas da ciência processual, na vertente que estuda o relacionamento entre processo e Constituição.

O direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado e retirá-la de sua inércia está assegurado a todas as pessoas em sede constitucional. Ao dispor que “a lei não incluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (CF, art. 5º, XXXV), o legislador garante, de forma ampla e genérica, o acesso ao meio estatal destinado a proporcionar a tutela jurisdicional a quem dela necessitar.

Muito mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, proporciona a satisfação do direito não cumprido espontaneamente.

Essa visão, todavia, parte da premissa de que o autor da demanda, isto é, aquele que veio pleitear a tutela jurisdicional, seja o titular do direito afirmado. Deve o sistema constitucional ampará-lo, oferecendo a proteção estatal para seu interesse tutelado juridicamente na esfera material.

Mas nem todos os que se dirigem ao Poder Judiciário são realmente titulares de direitos. Muitos afirmam essa condição, mas não conseguem demonstrá-la, levando o juiz a rejeitar a pretensão apresentada.(Cfr. Bedaque, José Roberto dos Santos, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, 4ª edição,pág. 64/65)

Ocorre que alguns casos exigem do julgador uma providência imediata, sob pena de não se atender ao aludido comprometimento do Estado com o cidadão.

Nesses casos, quando se necessita de uma tutela de urgência, o julgador poderá se ver diante de uma situação de bens e/ou valores em conflito e terá que priorizar àquele que seja superior e mereça prevalecer no caso em concreto.

Por certo, são esses casos que trazem a discussão da temeridade *versus* a satisfatividade das tutelas de urgência, tratados nesse item.

Em regra, a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica se contrapõem nas tutelas de urgência, já que a primeira se relaciona à necessidade de solução imediata (ou rápida o suficiente a tutelar o direito em risco), enquanto a segunda exige cognição exauriente e contraditório pleno, o que, por óbvio, demanda tempo.

Afirmar o que deve prevalecer é função do juiz, que deverá analisar os pressupostos, que serão estudados em breve e, assim, encontrar a solução mais adequada, sempre se pautando pela justiça e a aplicação da legislação, da doutrina, da jurisprudência e dos princípios gerais de direitos na busca da prestação jurisdicional.

3.3.1. A problemática da necessidade da prestação jurisdicional

³¹ Artigo 5º, inciso XXXV, da C.F.: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Pode parecer simples, contudo harmonizar os princípios de direito, como o contraditório e a ampla defesa, bem como a legislação para se obter o fim desejado, em tempo apropriado e mediante uma decisão dotada de utilidade prática, nem sempre é possível.

Diante disso, não se pode negar a problemática na necessidade de prestar a tutela jurisdicional.

O devido processo legal, aquele correto, justo e de resultado útil e eficaz, para que a tutela obtida seja dotada de efetividade, exige uma máquina judiciária que corresponda às garantias constitucionais e a evolução da sociedade.

Aqui, de forma alguma, há qualquer crítica aos operadores de direito, mas é fácil constatar que o Judiciário, em termos de funcionamento e resultado, está longe de atender satisfatoriamente todos os cidadãos de maneira efetiva e rápida.

São dados estatísticos que comprovam a defasagem da máquina judiciária brasileira. Não há dúvidas que se busca atender melhor o cidadão, seja com a informatização, seja com as comissões de conciliações prévias, seja com as tentativas de desburocratizar a própria máquina, quando possível.

Apenas a ilustrar, na Justiça Federal em 2007 havia mais de seis milhões de processos em tramitação³² e na Estadual, no início do mesmo ano tramitavam 37 milhões de processos³³, conforme dados extraídos do endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça.

³²Extraído do Site http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/relatorios_anuais/relatorio_anual_cnj_2008.pdf consultado em 27 de maio de 2009: “A Justiça Federal era composta, no ano de 2007, por 1.447 magistrados, sendo 138 magistrados no 2º grau, 1.050 no 1º grau, 26 nas Turmas Recursais e 233 nos Juizados Especiais Federais. Vale ressaltar que tais quantitativos referem-se aos magistrados que atuam exclusivamente em tais instâncias. Atuavam, no ano em questão, 24.062 servidores ativos do quadro permanente ocupantes de cargo efetivo. No âmbito da Justiça Federal há cerca de 2,7 milhões de processos ingressados ou protocolizados no ano de 2007. A esse montante foram somados os 3,5 milhões de processos pendentes de outros exercícios, chegando ao quantitativo de 6,1 milhões de processos em tramitação na Justiça Federal, durante o ano de 2007. Desse total, 42% (2,6 milhões) foram julgados no mesmo ano, resultando na taxa de congestionamento igual a 58,1%.

É possível notar que o grande volume de processos naturalmente provoca a lentidão notória que atravança o Judiciário, daí a problemática da necessidade da prestação jurisdicional nos casos em que o cidadão luta contra o tempo.

Por certo, esse não é o único problema do sistema, contudo com sua constatação já se pode aquilatar a importância das tutelas de urgência.

3.3.2. A classificação das tutelas

Comparativamente com os anos anteriores, nota-se que nos últimos três anos (2004 a 2007) houve um aumento de 16% no quantitativo de processos julgados. Analisando os dados de litigiosidade por instância, a maior taxa de congestionamento está no 1º grau (78%), seguida pelo 2º grau (60,5%), pelo Juizado Especial (42,2%) e pela Turma Recursal (24,8%). A carga de trabalho⁷⁶ dos magistrados da Turma Recursal foi a maior registrada, sendo igual a 9.817 processos para cada juiz. Tal número foi obtido, em parte, devido à taxa de recorribilidade externa do Juizado Especial⁷⁷, de 24,3%. Os juizes dos Juizados Especiais são igualmente demandados, com carga de trabalho de 9.433 processos, seguido pelo 2º grau, com 8.108 processos por magistrado. O 1º grau obteve a menor carga de trabalho, com 2.264 processos para cada juiz. Tal resultado justifica-se pelo elevado quantitativo de juizes atuantes nesse grau de jurisdição. Em média, a Justiça Federal conta com menos de um magistrado para atender cada grupo de 100.000 habitantes. As exceções se dão nos tribunais da 1ª (sede no DF) e 3ª Regiões (sede em São Paulo), com uma razão de 1,3. São quase oito mil servidores por tribunal regional, e cerca de 61% deles são do quadro efetivo. Cada tribunal conta, em média, com 20 servidores por 100.000 habitantes, porém com muita variação por região: 1ª (17), 2ª (40), 3ª (21), 4ª (27), 5ª (16). Considerando somente os servidores do quadro efetivo, a média passa para 13 para cada 100.000 habitantes, novamente ficando a 2ª região com maior índice (21) e a 5ª região com o menor (9).”

³³Extraído do site http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/relatorios_anuais/relatorio_anual_cnj_2008.pdf em 27 de maio de 2009: “A Justiça Estadual era composta, em 2007, por 11.118 magistrados e 137.156 servidores ocupantes de cargo efetivo. Entre os magistrados, 8.541 (77%) são juizes de 1º grau, 1.477 (13%) atuam na 2ª instância, 974 (8%) possuem competência exclusiva nos Juizados Especiais e 176 (2%) nas Turmas Recursais. No mesmo ano foram protocolizados cerca de 17,5 milhões de processos: 1,6 milhões são da competência dos tribunais estaduais de 2º grau, mais de 11 milhões referem-se ao 1º grau, 4 milhões são do Juizados Especiais e 268 mil pertencem às Turmas Recursais. No início de 2007, já tramitavam na mencionada justiça 37 milhões de processos, os quais foram formados em períodos anteriores, mas, 14 milhões foram sentenciados, correspondendo a um percentual de 26% do total em tramitação. A taxa de congestionamento da Justiça foi de 74%. O maior congestionamento foi observado no 1º grau, com índice de 80,5%, instância em que a maioria dos processos – aproximadamente 79% dos processos da Justiça Estadual. As Turmas Recursais apresentaram apenas 43% de taxa de congestionamento. No 2º grau o congestionamento foi de 45,4% e, nos Juizados Especiais, de 51%.”

No presente estudo, o enfoque das tutelas restringe-se aquelas que agregam o termo “urgente” e não a um gênero maior, que cuida das tutelas mandamentais ou executivas, ou ainda das declaratórias, condenatórias e constitutivas, por exemplo.³⁴

As tutelas de urgência, procedimentos especiais, são evocadas diante do risco plausível de que a tutela jurisdicional não se possa efetivar, exigindo, assim, que sejam promovidas medidas imediatas para garantir o direito do cidadão.

Atualmente, o gênero “tutelas de urgência” possui duas espécies: a tutela cautelar e a tutela antecipada.

A tutela antecipada só passou a ser tratada, com tal nomenclatura, pelo Código de Processo Civil, a partir de 1994, contudo antes dessa data, já eram concedidas liminares com natureza de tutela antecipada (não com essa denominação, como dito), como os alimentos provisórios.

³⁴Bedaque, José Roberto dos Santos, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, 4ª edição, pág. 106/107) leciona que: “Diversas são as situações da vida em razão das quais alguém vai buscar a proteção jurisdicional do Estado. Todas se caracterizam pela não atuação espontânea de uma regra de direito material. Por vezes os destinatários da forma não se subordinam aos efeitos nela previstos, embora normalmente pudessem fazê-lo.¹

A não efetivação do direito material, quando possível seja feito espontaneamente, configura situação que Carnelutti denominou de lide, por ele definida como conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. São verdadeiras patologias, porque revelam mal funcionamento do ordenamento. Precisam ser eliminadas, a fim de que se restabeleça a normalidade da ordem jurídica violada.

A harmonia social, escopo maior do Estado em qualquer dos setores de sua atividade, é quebrada toda vez que as regras de direito substancial não são cumpridas voluntariamente pelos destinatários. Cabe á função jurisdicional a missão de atuar coercitivamente o direito e restabelecer a paz na sociedade.²

As modalidades de crise no plano do direito material são várias. Para cada uma delas o sistema processual prevê um tipo de solução adequada.

Assim, quem necessita eliminar a incerteza sobre a existência ou inexistência de um direito ou de uma relação jurídica³ tem à sua disposição a tutela declaratória.

Para colocar fim às crises de adimplemento, prevê o sistema, em princípio, o binômio condenação-execução. Primeiro, o titular do direito lesado obtém a tutela condenatória. Depois, para efetiva satisfação de sua pretensão, vale-se da tutela executiva.

Por último a necessidade de alteração na relação jurídica de direito material encontra no plano processual a tutela constitutiva. Sua obtenção opera no mundo dos fatos, automaticamente, o efeito pretendido. Sempre que a criação, a extinção ou a mera modificação de um direito ou de uma relação jurídica substancial depender de intervenção judicial adequada é a tutela constitutiva.”

Ambas as formas de tutela serão analisadas minuciosamente para que se possa entender a aplicação delas às questões de família, finalidade desse estudo.

3.3.2.1. Do formalismo exagerado

Esse tópico tem por finalidade a análise do formalismo exacerbado no tratamento das tutelas de urgência em qualquer âmbito, apesar de ser mitigado em questões de família, o que será estudado oportunamente.

Genericamente não são poucos os problemas enfrentados pela doutrina e pela jurisprudência brasileira na busca pela melhor interpretação e aplicação das disposições legislativas acerca do tema “tutelas de urgência” e esse formalismo apenas agrava essa dificuldade.

A necessidade incessante de acabar com a nebulosidade existente nessa matéria acaba por confundir ainda mais a aplicação aos casos concretos.

Como assevera o douto Barbosa Moreira: “*A ciência processual – melhor dizendo: a ciência jurídica - precisa aceitar o fato de que, em alguns assuntos, não lhe é dado fixar marcos de perfeita nitidez entre áreas limítrofes. E, às vezes, não é útil sequer tentar fazê-lo*”³⁵. (MOREIRA, 2004, pág.104)

Vale questionar se é eficaz ou produtivo buscar essa “nitidez” na diferenciação das tutelas de urgência, indagação essa que provavelmente sempre gerará divergências.

³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 8ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2004, p.104).

De qualquer forma, com a evolução dos entendimentos, passou-se a aceitar a fungibilidade entre os institutos, o que de certa maneira, possibilita afirmar que dadas às semelhanças, em alguns casos, é aceitável substituir uma pela outra.

No entanto, a discussão sobre a fungibilidade, como se verá em item vindouro, também provoca celeumas.

A arrematar, não há aqui qualquer crítica ao formalismo e ao ritual estabelecido no direito civil e processual civil brasileiro, mas apenas não se pode fechar os olhos para a problemática aqui exposta, referente ao direito que deve ser assegurado e o apego às formalidades.

O que se revela cogente é o fato de que se devem colocar à disposição dos cidadãos os instrumentos hábeis a todas as situações de lesões aos seus direitos, sobretudo nos casos urgentes e em estado de periclitção.

Como consequência dessa obrigação, fica a reflexão das prioridades, que devem ser analisadas concretamente e a importância das mudanças capazes de aprimorar a tutela jurisdicional.

3.4. Requisitos das tutelas de urgência

Os requisitos das tutelas de urgência apresentam diferenças ou, ao menos, recebem nomes diversos, como notoriamente são conhecidos, a saber: o *periculum in mora*, o *fumus boni iuris*, a prova inequívoca, a verossimilhança da alegação, dentre outros.

As tutelas de urgência, seja a cautelar, seja a antecipada, visam a uma maior efetividade na prestação da própria tutela jurisdicional, a permitir que o direito discutido seja resguardado e que certos bens sejam defendidos dos efeitos do tempo e da morosidade da Justiça, por exemplo.

Cabe analisar uma a uma as tutelas e seus requisitos.

3.4.1. Da tutela cautelar

A tutela cautelar visa a proporcionar efetividade a futuro provimento. Isso significa que o processo poderá alcançar seu escopo, assegurando a quem tem o direito o efetivo gozo do interesse tutelado.

Alguns processos permitem uma aceleração capaz de permitir o mesmo resultado sem a necessidade da tutela cautelar, contudo há casos que exigem tal medida sob pena de comprometimento de garantias processuais ou constitucionais, por exemplo.

Bem resume o jurista José Roberto dos Santos Bedaque que as medidas cautelares buscam conservar situações de fato ou de direito, possibilitando, assim, a incidência da tutela final sobre a realidade substancial não alterada no curso do tempo³⁶.

³⁶BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, 4ª edição, pág. 233/234 ensina e cita outros juristas assim aduzindo: Recorre o legislador, portanto as medidas tendentes a conservar situações de fato ou de direito, possibilitando, assim, incidência da tutela final sobre a realidade substancial não alterada no curso do tempo. Também pode valer-se da técnica da antecipação provisória dos efeitos práticos da tutela jurisdicional.

Tais medidas são denominadas cautelares e precedem a declaração e a atuação definitiva do direito material, exatamente para garantir a eficácia prática do provimento final. (326326. *Cfr. Enrico A. Dini e Giovanni Mammona, I provvedimenti d'urgenza, PP. 13-14.*)

A tutela cautelar difere fundamentalmente das demais tutelas jurisdicionais, cognitivas ou executivas, porque não se destina à atuação das regras do ordenamento jurídico substancial, não está fundada em um interesse juridicamente protegido pelo direito material.

Seu fundamento é a necessidade de preservar a efetividade da tutela jurisdicional definitiva, esta, sim, destinada à atuação da tutela jurídica, ou seja, da proteção conferida pelo legislador material.

Não se vislumbra utilidade prática ou teórica, portanto, na discussão a respeito de um suposto direito substancial de cautela. A tutela cautelar protege o resultado do processo, podendo, muitas vezes, produzir efeitos fáticos na situação material. Mas esta não constitui objeto do provimento cautelar, apesar de, a seu respeito, incidir

3.4.1.2. Do *periculum in mora*

O conhecido *periculum in mora* poderia ensejar grandes debates, contudo no presente estudo devemos nos ater ao seu significado.

Para o Ministro João Otávio de Noronha, “O *periculum in mora* significa o fundado temor de que, enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer fatos que prejudiquem a apreciação da ação principal. A hipótese de dano deve ser provável, no sentido de caminhar em direção à certeza, não bastando eventual possibilidade, assentada em meras conjecturas da parte interessada.”³⁷

Extraí-se desse trecho que o termo traduz aqueles casos que, por alguma razão, não podem aguardar uma tramitação demorada.

atividade cognitiva do juiz. Isso ocorre, todavia, não para afirmar a existência do direito subjetivo, mas do direito à proteção da efetividade do processo. (327 Cfr. *Enrico A Dini e Giovanni Mammone, ob. Cit., p. 15. Diante dessas premissas, já afirmei que não propositura da ação principal em 30 dias não gera decadência (CPC, art. 806). Trata-se de cessação da eficácia da tutela cautelar, porque não cumprido o prazo processual. Não se verifica a perda do direito material, mas apenas da garantia processual de efetividade da tutela final, ou seja, a tutela instrumental (cfr. Al n. 786.446-6, 1ª TACSP, 12ª Câmara, com referência às posições contrárias de Galeno Lacerda, Comentários, p. 382, de Alcides de Mendonça Lima, “Prazo para a propositura da ação principal”, RT 581/44-50). V. Tb. Nota 45 deste capítulo.*

³⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE. BENS. A questão trata da indisponibilidade de bens da recorrente, decretada em sede de ação cautelar preparatória de ação civil pública e que encontra regência no art. 7º da Lei n. 8.429/1992 (Improbidade Administrativa). A recorrente alega que as disposições do mencionado artigo desta lei foram violadas eis que não evidenciado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não havendo justificativa para a decretação da referida indisponibilidade de seus bens. Porém o Min. Relator esclareceu que a medida prevista no mencionado artigo é atinente ao poder geral de cautela do Juiz, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil, pelo que seu deferimento exige a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O *periculum in mora* significa o fundado temor de que, enquanto se aguarda a tutela definitiva, venham a ocorrer fatos que prejudiquem a apreciação da ação principal. A hipótese de dano deve ser provável, no sentido de caminhar em direção à certeza, não bastando eventual possibilidade, assentada em meras conjecturas da parte interessada. Inexistindo fatos positivos que possam inspirar receio de prejuízos ao erário público ocasionados em virtude da execução de contrato realizado pela Caixa Econômica Federal e empresa estrangeira (com filial devidamente regulamentada no Brasil), a liminar de bloqueio dos bens da referida empresa deve ser cassada. É incabível recurso especial fundado na alínea c do permissivo constitucional quando não atendidos os requisitos indispensáveis à comprovação da divergência pretoriana, conforme prescrições do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255 do RISTJ. Isso posto, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento. REsp 821.720-DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 23/10/2007, STJ, disponível em www.stj.gov.br

Isso não significa que o perigo esteja relacionado exclusivamente ao tempo, mas, sem dúvida, é o perigo do dano, de um prejuízo frente a uma situação periclitante.

Bem resume Ovídio Baptista da Silva: "Não é propriamente, como pensava Chiovenda, o perigo de retardamento da prestação jurisdicional que justifica a ação cautelar. É o perigo em si mesmo, referido à possibilidade de uma perda, sacrifício ou privação de um interesse juridicamente relevante e não o perigo de um retardamento na prestação jurisdicional."³⁸ (SILVA, 1974, pág. 28)

O risco de ser combatido pela medida cautelar diz respeito à utilidade que a tutela definitiva representa para o titular do direito. Isso quer dizer que o espaço de tempo compreendido entre o fato da vida, em razão do qual tornou-se necessária a intervenção judicial, e a tutela jurisdicional, destinada a proteger efetivamente o direito, pode torná-la praticamente ineficaz. Isso porque nesse período podem ocorrer fatos que comprometam sua atuação afetiva. É o fenômeno que a doutrina italiana denomina de *pericolo da infruttuosità*. Exemplifica-se com a alienação dos bens do devedor durante o processo, frustrando a atividade executiva.³⁹ (BEDAQUE, 2006, pág. 169)

Sem dúvida, a tutela cautelar exige o perigo do provimento final não ser concretizado, o tão famoso *periculum in mora* tratado nesse item.⁴⁰

³⁸ Silva, Ovídio Baptista, em *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*. 3ª edição, Ed. Rio de Janeiro 1974, página 28

³⁹ Bedaque, José Roberto dos Santos, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, 4ª edição, página 169

⁴⁰ "A tutela cautelar pressupõe a existência de perigo para a efetividade do provimento definitivo e, conseqüentemente, para o direito deduzido em juízo. O *periculum in mora* é característica essencial e distintiva do provimento cautelar.

Sem *periculum in mora* não há por que recorrer à tutela cautelar, pois ele representa a própria razão de existência dessa modalidade especial de proteção jurisdicional." (Ibidem, página 169)

3.4.1.3. Do *fumus boni iuris*

A expressão latina *fumus boni iuris* ou *fumus boni iuris* significa “fumaça do bom direito” e como se sabe é pressuposto da ação cautelar, assim como o *periculum in mora* tratado no item antecedente.

“Entende Calamandrei que o fim do processo cautelar é a antecipação dos efeitos da providência definitiva, antecipação que se faz para prevenir o dano que pode advir da demora natural da solução do litígio. Dada a urgência da medida preventiva, não é possível o exame pleno do direito material do interessado, mesmo porque isto é objetivo do processo principal e não do cautelar. Para a tutela cautelar, portanto, basta a provável existência de um direito a ser tutelado no processo principal. E nisto constituiria o ‘*fumus boni iuris*’”.⁴¹ (JUNIOR, 1976, pág. 73)

A fumaça do bom direito cautelar pode ser vista sob outro ângulo, aquele que verifica se a parte efetivamente dispõe do direito que será tutelado no processo principal, fazendo sentido, assim, a concessão da liminar para garantir a prestação jurisdicional daquele feito.

Essa fumaça é o grau de probabilidade da tutela vir a ser deferida em caráter definitivo no mencionado processo principal, sendo que quanto mais alto o aludido grau, maior a chance da medida ser concedida, porque maior a preocupação em assegurar possa a parte usufruir, no futuro, a tutela que postulou.

Esse juízo reflete a plausabilidade do direito invocado, a possibilidade de êxito da tese trazida aos cuidados do Judiciário, ou seja, tem que exhibir razoável probabilidade, a autorizar supor, com alguma segurança, que será, na lide principal, reconhecido o direito do requerente.

⁴¹ Theodoro Junior, Humberto, in *Processo Cautelar*, São Paulo, Ed. Universitária de Direito, 1976, página 73.

Sem dúvida, da explanação se nota o quão subjetiva pode ser a análise do conceito, no entanto quando forte o indício de um direito, aliado ao *periculum in mora*, o Julgador terá condições de, ao analisar cada caso, tomar as devidas providências para conservar e assegurar seja a tutela jurisdicional efetivamente prestada.

3.4.2. Da antecipação de tutela

A figura da antecipação de tutela, como mencionamos, surgiu no processo civil brasileiro e certamente é uma das mais importantes reformas em nossa lei processual.

O artigo 273 do Código de Processo Civil prevê essa medida de urgência desde que verificados os requisitos nele previstos.

Mencionado artigo, absolutamente inovador se comparado ao processo civil clássico, busca outorgar efetividade aos direitos dos cidadãos e não se restringe à matérias urgentes.

Como bem se sabe, essa tutela além de poder ser concedida em casos de urgência, pode também se basear em abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado, conforme inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Nosso enfoque é para aqueles casos em que existe urgência a exigir a antecipação na prestação da tutela jurisdicional. São casos que podem, inclusive, autorizar a concessão antes da oitiva do réu, porquanto o demandante pode ser lesado antes que haja tempo hábil para a citação ou a apresentação de resposta, ou ainda, já ter sido lesado. São aqueles casos em que o contraditório é realizado de forma diferida, dada à urgência da medida que exige atuação imediata do Poder Judiciário.

Nos itens seguintes, melhor se explicará os requisitos para a concessão da tutela antecipada, contribuindo para a compreensão do instituto e para sua diferenciação da tutela cautelar, com a qual apresenta numerosos pontos de contato, impondo à parte a comprovação dos requisitos e pressupostos similares, a exigir a urgência incomum da atividade judicante.

3.4.2.1. Da prova inequívoca

O artigo 273 do Código de Processo Civil trata da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações como requisitos para a concessão da tutela antecipada.

Cabe tratar nesse item da chamada “prova inequívoca”, apesar de estar intimamente relacionada à “verossimilhança das alegações”.

O termo “inequívoca” qualifica a prova que tem o condão de permitir a utilização da medida antecipatória e significa que esta prova tem que ser suficiente ao convencimento do Julgador de tal forma que o leve a um juízo da verossimilhança dos fatos alegados.

Não se trata de uma certeza, mas de um grau de convencimento tão certo que torna a situação verossímil, justificando, assim, a antecipação de um provimento final.

O douto professor Marinoni bem resume a questão lecionando que a prova inequívoca é aquela capaz de convencer o julgador da verossimilhança da alegação, aduzindo, ainda, que é aquela suficiente para o surgimento do verossímil, como salientado acima.⁴²

⁴² Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, em Código de Processo Civil comentado artigo por artigo, 4ª tiragem, editora RT, página 271, em comentários ao artigo 273 do C.P.C. leciona:

A compreensão desse requisito e da verossimilhança é extremamente relevante, porquanto há uma linha tênue entre a efetiva necessidade de adoção de uma determinada medida liminar *inaudita altera parte*, por exemplo, e a ofensa a princípios constitucionais.

Para que não se acarrete prejuízo desproporcional à parte suplicada, que, como dito acima, pode até nem ser ouvida em um primeiro momento em casos excepcionais, o julgador tem que se ater às minúcias concretas para averiguar o quão inequívoca é a prova a justificar a antecipação de um provimento casuisticamente, antes, ou mesmo depois, da apresentação de defesa pela parte requerida.

Existirá, destarte, prova inequívoca quando houver uma prova consistente, robusta, apta a formar a convicção do julgador de forma segura quanto à probabilidade da existência do direito pleiteado.

3.4.2.2. Da verossimilhança da alegação

Para entender a verossimilhança da alegação, necessário se ater ao quadro fático apresentado pelo demandante e à posição do julgador que deverá confrontar as afirmações com as provas carreadas ao pedido de antecipação da tutela jurisdicional para chegar a um juízo de verossimilhança.

“A chamada “prova inequívoca”, capaz de convencer o julgador da “verossimilhança da alegação”, apenas pode ser compreendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, situação que tem apenas ligação com o fato de que o juiz tem, nesse caso, um juízo que é formado quando ainda não foi realizado plenamente o contraditório em primeiro grau de jurisdição. Os termos “prova inequívoca” e “verossimilhança” somente são pertinentes em alguns casos de tutela antecipatória fundada no inciso I do art. 273, CPC, e não nas hipóteses de abuso do direito de defesa e naquelas em que o processo já está em segundo grau de jurisdição, em virtude de recurso interposto contra a sentença. A “verossimilhança” a ser exigida pelo julgador deve sempre considerar: o valor do bem jurídico ameaçado de lesão; a dificuldade de se provar a alegação; a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação; e a própria urgência. Note-se, ainda, que a prova deve ser valorada, e até mesmo exigida de forma diferente, de conformidade com a espécie de tutela antecipatória requerida. Assim, se a tutela antecipatória é preventiva, a prova deve recair sobre uma alegação de fato que é indicio de que provavelmente vai ocorrer o fato violador (já que toda a teoria da prova do fato constitutivo foi pensada a partir de um fato já ocorrido, e assim com os olhos no passado). A tutela repressiva deve recair sobre o alegado fato passado.”

Esse “juízo” é um percurso do raciocínio que levará à decisão de conceder ou não a tutela antecipada e deve se fundar em critérios devidamente explicitados e justificados por exigência legal.

Na verdade, o problema surge quando esta convicção de verossimilhança não pode ser justificada somente nas provas produzidas, dada sua complexidade ou eventual dificuldade da produção de prova e considerando que, quanto maior essa dificuldade, menos se pode exigir.

De qualquer forma, o juiz terá que se convencer do direito pleiteado e poderá se auxiliar não só das provas, como do balanceamento dos valores em litígio, da reversibilidade da medida adotada, dentre inúmeros fatores que dependerão do caso concreto.

Esse juiz de verossimilhança ou de probabilidade para os casos de direito de família, que o presente trabalho tem o escopo de estudar, deve ser sopesado com a mesma cautela exigido nos demais âmbitos do direito, contudo muitas vezes para aliviar tensões e pacificar situações específicas se deixa de conceder para não inflar os ânimos ou, ao contrário, se concede a tutela antecipada para poupar a parte mais frágil.

Nesses casos, há um agravante, que é o envolvimento emocional entre as partes e, sobretudo, os menores cujo desenvolvimento sadio deve ser priorizado, item que deve ser considerado pelo julgador.

Essa sensibilidade não diferencia o fato de que o autor tem que demonstrar ao juízo que, à luz das provas por ele apresentadas, o fato jurídico conduz à solução e aos efeitos que ele almeja e a verossimilhança deve proporcionar ao Juízo a sensação de que a provisoriedade daquela medida antecipatória tem grandes e reais chances de vir a ser confirmada em sentença.

Em outras palavras, para que se possa oferecer àquele que veio ao processo pedir determinada solução o exercício do próprio direito por ele descrito e requerido se faz necessário o convencimento do julgador de que, ao que tudo indica, ele tem razão, ou ainda mais didaticamente, o julgador tem “quase certeza” da verdade dos fatos.

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar a atenção que se dá ao *fumus boni iuris*, prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, quando analisados conjuntamente.

Sem adentrar muito nessa matéria, vale notar que há um entendimento de que estes institutos não têm diferenças substanciais, mas diferentes graus.

"o juízo de verossimilhança ou de probabilidade, como é sabido, tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresente dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em mera "fumaça", que somente permite a visualização de mera silhueta, ou contorno sombreado de um direito". ⁴³(WATANABE ,Apud BEDAQUE, 2006, pág. 341).

No entanto, há quem entenda de menor relevância a questão dos graus, frente à identificação do fenômeno ⁴⁴ ou que faça clara distinção entre a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação em confronto com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.⁴⁵

⁴³ Citação feita por José dos Santos Bedaque, em nota de rodapé da obra *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 4ª ed., Malheiros Editores, pág. 341.

⁴⁴ “Como bem observa Dinamarco, a diferença de grau é secundária à identificação do fenômeno. Essencial é a suficiência da probabilidade e a dispensa de certeza quanto à existência do direito, característica presente tanto na cautelar, quanto na tutela antecipada.” (Citação feita por José dos Santos Bedaque, em nota de rodapé da obra *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 4ª ed., Malheiros Editores, pág. 341.)

Para o presente estudo, desnecessária maiores ilações sobre esse tema, já que se pretende analisar a aplicação das tutelas de urgência, particularmente no âmbito do direito de família, matéria por si só bastante ampla.

3.4.2.3. Do dano irreparável ou de difícil reparação

O artigo 273 do Código de Processo Civil, ora estudado, prevê em seu inciso primeiro a hipótese de existência de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” para que se possa antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida pelo requerente.

Cabe, portanto, entender melhor o dano irreparável ou de difícil reparação que enseja a urgência da prestação da tutela jurisdicional.

A antecipação dos efeitos da tutela pressupõe prova inequívoca que leve à verossimilhança do direito alegado, como visto e, no item em estudo, também o receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Deve se ter em mente que se somam os requisitos, tornando para essa hipótese indispensável o perigo de dano.

⁴⁵ Tutela antecipada: requisitos. Deferimento liminar.1. Ainda que possível, em casos excepcionais, o deferimento liminar da tutela antecipada, não se dispensa o preenchimento dos requisitos legais, assim a "prova inequívoca", a "verossimilhança da alegação", o "fundado receio de dano irreparável", o "abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu", ademais da verificação da existência de "perigo de irreversibilidade do provimento antecipado", tudo em despacho fundamentado de modo claro e preciso. 2. O despacho que defere liminarmente a antecipação de tutela com apoio, apenas, na demonstração do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora" malfere a disciplina do art. 273 pelo legislador para a salutar inovação trazida pela Lei nº 8.952/94. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 131853/SC, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA do STJ, julgado em 05/12/1997, DJ 08/02/1999, p. 276, extraído do site www.stj.jus.br em 28 de dezembro de 2009)

É o risco concreto, atual (ou seja, iminente) e grave, hábil a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte que pede a tutela jurisdicional.⁴⁶

Assim, o fundado dano será invocável com base em dados concretos, objetivos e diante de prejuízos significativos à esfera jurídica do requerente naqueles casos em que a falta de tutela ensejará um dano irreparável ou, pelo menos, de difícil reparação.

3.5. Do poder discricionário e do convencimento do magistrado

Ao falar em discricionariedade é bastante comum que seja sob a égide do Direito Administrativo, contudo nesse estudo trataremos do poder discricionário no processo civil.

O poder discricionário está intimamente ligado, no que tange à atividade jurisdicional, aqueles casos que demandam do juiz uma análise subjetiva da situação, podendo, assim, se posicionar de maneiras diferentes.

É exatamente nessas ocasiões que incumbe ao Julgador fazer valer a sua discricionariedade, a exemplo da instrução probatória, daí muito se fala em produção de provas ao convencimento do juiz, do poder geral de cautela e da antecipação da tutela jurisdicional.

⁴⁶ “O dano que enseja a tutela antecipatória é o dano concreto (não eventual), atual (iminente ou consumado) e grave (capaz de lesar significativamente a esfera jurídica da parte). O dano é irreparável quando os efeitos não são reversíveis. Pode ocorrer dano irreparável nos casos em que se alega lesão ou potencial lesão a direitos não-patrimoniais (por exemplo, direito à imagem, ao ambiente), a direitos patrimoniais com função não-patrimonial (quantia em dinheiro necessária para custear tratamento de saúde causado por um ato ilícito, por exemplo) e a direitos patrimoniais que não podem ser efetivamente tutelados por reparação pecuniária. O dano é de difícil reparação se as condições econômicas do demandado autorizam a suposição de que o dano será reparado de maneira efetiva.” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo, 4ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, página 269, em comentários ao artigo 273.)

Desde os primórdios do processo, o juiz ocupa um lugar na relação processual de extrema importância na busca por uma solução justa, o que não significa que o poder que o magistrado possui seja indefinido ou interminável.

Sem dúvida, esse seu poder discricionário encontra diversos limites, até porque são muitas as regras a serem seguidas e aplicadas em cada caso concreto, tudo para se chegar ao convencimento hábil a definir quem tem realmente razão ou alguma razão.

O Magistrado deve ser imparcial e nunca ter interesse próprio na disputa para que, ao final, possa reconhecer a razão e a verdade trazida pelos litigantes.

O juiz deve estar atento à legislação, à doutrina, à jurisprudência e aos princípios de direito, cabendo a ele ainda interpretar da melhor maneira possível o sistema normativo vigente, razão pela qual deve motivar suas decisões, a fim de possibilitar, inclusive, a defesa da parte e a interposição de recursos, aplicando o Direito vigente de forma democrática.

A garantia da motivação das decisões está prevista na Constituição Federal e também em normas infraconstitucionais processuais ⁴⁷, significando que, em todos os casos, mormente naqueles que o julgador imprime fatores valorativos de escolha, as razões de seu convencimento devem ser expostas de forma clara.

⁴⁷ Artigo 93 IX da Constituição Federal IX (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”); Também no Código de Processo Civil, como v.g., nos artigos 131 (“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”) e 165 (“As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”).

Na realidade, essa motivação, exigida em qualquer decisão, tem ainda maior relevância quando o Magistrado exerce esse imenso poder discricionário, uma delicada atribuição confiada à Magistratura, que torna ainda mais evidente sua necessidade, a possibilitar a exata compreensão da matéria decidida e seus motivos.⁴⁸

Esse amplo poder visa garantir a efetividade da tutela jurisdicional e está de acordo com a dinâmica realidade processual e, por outro lado, evita que o moroso sistema processual prejudique o cidadão que recorre ao Poder Judiciário para ser amparado.

Denota-se, portanto, a urgência novamente em tela, a exigir uma pronta prestação do Poder Judiciário que, com base no poder discricionário, tem meios para entregar o direito ao cidadão, quando considerar-se efetivamente convencido da medida a ser tomada no caso concreto.

No estudo em questão, referente ao direito de família, a participação do juiz pode ser ainda mais contundente, envolvendo-se o julgador na seara íntima dos requerentes.

Vale trazer alguns exemplos para aclarar a matéria. É o caso dos artigos 1567, 1573, 1584, 1589, do Código Civil⁴⁹, dentre muitos outros, que prevêm, de certa forma, que o juiz decidirá nos casos de

⁴⁸ “... Isso é fundamentação: o juiz dizer o que pensou à luz do que foi decidido e comprovado.” (Cássio Scarpinella Bueno, *Tutela Antecipada*, 2ª edição, Editora Saraiva, pág. 72)

⁴⁹ “Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.”

“Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.”

divergência entre marido e mulher sobre a gestão da sociedade familiar; que o juiz, além dos motivos elencados no artigo 1573 do C.C., pode considerar outros fatos a decidir pela impossibilidade da vida em comum; ou ainda, que o juiz avalie quem deve permanecer sob a guarda do filho comum e qual o regime de visitas do outro genitor.

São muitos os casos de intervenção do juiz nos conflitos familiares, mas ele deve ter em mente os limites dos poderes que exerce para chegar ao convencimento, sempre motivando suas decisões⁵⁰, em qualquer âmbito do direito, incluindo as questões de família, a seguir tratadas minuciosamente.

3.6. Das tutelas de urgência nos tribunais

Nunca é demais frisar que a urgência é atemporal, podendo exigir, portanto, a prestação jurisdicional também dos tribunais para proteger o bem da vida.

Há casos, portanto, de urgência que poderão ser trazidos à apreciação dos tribunais, seja por medida cautelar, por ação rescisória, por mandado de segurança, pela aplicação do artigo 273 do Código de Processo Civil, ou por outras vias.

“Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.”

“Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

⁵⁰ “... Isso é fundamentação: o juiz dizer o que pensou à luz do que foi decidido e comprovado.” (Cássio Scarpinella Bueno, Tutela Antecipada, 2ª edição, Editora Saraiva, pág. 72)

A tutela de urgência recursal se apresenta em diversas versões, como, v.g., naqueles casos de recursos direcionados às instâncias especialíssimas, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, quando se busca suspender os efeitos do julgado proferido por tribunal local.

Pode se observar também nos pleitos de autêntica antecipação de tutela recursal, por não ser suficiente que se suspenda o que decidiu o tribunal local.

Nos recursos ordinários de agravo de instrumento, embora aí não se trate de ação autônoma, como as acima citadas, pode se notar com clareza a pretensão de se dar efeito suspensivo ao recurso ou ainda, por sua vez, há outros casos em que tal recurso é interposto não para suspender decisão de primeiro grau, mas para acrescentar outra providência, por àquela decisão negada.

Ainda ao tratar de recurso, pode se observar a apelação, que tanto permite a concessão de efeito suspensivo, como também antecipação do provimento do recurso, o que é mais raro, mas possível.

No sistema processual brasileiro, a apelação, via de regra, tem efeito suspensivo, mas há suas exceções também, àquelas previstas nos incisos do art. 520 do CPC.

Por falar em efeito suspensivo, vale aqui abrir um parênteses para alguns comentários a respeito dessa consequência nos tribunais.

Ao contrário da apelação, o agravo de instrumento e os recursos especial e extraordinário não dispõem do referido efeito suspensivo, nem tampouco os embargos de divergência que seguem a mesma regra dos recursos que os antecedem (CPC, art. 542, § 2º).

Ocorre que, se demonstrada a necessidade de se agregar o efeito suspensivo a esses recursos, os tribunais podem assim determinar e realmente são muitos os meios para a concessão desse efeito a recurso que não o tem.

Vale citar a concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento ou à apelação, preenchidos os requisitos previstos em lei, ou ainda o ajuizamento de ação cautelar para obter efeito suspensivo a recurso especial ou extraordinário.

Sobre esse último tema, o Superior Tribunal de Justiça mantém 3 (três) entendimentos diferentes quanto ao assunto: aquele que segue orientação do STF, ou seja, não aceita a ação cautelar antes do juízo de admissibilidade do recurso especial; aquele aceita a cautelar antes até da interposição do próprio recurso especial; e, por fim, aquele que mescla o primeiro e o segundo entendimento, ou seja, segue a orientação do STF, contudo diante de casos de extrema urgência recebe a cautelar antes do juízo positivo de admissibilidade do recurso, ou até mesmo antes de sua interposição.

São entendimentos bastante diversos, que vão de uma liberalidade extrema ao formalismo, mas não se pode negar que há casos cuja excepcionalidade possibilita a adoção de medidas pouco usuais.

De qualquer forma, antes de ser admitido o recurso pelo tribunal local, a cautelar pode ser ajuizada onde fora proferido o acórdão recorrido, via especial ou extraordinário.

Assim, apesar da notória dificuldade de acesso à instância especialíssima, restou demonstrada a possibilidade de manejar uma cautelar perante o STJ e o STF, desde que respeitadas as regras acima expostas.

São inúmeras as medidas a assegurar a eficácia do provimento judicial e cada caso demanda uma atuação do Poder Judiciário. Não se pretende aqui analisar todos, mas podemos estudar exemplos que guardam relação com o direito de família.

Aliada a aludida excepcionalidade, nos recursos especiais interpostos em ações que tratam de alimentos, se podem notar casos em que, a despeito da súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça, a qual poderia impedir o julgamento do assunto, porquanto se faz necessário o reexame da matéria fático-probatória, é possível, em raras e específicas exceções, que a Corte permita a revisão do valor dos alimentos.⁵¹

Além da matéria concernente aos alimentos, os casos de família propiciam a ocorrência de relações de trato continuado e prolongado que usualmente exigem disciplina na sua fruição, como a guarda e visitação de filhos, a administração dos bens comum a partilhar, etc., exigindo, com frequência, a atuação dos nossos tribunais.⁵²

Diante da necessidade de preservar o direito daquele que recorre ao Poder Judiciário, essa atuação não pode se restringir ao exercício da jurisdição, porque esta deve ser exercida sim, mas de forma tempestiva e oportuna, razão pela qual as tutelas de urgência nos tribunais possuem relevância crucial no ordenamento jurídico.

⁵¹ Recurso Especial 665.561/GO, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2005, DJ 02/05/2005 p. 374, cuja ementa merece transcrição: “CIVIL E PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - RETENÇÃO LEGAL - AFASTAMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - NÃO INDICAÇÃO - OFENSA À LEGISLAÇÃO FEDERAL - ACÓRDÃO - OMISSÃO/CONTRADIÇÃO/FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA - ALIMENTOS PROVISIONAIS - CÔNJUGES - SEPARAÇÃO JUDICIAL - DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - SÚMULA 07/STJ - 'QUANTUM' EXORBITANTE - REDUÇÃO - POSSIBILIDADE.”

⁵² “Ao lado das duas espécies de tutela de urgência, cautelar e antecipatória, esta última nas suas duas modalidades, punitiva e assecuratória, temos as chamadas MEDIDAS INTERINAIS, consubstanciadas na necessidade de estabelecer-se disciplina à fruição de um direito que surge no curso de relações de trato continuado e prolongado, como só acontece nas relações de família. Por exemplo: a disciplina sobre a guarda dos filhos, a administração dos bens do casal a partilhar, a questão dos alimentos, dentre outras, precisam de solução provisória, enquanto se aguarda a sentença final quanto à separação do casal.” Trecho extraído da seguinte obra: ALVES, Eliana Calmon. Tutelas de Urgência. **Informe Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v.11, n. 2, p. 159-168, jul./dez. 1999, <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/39>, consultado em 22 de janeiro de 2010.

3.7. Conclusão

Restou evidente a frequência de situações de urgência no cotidiano a exigir posicionamento do sistema jurídico brasileiro, sobretudo nas matérias ligadas ao direito de família, o que será objeto de debate específico no item subsequente.

O ordenamento jurídico, por sua vez, com o escopo de impedir que o tempo comprometa o resultado e a efetiva atuação da tutela jurídica, contempla inúmeros procedimentos específicos que, como visto acima, protegem o bem da vida, ao invés de oferecer reparação posterior.

O que se deve ficar em mente é o fato de que a tutela não pode deixar de ser deferida por questão meramente procedimental, pois a tutela de urgência é de cunho constitucional, devendo o magistrado, ao analisar cada caso, determinar as adequações que julgar necessárias, buscando sempre dar ao cidadão uma Justiça mais célere e justa, atendendo determinada situação de urgência de forma equilibrada, ou seja, observando o conflito de interesses envolvidos e restabelecendo a paz.

4. DA APLICAÇÃO E AMPLITUDE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO DIREITO DE FAMÍLIA

4.1. Considerações Iniciais

O Direito de Família visto por alguns apenas como parte do Direito Civil, e, por outros, como um ramo autônomo da ciência jurídica, possui muitas peculiaridades, especialmente no que tange aos seus aspectos processuais.

Apenas a ilustrar, estas particularidades de que trataremos são reconhecidas, inclusive, pela nossa organização judiciária que, ao menos nas grandes cidades do país, colocou em prática as varas de família, órgãos julgadores separados das varas cíveis.

Esse ramo do direito aparece de forma distinta exatamente em razão da sua importância e dos seus objetivos preponderantes relacionados ao direito civil.⁵³

Pode-se afirmar até que a legislação vai se adequando aos fatos, na tentativa de aliviar as tensões, fazendo uso, dessa forma, das tutelas de urgência com frequência.

A rápida resposta jurisdicional é corriqueira aos casos de família que, ao contrário do que alguns podem pensar, são muitos e não se restringem à separação e divórcio, por exemplo.

Em princípio, só se falava em medidas cautelares, mas hoje se fala em tutela antecipada, através da nova redação que foi dada ao artigo 273 do Código de Processo Civil e também na tutela provisional, aquelas medidas enumeradas no artigo 888 do mesmo diploma legal, como a posse provisória de filhos, o afastamento de um dos cônjuges do lar conjugal, dentre outros casos que interessam ao nosso estudo.

⁵³ “O direito de família tem por objeto a exposição dos princípios jurídicos que regem as relações de família, quer quanto à influência dessas relações sobre as pessoas, quer sobre os bens. O casamento, base da sociedade, e, com a entidade familiar, fonte legítima da organização familiar; os atos relativos à legitimação e reconhecimento de filhos nascidos fora dele, o pátrio poder, o estado civil das pessoas; a tutela, criação cujo fim fora suprir a autoridade do chefe de família e hoje é o de representação ou assistência aos menores, e a curatela, instituição destinada a proteger os que estão inibidos de governar suas pessoas e bens, tais são os assuntos gerais que formam o quadro do direito de família (Lafaiete Rodrigues Pereira, *Direitos de Família*, 1). Sob esse título, os Códigos Civis modernos juntam normas de direito que não pertencem, rigorosamente, ao direito civil: ora concernem ao direito público, ora ao comercial, ora ao penal e ao processual. Esses acréscimos não alteram, todavia, o seu caráter preponderante de direito civil.” Pontes de Miranda em *Tratado de Direito de Família*, Editora e Distribuidora Bookseller, Volume 1, Ed. 2001, pág. 75.

De qualquer forma, as divisões e procedimentos podem ficar em um segundo plano, até porque na vida real as coisas não se passam de modo tão linear, dentro de critérios puramente lógico-formais, como se fosse possível estruturar todo um processo antes de proteger o direito do menor ou do alimentando.

As situações chegam a tanta litigiosidade que a ingerência do Poder Judiciário se faz necessária para evitar danos realmente irreparáveis.

Na aplicação casuística, item vindouro, se cuidará, v.g., da separação de corpos, que em casos extremos exige intervenção policial, ou a fuga de um dos cônjuges para que possam proteger a própria vida ou de seus filhos.

Certamente, em casos como esses, não se poderia admitir um trâmite burocrático e lento, exigindo medida célere, daí se pode antever a amplitude das tutelas de urgência no direito de família que toma proporção significativa e, muitas vezes, afasta o formalismo da legislação e até da jurisprudência, pois lida com direitos personalíssimos e indisponíveis.

Necessário se ater também ao fato de que esses direitos sofrem alterações de acordo com a evolução da sociedade e de sua mutação, exigindo posições diferentes com o decurso do tempo que podem não estar previstas na legislação.

Há exemplos desse comportamento da sociedade a demandar transformações, como a já aprovada Lei que prevê a guarda compartilhada, os alimentos gravídicos ou ainda, projetos, como o elaborado pelo IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), ao qual se nomeou "Estatuto das Famílias" e discute, dentre outros assuntos, o reconhecimento das inúmeras formas de família hoje existentes.

Sem dúvida, muitas são as situações de extrema relevância vividas em nossa sociedade nos dias de hoje que não encontram previsão no Código Civil que entrou em vigor em 2003, trazendo novos dispositivos ao código de 1916, mas de qualquer forma, nos casos de família, previstos ou não na legislação, se faz freqüente e necessária a pronta atividade do Judiciário através das tutelas de urgência.

4.1.1. O bem da vida

O direito de família disciplina relações que envolvem valores subjetivos e extremamente sensíveis, que exigem a mencionada solução rápida do litígio instaurado.

Essa imediata resposta às pretensões formuladas deve ser adequada e tempestiva para que o bem da vida perseguido não sofra qualquer lesão.

A entrega do bem da vida no âmbito do direito de família se viabiliza, com freqüência, por meio das tutelas de urgência, daí sua amplitude expressiva nas relações familiares.

A tutela antecipada e a cautelar fazem parte da rotina desse âmbito jurisdicional, da mesma forma que o poder geral de cautela do juiz. Um não elimina, nem diminui o outro, coexistindo todos ao mesmo tempo, ou seja, a tutela antecipada não eliminou o poder geral de cautela, nem tampouco esvaziou o processo cautelar.⁵⁴

⁵⁴ Theodoro Junior, Humberto. *Processo Cautelar*. 25ª edição revista e atualizada, editora Leud, página 479.

Falando propriamente sobre o bem da vida nessa área do direito, o objetivo perseguido pelo requerente pode ser de cunho material ou não e, de acordo com essa qualidade, muitas diferenças podem ser traçadas.

A partilha de bens, por exemplo, não sugere de antemão urgência, contudo se vista pelo foco da necessidade de conservá-los para oportunamente poder realizar a divisão, naqueles casos em que o regime de bens assim estabelece, pode ter sim a urgência, razão do ajuizamento das medidas cautelares de arrolamento de bens.

Em outras palavras, pode ser ou não uma urgência e, da mesma maneira, podem outras matérias sofrer a mesma variação, o que será analisado casuisticamente.

Isso é bastante interessante no direito de família porque o bem da vida perseguido pode ser o mesmo, no entanto urgente em alguns casos e em outros não, porém independente disso a urgência existe para que o direito possa protegê-lo.

O bem da vida pode, inclusive, surgir à margem do modelo posto como correto e igualmente merece regulamentação. Esse tema, aliás, é muito analisado por Maria Berenice Dias, mas também polêmico para nos concentrarmos nele nesse estudo.⁵⁵

⁵⁵ “As famílias modernas ou contemporâneas constituem-se em um núcleo evoluído a partir do desgastado modelo clássico, matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, patrimonializado e heterossexual, centralizador de prole numerosa que conferia *status* ao casal. Neste seu remanescente, que opta por prole reduzida, os papéis se sobrepõem, se alternam, se confundem ou mesmo se invertem, com modelos também algo confusos, em que a autoridade parental se apresenta não raro diluída ou quase ausente. Com a constante dilatação das expectativas de vida, passa a ser multigeracional, fator que diversifica e dinamiza as relações entre os membros.” em Artigo publicado na Revista Trimestral de Direito Civil, Ed. Padma, v. 04, p. 273/280; Revista Brasileira de Direito de Família, nº 08, jan-fev-mar/2001, p. 62/69; CD-ROM Juris Síntese Millennium, Síntese Publicações, nº 40 abril – maio/2003; CD-ROM Juris Síntese Millennium, Síntese Publicações, nº41 maio – junho/2003; no site Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 26 ago. 2003 e no site Trinolex. Disponível em: <<http://www.trinolex.com/artigosview.asp?id=201&icase=artigos>>. Acesso em 16 jul. 2004

Vale apenas refletir sobre as inúmeras possibilidades de *bem da vida* perseguidos nesse âmbito do Direito que só tendem a se multiplicar diante dos avanços importantes em benefício daqueles cidadãos de amanhã e da própria evolução e modificação da sociedade.

4.2. A problemática das tutelas de urgência em questões de família

Diante da busca pela efetividade e da necessidade de sanar a morosidade na prestação jurisdicional, o direito processual estabeleceu uma série de medidas de urgência, aptas a solucionar os conflitos de interesses, o que ocorre usualmente nas relações de família.

Com essa prerrogativa, surge uma multiplicidade de complexas situações litigiosas que podem ser levadas a juízo a demandar urgência, contudo a dificuldade está no risco de se excluir direitos igualmente merecedores de tutela, na execução, na provisoriedade e na satisfatividade das medidas que podem ser postas em prática.

4.2.1. A executoriedade

A tutela jurisdicional de urgência visa eliminar o risco e garantir a efetividade da prestação jurisdicional, sobretudo nos casos de família, normalmente não suscetíveis de reparo pela tutela meramente ressarcitória.

Desta forma, de nada adiantaria a concessão da medida de urgência, se esta não fosse executada de imediato.

Seria o mesmo que, em vocabulário popular, “ganhar, mas não levar”. Obviamente, isso não significa que não possa o cidadão recorrer, ou que seja irreversível o desfazimento do ato, contudo possibilita a efetiva entrega do bem da vida.

É manifesto que, se a executoriedade das tutelas de urgência caísse na vala comum da execução forçada, restaria à parte apenas torcer, o que, com toda certeza não é a idéia dos institutos criados para atender os casos que exigem apreciação imediata.

4.2.2. A importância da efetividade

Como visto, as questões de família merecem abrigo e um dos entraves mais suscitados é a demora na tramitação dos feitos na Justiça Nacional.

Esse é um dos temas constantemente enfrentados pelos estudiosos, sendo que é notória a morosidade, tendo um feito, comumente, tempo de duração além do apropriado.

A efetividade e sua importância estão relacionadas ao resultado que se busca em um processo, normalmente com um lapso temporal célere. A dificuldade, contudo, é observar os direitos e garantias constitucionais para que “dando aqui não se tire dali”, com o perdão da expressão popular.

Pede-se vênias para explicar que a aludida frase apenas demonstra que a incessante busca pela efetividade não pode desequilibrar o ordenamento jurídico como um todo.

Sem dúvida, essa não é uma tarefa fácil, tanto que foi necessária a previsão das tutelas provisórias e também das urgentes e muito provavelmente em breve será necessário prever uma tutela urgente “urgentíssima”.

De início, as tutelas cautelares possibilitaram, pelo poder geral de cautela concedido ao julgador, a concessão de medidas liminares, possibilitando uma resposta rápida aos anseios da sociedade.

Tal medida sofreu modificações ao longo do tempo, até porque com a introdução feita em 1994 pela Lei nº. 8.952 à redação do art. 273 do CPC originou o instituto da antecipação de tutela, trazendo mais uma frente para atender ao cidadão que recorre ao Judiciário e incrementando a efetividade da tutela jurisdicional.

Pode se prever que a evolução não parará por aí. É natural, inclusive diante das necessidades do ser humano, a precisão cada vez maior de uma resposta rápida por parte do Estado e de fruição urgente.⁵⁶

⁵⁶ “A necessidade de recorrer à atividade jurisdicional do Estado, para obtenção de tutela, significa a existência de fenômeno patológico no plano das relações substanciais. A busca da proteção jurisdicional revela que algo não vai bem em determinada relação jurídica material.

O exercício do direito de ação implica formulação de pedido, dirigido ao órgão jurisdicional do Estado, de tutela para determinada situação da vida que, segundo se afirma, encontra amparo no ordenamento jurídico material. A obtenção da tutela jurisdicional pressupõe, em princípio, prévio conhecimento da matéria deduzida pelas partes, mediante exame pleno e exauriente realizado pelo juiz.

Essa técnica é adotada na maioria das situações submetidas à jurisdição. Somente após atividade cognitiva plena, exauriente, poderá o juiz autorizar medidas de natureza coercitiva, visando à satisfação do direito afirmado.

Para corresponder a seus fins institucionais, todavia, a tutela jurisdicional deve atribuir ao titular da situação jurídica violada proteção efetiva, não só reconhecendo e atuando o direito mas, e principalmente, fazendo-o de modo a que esse resultado prático possa a ser útil a quem dele precisa.

A verificação de que esse ideal ainda não se transformou em realidade representa fator de frustração para o processualista, tão zeloso com a efetividade de sua ciência. Daí a procura incessante de mecanismos destinados a dotar o processo de maior utilidade prática para quem tem de recorrer a esse meio de solução de controvérsias, especialmente nas situações em que a necessidade de urgência não permite aguardar o tempo necessário à cognição plena.

De fato, o tempo decorrido entre o pedido e a concessão da tutela satisfativa, em qualquer de suas modalidades, pode não ser compatível com a urgência de determinadas situações, que requerem soluções imediatas, sem o quê ficará comprometida a satisfação do direito.

Daí a necessidade de serem adotadas medidas destinadas a afastar esse estado de risco para a efetividade da tutela satisfativa. É preciso eliminar o perigo de ineficácia da providência jurisdicional definitiva.

A grande luta do processualista moderno é contra o tempo. Isso porque, quanto mais demorar a tutela jurisdicional, maior a probabilidade de a satisfação por ela proporcionada não ser completa. De outro lado, impossível a entrega imediata da prestação, pois a verificação da efetiva existência do direito demanda exame cuidadoso dos fatos alegados, o que não pode ser feito instantaneamente.

Isso continuamente sem se esquecer de que a efetividade do processo tem de conviver com a segurança jurídica, possibilitando argumentação em tempo adequado a permitir recebam os envolvidos uma decisão legítima e coerente, sem ofensas às garantias constitucionais.

A efetividade possui diversas abordagens, no entanto nesse estudo necessário compreender que não se limita a uma “justiça rápida”, mas sim a uma justiça que todos têm direito, o que significa que não basta poder “ir a juízo”, ao contrário, já que todo tem direito à adequada tutela jurisdicional e, assim, efetiva.

Nesses casos, pode ser necessária a atuação mais contundente de um juiz para impedir que os males da estrutura judiciária não impeçam que ele exerça sua função social, sistematizando harmonicamente a lei, as garantias fundamentais, como a do devido processo legal, ou do contraditório, e a efetividade.

É fato que, além das normas elaboradas, do próprio direito e do instrumento (processo), é fundamental a atuação do juiz para viabilizá-las.⁵⁷

Talvez o maior problema enfrentado pelo operador e pelo consumidor do processo seja a compatibilização entre dois valores opostos: urgência na entrega da tutela e necessidade de investigação dos fatos constitutivos do direito pleiteado.

O próprio direito material, aliás, sem considerar os problemas decorrentes da demora do processo, já prevê mecanismos para compensar o não adimplemento espontâneo da obrigação (correção monetária, juros de mora, multas).

Mas no plano processual encontra-se o maior obstáculo à plena efetividade do direito material, nas hipóteses em que sua atuação não se opera voluntariamente. É a longa duração dos processos, mesmo não considerada a situação patológica do sistema judiciário brasileiro.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4ª ed. Malheiros Editores, pág.117/118).

⁵⁷ “A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material.

O encontro da técnica processual adequada exige a interpretação da norma processual *de acordo* com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, e também, para se evitar a declaração da sua inconstitucionalidade, o seu tratamento através das técnicas da interpretação *conforme* e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto. 4” (MARINONI, Luiz Guilherme, *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*, Professor Titular de Direito Processual Civil na UFPR. Advogado em Curitiba e em Brasília, extraído do site www.professormarinoni.com.br, em 15 de março de 2010.)

É necessário compreender que Direito não se resume à existência de leis e, em matéria de família, certamente pode se exigir que a atuação do juiz seja até mesmo o contrário de tudo quanto explicitado acima, porquanto há casos que demandam certo tempo de maturação ou até mesmo estudo mais aprofundado dos julgadores.

Em contrapartida, se bem decidido um pedido inicialmente, o processo pode ser rápido e muitas vezes incentivar um acordo entre as partes. Daí a diferença que faz um julgador parcimonioso e atento.

Em síntese, em direito de família, algumas soluções jurídicas têm que ser tempestivas para serem verdadeiramente eficazes, mas isso nem sempre significa imediatas.

Essa tempestividade no âmbito da família tem caráter extremamente relevante porque cabe ao julgador dosar a lei e as medidas nela previstas para a pacificação social do caso.

4.2.3. A provisoriedade

A marca da provisoriedade é característica das tutelas de urgência, que exigem prestação pronta e imediata diante da possibilidade de grave dano, prejuízo irreparável ou de difícil reparação, impossibilitando, assim, a cognição exauriente.

A possibilidade de revogação ou modificação a qualquer tempo se deve a isso, já que se sujeita ao arbítrio do juiz qualquer alteração diante da efetiva mudança do estado de coisas.

D'outra parte, enquanto prevalecer a realidade que justificou a decisão, não há justificativa para alterar-se aquilo que foi decidido. É decorrência natural da provisoriedade a possibilidade de revogação ou modificação, observados os critérios legais.

Por ser a provisoriedade uma característica decorrente dessa cognição sumária ou superficial que fundamenta a decisão sobre um pedido liminar, realmente esta medida aguardará uma decisão definitiva, ou seja, decorre daí a relação de provisoriedade.

Há, ainda, debate sobre a provisoriedade e a temporariedade no que diz respeito às tutelas cautelares e antecipatórias⁵⁸, sobre a importância na distinção desses conceitos.

⁵⁸ “Parece-nos que o ponto de partida para uma melhor compreensão dos institutos jurídicos das tutelas de urgência esteja na distinção entre **provisoriade e temporariedade** feita por CALAMANDREI: **“Temporário é simplesmente aquilo que não dura sempre, sem que se pressuponha a ocorrência de outro evento subsequente que o substitua: enquanto o provisório, sendo como o primeiro também alguma coisa destinada a não durar para sempre, ao contrário daquele, está destinado a durar até’ que sobrevenha um evento sucessivo que o tome desnecessário, existindo, portanto, entre a provisoriedade típica dos provimentos cautelares e a providência subsequente uma relação peculiar, capaz de tomar desnecessário o provimento cautelar quando o provimento definitivo sobrevenha, fazendo com que seus efeitos desapareçam”**.”

Seguindo essa mesma linha de pensamento, o Professor OVÍDIO retomou mais recentemente no Brasil a preocupação com o tema com o escopo de facilitar a distinção entre tutelas de natureza meramente cautelar e as tutelas antecipatórias, bem como, para a sustentação da tese que define as cautelares como instrumento de proteção do direito da parte ao invés de defesa da jurisdição ou do processo.

Para facilitar a compreensão mais adequada da diferenciação, o Mestre gaúcho utiliza-se do exemplo empregado por LOPES DA COSTA (**Medidas Preventivas**, p. 16, 2ª ed.), a respeito da construção de um edifício: os andaimes colocados num prédio são temporários, mas não provisórios, porque eles devem permanecer até que o trabalho exterior da edificação seja concluído. **“São, porém, definitivos, no sentido de que nada virá substituí-los. Esta temporariedade, no entanto, difere do modo como o desbravador do sertão se serve da barraca onde acampa, até que possa construir uma habitação definitiva. A barraca, neste caso, desempenha uma função ‘provisória’, dado que seu uso estará limitado ao tempo necessário à construção da habitação definitiva que a substituirá. O provisório é sempre trocado por um definitivo”**.

Compartilhamos com OVÍDIO sua tese quando combate a teoria de CALAMANDREI e afirma que as medidas cautelares devem ser temporárias e não **provisórias**, de modo a atender, em resumo, as seguintes exigências: **“a) não deverão ter sua duração determinada pela emanção de uma providência definitiva ‘que as substitua’, mas haverão de durar enquanto dure o estado perigoso (...); b) as medidas cautelares haverão de consistir, sempre, numa forma especial de tutela jurisdicional diversa daquela que será a tutela satisfativa (realizadora) do direito assegurado, devendo limitarem-se a ser uma forma de proteção menor (minus, ou algo diferente (aliudi) em relação a tutela satisfativa correspondente (...); c) se a medida cautelar deve durar enquanto existir o ‘estado perigoso’, então a exigência fundamental é que ela não crie uma ‘situação fática definitiva’, ou uma situação cujos efeitos sejam irreversíveis. Quer dizer, a medida cautelar deverá ser em si mesma temporária, e igualmente temporária em seus efeitos”**.

Segundo CALAMANDREI - seguido ainda hoje por uma plêiade considerável de processualistas, inclusive brasileiros - o escopo precípua das ações cautelares seria **antecipar os efeitos da jurisdição**,⁵⁸ aparecendo a sua garantia a serviço de ulterior atividade jurisdicional, a qual deverá restabelecer em modo definitivo a

A temporariedade, aspecto intrínseco às cautelares e a provisoriedade, elemento da antecipação satisfativa da tutela de mérito é tema tratado por Lopes da Costa em exemplo didático:

“‘Temporário’, em verdade, é o que dura determinado tempo. ‘Provisório’, porém, é o que, por algum tempo, serve até que venha o ‘definitivo’. (...) Os andaimes da construção são ‘temporários’. Ficam apenas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio. São, porém, definitivos no sentido de que nada virá a substituí-los. Já, entretanto, a barraca onde o desbravador dos sertões acampa, até melhor habitação, não é apenas temporária, é provisória também”.⁵⁹ (COSTA, 1996, pág. 15)

A distinção acima desenvolvida facilita a assimilação da matéria, contudo não visa esse estudo entender eventual divisibilidade dos provimentos estudados, sendo oportuno apenas identificar como tais conceitos são vistos pelo direito de uma forma geral e pelo próprio direito de família.

A compreensão de dita matéria restará mais clara ao estudarmos a fungibilidade das medidas de urgência, não interessando ao magistrado apenas se a medida é cautelar ou é satisfativa, ou se a via adequada é essa ou é aquela, importando acima de tudo o fim do conflito, com a saída do cônjuge do lar conjugal ou a fixação de regime provisório de visitas, por exemplo.

A situação de fato deve ser regulada, com ou sem provimento antecipado, com ou sem provimento cautelar, estancando o risco de dano que ensejou o pedido de medida urgente ao Julgador que detém poder geral de cautela, tema vindouro.

observância, a "dar tempo à justiça de realizar eficazmente a sua obra". (Joel Dias Figueira Junior, *Tipologia das Tutelas de Urgência*, texto extraído do site <http://www.joelfigueira.com>, acessado em 15 de março de 2010)

⁵⁹ Alfredo Araújo Lopes da COSTA. Medidas preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação. 3ª ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, p. 15-16.

4.2.4. A satisfatividade

As tutelas de urgência apresentam certa satisfatividade que poderá assumir gradações diferentes de acordo com o caso concreto e a tutela nele requerida.

Na verdade, o artigo 273 do Código de Processo Civil foi um divisor de águas e abraçou as tutelas de urgência satisfativas, antes reguladas pelo poder geral de cautela, ou até mesmo pelas medidas cautelares.

A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá pelo adiantamento dos efeitos, no todo em parte, do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal. Não é dotado, assim, de caráter satisfativo.⁶⁰ (JUNIOR, 2010, pág. 480).

Tratando desse tópico, o caráter satisfativo da tutela jurisdicional é visto de outra maneira por José Roberto dos Santos Bedaque, v. *gratia*, que entende possível a tutela cautelar dotada de satisfatividade, desde que essa seja provisória.⁶¹

Sobre a satisfatividade das medidas cautelares, vale citar também a seguinte lição: “... ainda que a medida a ser concedida seja irreversível, mas seja a única forma de proteger o direito provável do autor,

⁶⁰ Theodoro Junior, Humberto. *Processo Cautelar*. 25ª edição revista e atualizada, editora Leud, 2010, página 480, em citação a Kazuo Watanabe.

⁶¹ “Em primeiro lugar, conforme premissa anteriormente estabelecida, a tutela jurisdicional pode ser satisfativa sem perder a natureza cautelar. Basta que a eficácia no plano material não seja definitiva. A satisfatividade da medida não é incompatível com a tutela cautelar.” (Cfr. Bedaque, José Roberto dos Santos, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*, 4ª edição, pág. 209)

deve-se concedê-la, pois se deve sacrificar o direito eventual (não provado) da outra parte em função da necessidade de proteger um direito que aparenta ser bom, o do autor. Este é o princípio da proporcionalidade, a respeito do qual discorre a boa doutrina.”⁶² (WAMBIER, 2000, pág. 32)

Conveniente, dessa forma, não confundir as medidas cautelares com as antecipatórias, não só por razões didáticas, mas também para que se possa diferenciar uma da outra, sobretudo naqueles casos que não demandam fungibilidade, deixando a satisfatividade para as medidas antecipatórias de tutela e o caráter preventivo para as tutelas cautelares.⁶³

4.3. A importância da garantia de acesso à justiça

Desnecessário ressaltar o quão importante é o acesso à justiça, corolário do Estado Democrático de Direito e garantia constitucional.

“... A problemática do Acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. (...), que ele qualifica como sendo: O direito à informação; O direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; O direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; O direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; O direito à remoção dos

⁶² WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Curso avançado de processo civil*, v. 3 : Processo cautelar e procedimentos especiais/Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini; coordenação Luiz Rodrigues Wambier. – 3ª Ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 32

⁶³ “Registra-se nas principais fontes do direito europeu contemporâneo o reconhecimento de que, além da tutela cautelar, destinada a assegurar a efetividade do resultado final do processo principal, deve existir, em determinadas circunstâncias, o poder do juiz de antecipar provisoriamente, a própria solução definitiva esperada no processo principal.

Assim, fala-se em medidas provisórias de natureza cautelar e medidas provisórias de natureza antecipatória; estas, de cunho satisfativo, e aqueles de cunho apenas preventivo.” (Theodoro Junior, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, Volume II, 45ª edição, Editora Forense, pág. 498)

obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características."⁶⁴ (WATANABE, 1988, pág. 128)

Sem dúvida, são muitos os desafios para se obter um sistema jurídico moderno e igualitário que possa assegurar os direitos de todos os cidadãos, sob a ótica do acesso à justiça e à efetiva prestação jurisdicional.

Diante de sua relevância, é a Constituição Federal que abraça o tema do acesso à Justiça, alçando-o a direito fundamental expresso no inciso XXXV que prescreve: "... a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão".

4.3.1. Desgaste da demora dos processos judiciais

Um dos desafios mencionados no item precedente é justamente a demora dos processos judiciais, tema exaustivamente tratado em nosso país.

A despeito da falta de estrutura material, da multiplicação de demandas, da falta de funcionários, dentre outros problemas graves do Poder Judiciário, não se pode negar que a demora na prestação jurisdicional é um entrave ao direito constitucional de acesso à justiça, a exigir uma reforma que viabilize o atendimento eficaz e adequado.

A informatização que tanto se alardeou ainda não foi capaz de solucionar ou melhorar a prestação da tutela jurisdicional, o que se espera aconteça a longo prazo.

⁶⁴ Participação e processo. São Paulo. Rev. Dos Tribunais, 1988, p. 128/135, comentário extraído do artigo OAB aprova estudo da Comissão de Acesso à Justiça sobre estado do Judiciário do site www.infojus.com.br em 05 de julho de 2010.

De qualquer maneira, essa demora leva a um desgaste, doloroso em casos de direito de família, porquanto além do cansaço, há a impaciência natural em relação a uma situação indefinida, as acusações, a apresentação de provas e testemunhos que remexem nas frustrações, o desgaste das relações parentais e de amizade, enfim um estresse que poucos agüentam se não estiverem bem orientados.

A atuação célere do Poder Judiciário nesses casos pode definir e solucionar a dificuldade ou, ao menos, apaziguar os ânimos, possibilitando até mesmo um acordo, daí também a importância das medidas de urgência no Direito de Família.

4.3.2. Da garantia do provimento definitivo

A garantia de uma tutela definitiva guarda relação com a segurança da prestação jurisdicional, consistindo na realização do direito fática e juridicamente.

Esse provimento definitivo será analisado com base na cognição que pode ser sumária ou exauriente.

No último caso, se esgotados todos os recursos e tornada imutável a decisão pela força da coisa julgada material, não caberá discussão sobre o conteúdo do *decisum*.

Para os casos de urgência, tal garantia deve ser apreciada com certa cautela, uma vez que a tutela pode até ser definitiva, mas concedida em sede de cognição sumária, como ocorre, por exemplo, na interposição de uma ação de busca e apreensão de menor, cuja realização já confere à parte sua pretensão naquele feito.

Tal medida, concedida em situação de urgência, importa em realização de cognição sumária, que poderá ter efeitos provisórios ou definitivos, não em função da medida concedida, mas em função do provimento que a concedeu.

Assim, o provimento pode vir mesmo de cognição sumária, contudo com provimento pleno e exauriente.

De qualquer forma, o provimento definitivo é uma garantia e para que seja relativizada deve haver uma confrontação entre princípios jurídicos, sendo que deve preponderar, se for o caso, o da segurança jurídica, evitando a eternização da lide.

4.3.3. A finalidade da medida e o poder geral de cautela

A legislação tem o intuito de assegurar que qualquer situação de perigo, qualquer medida de urgência seja apreciada, independente de previsão expressa.

Daí a importância do artigo 798 do Código de Processo Civil⁶⁵, possibilitando ao juiz a utilização de medidas não reguladas expressamente pela lei em situações que exigem sua atuação.

Esse é o poder geral de cautela, nome doutrinário atribuído ao poder do juiz de “criar providências de segurança, fora dos casos típicos já arrolados pelo Código.”⁶⁶

⁶⁵ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

⁶⁶ Theodoro Junior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*.. Volume II. 45ª edição, editora Forense, página 505.

Tal poder geral de cautela reclama os mesmos requisitos do poder cautelar específico⁶⁷, ou seja, além de se mostrar necessário, não é ilimitado, devendo o órgão julgante desempenhar a mesma função de natureza cautelar.

Sem dúvida, tal poder investe o magistrado de certa discricionariedade, limitada, contudo, à necessidade de coibir o risco de lesão grave ou de difícil reparação, que ameace o direito de uma das partes antes do julgamento da lide.

Em outras palavras, o poder está condicionado à função cautelar e seus requisitos, já tratados nesse estudo, possibilitando ao julgador diante da situação de fato assumir uma conduta razoável para preservar o interesse ou direito em risco.

Vale observar que essa discricionariedade não guarda relação com o conceito de direito administrativo, onde o agente público pode escolher pela prática de determinada conduta, segundo um juízo de oportunidade e conveniência, porquanto o juiz, no processo, não pode deixar de atuar, tendo liberdade apenas para definir o conteúdo prático da medida.⁶⁸

4.2.4. Imprescindibilidade da prestação jurisdicional

O termo imprescindível significa indispensável, imperioso, necessário, ou seja, essa qualidade da prestação jurisdicional se deve ao fato de que não se pode dela dispor.

⁶⁷ Recurso Especial 977.704-SP, Rel. originário Min. Teori Albino Zavascki, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 2/12/2008, STJ

⁶⁸ A Doutrina especializada esclarece que a discricionariedade em tema de processo se resume ao reconhecimento de que o legislador, às vezes, se vale de conceitos vagos ou imprecisos, como boa-fé, interesse público, bons costumes, verossimilhança, aparência de bom direito, perigo de dano grave etc. É claro que ao aplicador da norma imprecisa não compete deixar de aplicá-la, mas terá de dar-lhe aplicação prática, complementando a idéia genérica da lei com dados de um juízo concreto sobre as particularidades do caso *sub examine*. Dessa maneira, há necessariamente, um espaço criativo reservado ao juiz no momento de concretização do preceito legal”, Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, O Novo Regime do Agravo, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1996, pp. 381-382.

A imprescindibilidade da prestação jurisdicional contribui para o aprimoramento da entrega do direito do cidadão e está relacionado intimamente com outros princípios de direito, como, v.g., da ampla defesa, do acesso a Justiça e da efetividade.

Esse direito à prestação jurisdicional é imperativo e deve ser efetivo, possibilitando, desta forma, o acesso de todos ao Poder Judiciário, o que é fundamental.⁶⁹

Toda a lógica do direito e da estrutura do Poder Judiciário visam possibilitar possam todos os cidadãos alcançar a prestação jurisdicional, ou seja, independente do resultado de seus pedidos, o importante é que estes sejam apreciados pelo julgador.

4.4 A confusão entre tutela cautelar e tutela antecipatória para uma maior efetividade da tutela dos direitos em questão

Como se percebe do presente estudo, os casos levados ao Poder Judiciário podem levar a uma confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, as quais nem sempre podem ser distinguidas de plano.

A confusão que aqui se pretende analisar é aquela existente em casos intrincados que necessariamente exigem uma pronta prestação jurisdicional que nem sempre pode ser definida como cautelar ou antecipatória, pelo menos em um primeiro momento.

⁶⁹ “Sob o caráter materialista a efetividade da prestação jurisdicional é um direito fundamental, por ser suporte imprescindível ao exercício da cidadania e a própria dignidade da pessoa humana, denegá-lo, fere não só o direito de cidadão, mas também, a própria dignidade de ser humano”. DUARTE, Francisco Carlos, e Adriana Monclaro Grandinetti. *Comentários à emenda constitucional 45/2004*. Curitiba: Juruá, 2005, p.23, trecho extraído de artigo constante do site da internet www.conpedi.org, consultado em 20 de julho de 2010, de autoria de Luciano Lucio de Carvalho, *Prestação jurisdicional efetiva: um direito fundamental*, endereço eletrônico: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Luciano%20Lucio%20de%20Carvalho.pdf>.

Como se prega corretamente a efetividade da tutela jurisdicional deve prevalecer sobre algumas formalidades em matéria de urgência do direito a ser protegido e, assim sendo, a meu ver, deve ser permitida essa confusão para uma maior efetividade da tutela dos direitos em questão, sobretudo em se tratando de direito de família.

Os jurisdicionados merecem uma tutela jurisdicional satisfatória, ou seja, tempestiva, apropriada e efetiva.

Em outras palavras, para se obter essa tutela, eventualmente pode haver a confusão entre a cautelar e a antecipatória, distintas, mas muitas vezes confusas em uma cognição sumária.

A corroborar com a possibilidade dessa confusão, estabeleceu o Código de Processo Civil, no artigo 273, § 7º, a fungibilidade entre os pedidos de cautelar e da tutela antecipada, exatamente em razão da constante confusão entre os mencionados institutos pelos operadores do direito, tudo a fim de evitar qualquer prejuízo ao direito pleiteado.

Na verdade, essa confusão se deve em grande parte ao fato de que até o advento da nova redação do artigo 273, acabava por se fazer uso da medida cautelar quando, na realidade, se concedia uma tutela antecipatória, desvirtuando, dessa forma, sua natureza.

A matéria da fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias será tratada em item vindouro, restando aqui nesse tópico ressaltar a possibilidade dessa confusão, que não pode impedir a prestação da tutela jurisdicional, sob pena de afronta a todos os princípios basilares de direito.

É a necessidade de “não radicalizar na distinção entre antecipação de tutela e medida cautelar”⁷⁰, como restará demonstrado.

4.5. Da mitigação do princípio do contraditório e demais princípios de direito

Muito se discute a respeito da concessão de medidas urgentes sem a oitiva da parte contrária e a eventual ofensa a princípios de direito, como o contraditório.

O princípio do contraditório, insculpido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, estabelece que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, respeitando, inclusive, outros princípios, como o da isonomia e da ampla defesa, por exemplo.

Tudo isso deve ocorrer ainda em respeito ao devido processo legal, já que o sistema processual é constituído de modo a oferecer a cada uma das partes, ao longo de todo o procedimento, as mesmas oportunidades, possibilitando as partes que conheçam os atos praticados por elas mesmas e pelo próprio juiz, tudo a fim de que se possa estabelecer o contraditório.

Trata-se, assim, de garantia constitucional, que, no entanto, não impede sua mitigação em alguns casos particulares.

O dilema é exatamente decidir, ao avaliar o conflito trazido ao Judiciário, se deve prevalecer o princípio da segurança jurídica, o qual propiciará p contraditório e a ampla defesa, ou o da efetividade que exige solução rápida para o litígio.

⁷⁰ Theodoro Junior, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Volume II, 45ª edição, Editora Forense, pág. 703 e seguintes.

Cabe esclarecer que não se trata de preferir um princípio ao outro, nem tampouco de ofender determinado princípio, mas há casos em que forças opostas atuam ao mesmo tempo demandando uma mitigação, uma relativização de certo princípio em favor do outro, de acordo com a complexidade do caso concreto.

A demora inevitável do processo levou essa situação aos casos de mitigação do contraditório e até de outros princípios, uma vez que se atribuiu ao julgador a faculdade de conceder medidas antes da citação da outra parte.

Isso se deve ao fato de que a oitiva da parte contrária pode, em determinados casos, frustrar a finalidade da própria tutela.

Evidente que não deve o julgador conceder toda e qualquer tutela de urgência sem ouvir a parte contrária, sendo que em cada caso concreto se deve estudar a possibilidade de mitigação do art. 5º, incisos, LIV e LV da Constituição Federal.

A regra é garantir o contraditório e a ampla defesa, possibilitando a manifestação específica até mesmo sobre a tutela de urgência, o que, contudo, não pode impedir a prestação da tutela jurisdicional pretendida.

Daí a possibilidade dessa mitigação, dentro da proporcionalidade e da razoabilidade.

4.5.1. Os princípios constitucionais

Os princípios constitucionais são regras mestras trazidas pela Carta Magna com valores fundamentais para o ordenamento jurídico.

Não tratam de situações específicas, porquanto abarcam todo o mundo jurídico, geram outros princípios e trazem valores éticos que se disseminam sobre todas as normas.⁷¹

Sem dúvida, os princípios constitucionais guardam os valores fundamentais de todo o ordenamento jurídico e servem como diretriz para o Poder Judiciário.

Os princípios se relacionam entre si, o que lhes dá equilíbrio e confirmam sua importância e às vezes a preponderância de um em detrimento do outro, como mencionado sobre a mitigação do contraditório em casos específicos.

Muitas são as classificações dos princípios constitucionais⁷², mas uma coisa é certa, eles devem ser respeitados e utilizados como fundamento para a interpretação, a integração e a aplicação do direito positivo, guiando o julgador em todas as ocasiões.

⁷¹ No que tange aos princípios jurídicos, ROQUE ANTÔNIO CARRAZA afirma que: [...] princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. (CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 29.)

Para Paulo Bonavides: “Princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.”(BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 229.)

⁷² Na concepção de JORGE MIRANDA, os princípios constitucionais são substantivos e adjetivos ou instrumentais, subdividindo o primeiro em outras sub-categorias, assim delineados:

Princípios axiológicos fundamentais: são os limites transcendentares do poder constituinte, via de posituação do Direito natural. Ex: o direito de defesa;

Princípios político-constitucionais: são os limites inerentes do Poder Constituinte, os signos específicos de cada Constituição material diante das demais, refletindo as opções de cada regime. Ex: o princípio democrático;

Princípios constitucionais instrumentais: constituem a estruturação do sistema constitucional quanto à sua racionalidade e operacionalidade. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Direitos

4.5.2. A superação de situações problemáticas

Compreender e buscar a superação de situações problemáticas é um trabalho árduo, mormente em casos de urgência que exigem pronta prestação jurisdicional.

O direito processual, desde suas origens, busca incessantemente criar mecanismos para atender toda espécie de pretensão jurisdicional, razão dos expedientes e modificações da legislação ao longo dos anos, como é o caso da introdução da tutela antecipada.

A espera pelo provimento jurisdicional e a notória morosidade da Justiça são enfrentamentos constantes dos legisladores para contornar as situações mais danosas.

Dessa forma, se evolui no sentido de superar as situações problemáticas, não somente as dos cidadãos, mas, mormente as do sistema, o que leva aos debates da doutrina, dos tribunais e de todos os operadores do direito a respeito da obrigação de acomodar a norma às necessidades dos cidadãos.

Fundamentais. T.IV. Portugal: Coimbra, 1988, p. 197. *Apud* FERREIRA, Suzana Maria da Glória. **O princípio da igualdade no direito de família à luz do novo Código Civil**. Tese (Tese em Direito) PUC/SP. São Paulo: Biblioteca da PUC, 2004, p. 34-35.)

JOSÉ AFONSO DA SILVA resume as classificações dos princípios fundamentais, sintetizando-os em: *Princípios político-constitucionais* – Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadoras em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, [...]. Manifestam-se como *princípios constitucionais fundamentais*, positivados em *normas-princípio* [...]. São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição. *Princípios jurídicos-constitucionais* - São *princípios constitucionais gerais* informadores da ordem jurídica nacional. (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 93.)

4.6. Da fungibilidade das tutelas de urgência

Esse tema foi suscitado ao longo desse estudo, contudo merece especial atenção, porquanto o próprio artigo 273 do Código de Processo Civil tratou de disciplinar expressamente a possibilidade de operar-se um mecanismo de fungibilidade às tutelas de urgência.

Cabe ressaltar que não se pode negar a diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória, como já salientado, entretanto ambas as tutelas integram um só gênero, o das tutelas de urgência, o que pode gerar a dificuldade em determinados casos de se distinguir com rigor a qual das espécies pertence a providência que se espera do Poder Judiciário.

O que restou mencionado acima é que o julgador não pode se ater ao rigor técnico classificatório de forma radical, colocando em risco a tutela de urgência pretendida por questão meramente formal, o que se afastaria do princípio da efetividade do processo.

O direito processual contemporâneo busca entregar ao cidadão a prestação jurisdicional e daí a tão alardeada importância da fungibilidade entre as medidas em determinados casos.

“Tanto na tutela cautelar como na antecipatória, a parte pede uma providência urgente para fugir das consequências indesejáveis do perigo de dano enquanto pendente o processo de solução de mérito. E o que distingue o procedimento de um e outro pedido de tutela de urgência é a circunstância formal de que o pedido cautelar deve ser processado à parte do feito principal enquanto o pedido antecipatório se dá dentro do próprio processo de mérito. Formular, portanto, um pedido de natureza antecipatória ou outro de natureza cautelar

atípica, não passa de simples equívoco formal ou procedimental.”⁷³ (JUNIOR, 2010, pág. 661)

Na verdade, independente da forma como se processam as tutelas de urgência, releva notar que a tutela antecipatória foi acrescida ao ordenamento com o intuito de ampliar a abrangência das tutelas de urgência, no sentido de criar mais um mecanismo apto a evitar riscos irreparáveis ou de difícil reparação.

Sem dúvida, não se pode barrar a prestação da tutela jurisdicional com base em questões meramente formais, sob pena de ofensa as garantias constitucionalmente protegidas.⁷⁴

Imperioso encontrar o equilíbrio, possibilitando essa flexibilização que admite a fungibilidade, sem contudo deixar de observar os pressupostos exigidos pela legislação.⁷⁵

A intenção do legislador certamente se amparou na efetividade que se busca imprimir ao processo de conhecimento, possibilitando que as divergências de forma não impeçam a prestação da tutela de urgência verdadeiramente necessária.

⁷³ Junior, Humberto Theodoro, Curso de Direito Processual Civil, Volume II, 45ª edição, Editora Forense, pág. 661.

⁷⁴ “A melhor doutrina, destarte, é a que, a respeito do problema, recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório, e se justifica com o irresponsável argumento de que “questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”, como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional.” (Junior, Humberto Theodoro, ob.cit., pág. 662)

⁷⁵ Na mesma obra, leciona Humberto Theodoro Junior que: “O que não pode deixar de ser observado é o atendimento dos pressupostos justificadores da providência de urgência. Assim, mesmo que veiculado o pedido, por via procedimental imprópria, o exame de sua admissibilidade terá de levar em conta não o procedimento eleito mas a natureza mesma da medida. Se, por exemplo, se requereu medida satisfativa dentro do procedimento próprio da ação cautelar atípica, o provimento preventivo somente será deferido se presentes os requisitos do art. 273, e não apenas os do art. 798 do CPC.”

E ainda que: “A manobra, portanto, de lançar mão do procedimento cautelar para tentar obter antecipação de tutela dentro apenas dos condicionamentos menos rigorosos do art. 798 é expediente que o juiz deverá energeticamente coibir. Estando, todavia, presentes os requisitos do art. 273, seria um contra-senso denegar a medida de urgência apenas porque requerida de forma separada da ação principal.” (pág.662)

Ainda sobre o mesmo parágrafo sétimo do artigo 273 da lei processual, cabe outra análise a respeito do alcance dessa fungibilidade.

O texto do mencionado parágrafo indica que é possível ao julgador, ao receber pedido de tutela antecipatória que, na verdade, é providência de natureza cautelar, defira a medida cautelar em caráter incidental no processo ajuizado.

Em outras palavras, o magistrado deverá enfrentar o pedido antecipatório e, pelo princípio da fungibilidade, deferir a medida cautelar de forma incidental.

No entanto, essa fungibilidade é de duas mãos, ou seja, o julgador deverá averiguar a presença dos requisitos da providência perseguida, independente do autor ter atribuído nomenclatura imprópria ao instituto.

Dessa forma, se requerida medida cautelar quando, na realidade, se trata de antecipação de tutela, uma vez preenchidos os requisitos, esta deve ser assim concedida.

A despeito de entendimentos bem fundamentados em sentido contrário⁷⁶, entendo possível conceder a tutela antecipada em lugar de cautelar, afinal trata-se de medida urgente e deve se buscar afastar a inutilidade da tutela final.⁷⁷

⁷⁶ O processualista Paulo Afonso Brum Vaz pondera sobre essa questão, sustentando a impossibilidade do duplo sentido vetorial das tutelas de urgência:

Pensamos que, em linha de princípios a fungibilidade autorizada pelo novo § 7º do art. 263 do CPC não abarca a hipóteses de antecipação dos efeitos da tutela de direito material postulada em processo cautelar. Nem poderia, sob pena de grave subversão da ordem processual e da natureza dos institutos. Se admitida a possibilidade de se deferir antecipação dos efeitos da tutela em processo cautelar, teríamos ferido de morte o princípio do devido processo legal, em seu aspecto processual. As partes têm o direito subjetivo ao rito definido em lei. Pretensão que tenha por objeto o reconhecimento da fruição do direito material objeto do litígio deve ser vertida no processo de conhecimento. Antecipação dos efeitos da tutela corresponde a uma pretensão meritória de direito material, portanto, não pode ser postulada em processo cautelar (no processo cautelar seria possível a antecipação da tutela cautelar, que corresponde à liminar que adianta os efeitos da cautela). Existe uma

José Roberto dos Santos Bedaque valendo-se do termo “duplo sentido vetorial”, de Dinamarco, afirma que “a adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da prestação jurisdicional.”⁷⁸ (BEDAQUE, 2006, pág. 388).

Salvo melhores juízos, deve se pensar no processo como um instrumento adequado a trazer o resultado útil para a parte, sobretudo se verificada a razão de sua pretensão, não havendo sentido negar a tutela jurisdicional em casos de urgência, em razão de questões formais e/ou procedimentais que podem ser adaptadas pelo julgador sem exceder os limites da própria demanda.

substancial distinção entre os modelos processuais estabelecidos para cada uma das espécies de tutela, sendo o da cautelar deficitário em relação à antecipação de tutela. O prejuízo processual do requerido seria evidente, seja porque os prazos são mais exíguos, seja porque a instrução probatória no processo cautelar é limitada, em razão da cognição superficial que o caracteriza, ou ainda porque, sob o ponto de vista dos efeitos recursais, o regime é diverso.

(...)

Outro motivo diz respeito à questão do interesse processual. Se a medida antecipatória pode ser obtida em um único processo (o de conhecimento), faleceria o interesse processual do autor de postulá-la em procedimento cautelar, que exige a propositura de uma outra ação, denominada principal. Teríamos, então, dois processos, quando por um apenas se poderia solucionar a lide em todos os seus aspectos. A menos que se entenda que o processo principal ficaria dispensado, o que soa como rematado absurdo. (VAZ, Paulo Afonso Brum. *Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade* (§ 7º do art. 273 do CPC). Revista de Processo. v.32. n.144. fev.07,p.23-37).

⁷⁷ O novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não há fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis, isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um. Bem pensando, nem precisaria a lei ser tão explícita a esse respeito, porque é regra surrada no direito processual que o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito. Nenhum juiz deixa de anular um contrato por dolo, só pela circunstância de o autor, equivocadamente, ter qualificado como coação os fatos narrados. O que importa é que os fatos narrados sejam capazes, segundo a ordem jurídica, de conduzir ao resultado que se postula. Tal é o significado e a medida de aplicação da regra da *mihi factum dabo tibi jus*, inerente ao princípio da substanciação, que o Código de Processo Civil consagra. Tal é também o significado e a medida de aplicação da correlação entre o provimento jurisdicional e a demanda, de muito em direito processual (arts. 128 e 460). É da jurisprudência pacífica que “inexiste dissenso entre o julgado e o libelo quando considerados exatamente os fatos descritos na inicial, não importando que lhe tenha sido emprestada qualificação jurídica não mencionada expressamente na inicial (STJ). Essa observação realça o duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes, acima demonstrado, porque mesmo sem o novo parágrafo do art. 273, o juiz já estaria autorizado a dar a sua própria qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor – e isso se aplica indiferentemente a todas as espécies de processos e aos pedidos que neles se deduzem (processo de conhecimento ou cautelar, pedido de cautelar ou de antecipação, etc). Esse parágrafo tem, porém a virtude de ser explícito e específico, abrindo caminho à exorcização do fantasma da radical distinção entre medidas cautelares e antecipatórias. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92-94)

⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada : Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.388-389

4.6.1. Implicações práticas

É realmente na prática que se pode averiguar a importância da fungibilidade entre as tutelas de urgência, seja no caso da literalidade da lei (providência cautelar pleiteada a título de antecipação de tutela) ou no sentido inverso (pedido de tutela antecipada formulada em Medida Cautelar).

Desde que preenchidos os requisitos para a concessão da medida perseguida, não se pode deixar de prestar a efetiva tutela jurisdicional do Estado.

A ilustrar, em processo judicial que tramitou sob segredo de justiça, travou-se debate sobre essa fungibilidade que interessa aqui mencionar.

Em síntese, foi ajuizada medida cautelar de separação de corpos, tendo em vista a insuportabilidade da vida em comum do casal em litígio e o Magistrado indeferiu a inicial, por *carência de ação por falta de interesse de agir*, sob o entendimento de que se tratava de caso de “*pedido de ordem de afastamento da morada do casal*”.

Independente do prosseguimento do aludido feito e dos recursos cabíveis, no presente estudo vale observar que, ainda que inominada frente à norma, a medida cautelar de separação de corpos é comum, admitida pela doutrina, pela jurisprudência e até mesmo pelo serviço de informatização do Tribunal de Justiça de São Paulo, que autua medidas desse jaez como “SEPARAÇÃO DE CORPOS”.

Não obstante, o julgador fez tal distinção entre afastamento de cônjuge e separação de corpos, desarrazoadamente já tal tese não encontra campo fértil à discussão e que a cautelar é preparatória da

ação de separação, decorrendo justamente da ruptura da vida em comum, incrementada pelas especificidades daquele caso concreto.

Assim sendo, ainda que se admita o entendimento daquele magistrado, sem dúvida não deveria ter indeferido a inicial, mas sim adotado o princípio da fungibilidade e recebido a cautelar, dando o afastamento do casal, com as adaptações que se fizessem necessárias.

Certamente negar a tutela a parte não é a solução diante das urgências levadas à apreciação do Poder Judiciário.

4.7. Das necessidades contemporâneas

Alinhado a tudo quanto explicitado acima, quem procura o Judiciário possivelmente já recorreu a todas as medidas que poderia para tentar solucionar um problema e atualmente os pedidos formulados podem sugerir uma série de medidas a ser adotadas, o que confirma a necessidade de não se ater a formalidades de forma radical.

Isso não significa deixar de lado a literalidade da lei e os detalhes de cada procedimento, mas hodiernamente tem se visto cada vez mais a preocupação do legislador em criar mecanismos que possam atender as pretensões dos cidadãos, sendo, assim, coerente, que os operadores de direito se esforcem para prestar a tutela jurisdicional.

As necessidades contemporâneas especificamente em direito de família são muitas, sobretudo diante das mudanças constantes da própria sociedade e até da legislação a respeito do tema.

A preocupação é tanta que, em data recente, houve alteração na legislação para tratar da separação e do divórcio, por meio da Emenda Constitucional nº 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, § 6º, da Constituição Federal, mudando a visão do divórcio no Brasil, por razões políticas e sociológicas que inspiraram a alteração.

Essa alteração será tratada em item vindouro, contudo se presta a demonstrar que as necessidades contemporâneas levam a alterações da legislação, porquanto as críticas se avolumam, levando os juristas a refletir e conseqüentemente os debates geram as modificações.

Logicamente isso leva tempo, mas no caso dessa alteração específica, foi feito um amplo estudo de ponta no país para concluir que a obtenção do divórcio tinha um caminho longo demais, levando à multiplicação de processos, de burocracia e de despesas, sem resolver as angústias das partes de maneira eficaz.

4.8. Noções a respeito do entendimento jurisprudencial e doutrinário

É notório que a doutrina e a jurisprudência têm papel de extrema relevância no ordenamento jurídico, possibilitando que as tutelas de urgência sejam priorizadas, sobretudo em direito de família.

Quanto a esse entendimento, necessário se ater para o fato de que, seja uníssono, seja divergente, a respeito de determinado tema, leva ao debate que se espera dos operadores do direito, o que possibilita o avanço das idéias e a realização de novos projetos para incrementar o ordenamento jurídico.

Da mesma forma, a jurisprudência, mesmo quando não consolidada, possibilita a discussão de inúmeros temas, ampliando o alcance da própria legislação, de forma a prestar a tutela jurisdicional.

A matéria aqui tratada, referente às tutelas de urgência, seguiu uma via de interpretação doutrinária e jurisprudencial que, devido à ineficiência e morosidade do processo de conhecimento, transformou a técnica e os mecanismos utilizados para atender às novas exigências de uma sociedade urbana que cresce desordenadamente.

Acompanhando, ainda, o desenvolvimento da tecnologia de informática e das telecomunicações, os processualistas passaram a criar métodos que permitam a efetivação do direito material mediante cognição sumária.

Primeiro, as cautelares, depois com a sua proliferação, as medidas antecipatórias e o incremento do artigo 273 do Código de Processo Civil e concomitantemente sempre os árduos debates sobre o poder geral de cautela e as tutelas de urgência.

Na verdade, os tribunais tinham de se valer do poder geral cautelar para conceder as medidas necessárias a evitar o perigo da demora sofrido pelo autor de uma demanda em razão da morosidade.

Não se pode cogitar, por exemplo, que um caso de saúde, como o fornecimento de um medicamento ou a realização de uma cirurgia, tenha de aguardar o regular processamento do feito, mesmo diante da urgência e, dessa forma, muito antes do advento da Lei nº8.952/94 já se concedia essa medida antecipatória, pela via cautelar.⁷⁹

⁷⁹ “AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JURISDICIONAL. LIMINAR CONCEDIDA EM MEDIDA CAUTELAR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A DOENTE COM RISCO DE VIDA. EM TESE, SE CONSTITUI EM DEVER DO ESTADO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A DOENTE NECESSITADO, CORRENDO SÉRIO RISCO DE VIDA. E, CORRETA A CONCESSÃO DA LIMINAR QUE ASSIM DETERMINOU, INVIÁVEL A SUA CASSAÇÃO VIA MANDAMUS, POR AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO DESPROVIDO.” (Agravado de Instrumento Nº 595004631, Câmara de Férias Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ramon Georg Von Berg, julgado em 26/01/1995)

O que se deve ter em mente é o direito constitucionalmente protegido de que todos os cidadãos têm direito à tutela jurisdicional⁸⁰, sendo implícito o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

A adequada prestação jurisdicional tem de se aliar à efetividade processual, a fim de, no menor tempo possível, proporcionar à parte o máximo de estabilidade social nas relações jurídicas, o que, sem dúvida, faz parte do trabalho dos juristas, através da doutrina e da jurisprudência.

4.9. Considerações Finais

O presente estudo trata da entrega da prestação jurisdicional, das garantias constitucionais, do equilíbrio entre contraditório e ampla defesa e a efetividade, da duração da relação processual, dos caminhos para amenizar a morosidade do sistema, o que obviamente não terá resposta definitiva.

No entanto, ao se tratar de direito de família, se demonstrou ainda a necessidade de medidas imediatas, a fim de evitar um dano maior, o que será esmiuçado no item 5 a seguir.

De qualquer forma, demonstrada está a inovação significativa na aplicação do direito pela jurisprudência e as mudanças da sociedade como um todo e da própria legislação.

Vale observarmos que as mudanças no direito de família ao longo dos anos foram profundas, servindo de exemplo a recente emenda constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que alterou a redação do §6º do artigo 226 da Constituição Federal Brasileira, sendo que há poucas décadas só se admitia a dissolução do casamento pela morte.

⁸⁰ Artigo 5.º , XXXV da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito".

Isso hoje parece tão absurdo, mas não era antes da Lei do Divórcio (lei 6.515 de 26 de dezembro 1977) que só foi admitida em razão da Emenda Constitucional nº 9, de junho de 1977.

A tendência é exatamente priorizar as relações humanas, a fim de que os cidadãos possam buscar a felicidade, seja ao casar, seja ao se divorciar.

Essa matéria será tratada em item vindouro, no entanto, se presta a comprovar a evolução da sociedade e da legislação, desde o Decreto 180 de 24 de janeiro de 1891 que estabeleceu o casamento civil no Brasil e sedimentou a distinção entre Estado e Igreja no país; passando pelo Estatuto da Mulher casada (Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962) que concedeu direitos a mulheres na relação conjugal; a citada Lei do Divórcio que permitiu a dissolução do casamento não só pela morte; a Constituição Federal de 1988 que igualou os cônjuges em direitos e deveres, os filhos, independentemente de sua origem e ainda proteção à união estável e, assim como estas, poderíamos elencar muitas outras mudanças.

Por tudo isso, os juristas, o legislador e todos aqueles envolvidos com o Judiciário brasileiro nunca param de estudar, de inovar, de buscar saídas para todas as situações que exigem a prestação da tutela jurisdicional, daí surgindo as tutelas de urgência trazidas pela ciência processual a amenizar os males dos cidadãos, buscando preservar todas as garantias fundamentais do processo e da pessoa humana.

5. APLICAÇÃO CASUÍSTICA

5.1. Os alimentos provisionais previstos no artigo 852 do Código de Processo Civil

A necessidade de subsistência do autor de determinada demanda pode ser formulada pela via da ação de alimentos, conforme preceitua a Lei nº 5.478/68, ou por medida cautelar de alimentos provisionais, dentre outros.

Este pedido diverge daquele formulado em uma ação de alimentos pela forma, ainda que ambos reclamem em Juízo a prestação alimentícia.⁸¹

Nesse item cabe tratar da medida cautelar especificamente, a qual está prevista tanto no artigo 852 e seguintes do Código de Processo Civil, entre os procedimentos cautelares específicos, como também no artigo 1706 do Código Civil.

Esses alimentos, portanto, podem ser pleiteados por medida cautelar, preparatória ou incidental, comprovando-se os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

A concessão desses alimentos se presta ao sustento da parte e ao auxílio para que esta possa suprir os gastos processuais enquanto perdurar a demanda principal, conforme estabelece o parágrafo único, para os casos previstos no inciso I do mesmo artigo 852 do Código de Processo Civil.

O julgador, uma vez preenchidos os requisitos para o arbitramento dos alimentos provisionais, pode, inclusive, arbitrar um valor antes mesmo da oitiva da outra parte, nos moldes estabelecidos no parágrafo único do art. 854 do CPC.

⁸¹ “No entanto, a ação cautelar de alimentos provisionais diverge da ação principal de alimentos porque:

1) é acessória de outro processo;

2) é preventiva, no sentido de evitar que a falta de alimentos prejudique o outro pleito (*venter non patitur dilationem*);

3) não é definitiva em relação a determinação da dívida, pois vigora apenas até a solução definitiva da demanda.” (Theodoro Junior, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Volume II, 45ª edição, Editora Forense, pág. 607).

Agora, os alimentos, sejam provisionais ou provisórios, devem ser aqueles de que necessite a parte para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação ⁸².

A outra regra que dita esse arbitramento se refere à *proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*, fazendo com que os alimentos respeitem o que se chama de “binômio necessidade/possibilidade”, para que se preste ajuda àquele que necessita, sem sobrecarregar injustamente aquele que efetua o pagamento.

Atualmente se fala em trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade, o que, na verdade, só confirma que os alimentos devem se adequar logicamente as condições das partes envolvidas dentro de uma série de parâmetros que serão analisados em cada caso concreto.

O arbitramento dos alimentos, provisionais ou provisórios, deve ser cauteloso, em razão de seus princípios, a saber: impossibilidade de restituição, incompensabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade, periodicidade, dentre outros, que poderiam causar prejuízos gravíssimos àquele indivíduo obrigado a prestá-lo.

Sobre aludido artigo, vale notar que estabelece em seus incisos três casos que autorizam o pedido de alimentos provisionais, quais sejam, nas ações de separação judicial e anulação de casamento (I), alimentos (II) e nos demais casos expressos em lei (III).

Apesar dessa previsão, existem outros casos em que comumente se faz necessário o arbitramento dos alimentos, como nas ações de investigação de paternidade⁸³ ou na ação de divórcio, o que possivelmente

⁸² Vide *caput* do art. 1694 do Código Civil, autoriza ao cônjuge a pedir ao outro os alimentos.

ocorrerá com frequência, sobretudo após a PEC 28/2009 que alterou o parágrafo sexto do artigo 226 da Constituição, suprimindo o instituto da separação.

Sobre o tema, vale ainda refletir se tal tutela é cautelar, é medida provisional, é tutela antecipada ou tutela satisfativa autônoma.

Para Humberto Theodoro Junior, os alimentos provisionais devem ser tratados como tutela antecipada e não cautelar, segundo o entendimento de que estes foram incluídos no rol das cautelares, porquanto à época de sua elaboração ainda não havia sido sistematizado o instituto da tutela antecipada, o que ocorreu apenas com a Lei nº 8.952/94.⁸⁴

De qualquer forma, o que se deve observar são os conceitos de necessidade e possibilidade, além dos requisitos *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, analisando-se cada caso concreto para identificar a urgência do pensionamento, a fim de afastar o risco de lesão grave e de difícil reparação às partes.

5.2. Separação de Corpos – Afastamento de um dos cônjuges da residência do casal

O instituto da separação de corpos está disciplinado no art. 1562 do Código Civil, bem como no art. 888, inciso VI do Código de Processo Civil, possibilitando ao casal em conflito a separação por meio de uma medida cautelar.

A separação de corpos pode ser litigiosa e, até a algum tempo atrás poderia ser consensual, se não fosse a PEC 28/2009 que alterou o parágrafo sexto do artigo 226 da Constituição, autorizando àqueles que

⁸³ Artigo 7º da Lei 8560/1992: “Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.”

⁸⁴ Theodoro Junior, Humberto. *Processo Cautelar*, 25ª edição revista e atualizada, editora Leud, página 349.

desejam se divorciar a assim fazê-lo, sem cumprir o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovar a separação de fato por dois anos.

Dessa forma, resta ao nosso estudo a separação de corpos litigiosa, que nada mais é do que um pedido feito ao Judiciário para manter os corpos do casal separados, ou seja, onde antes residiam os dois cônjuges, passará a residir um só provisoriamente até que se defina o caso, quando concedida a tutela.

A meu ver, permanece a cautelar de corpos litigiosa naqueles casos em que se verifica o risco à segurança e/ou integridade de um dos cônjuges ou dos filhos, razão pela qual poderá o julgador afastar um deles do lar conjugal.

Como a Emenda Constitucional nº 66 deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, muito se fala sobre todos os assuntos a ela relacionado, com inúmeras e diversas posições, sem falar nas críticas floresceram e considerando que há entendimentos para todos os lados, pode-se concluir que ainda não se sabe o que prevalecerá, sendo certo apenas que a única forma de dissolução do casamento é o divórcio, eis que o instituto da separação foi banido pela alteração acima mencionada.

Assim sendo, as cautelares de separação de corpos litigiosas continuam a merecer a tutela jurisdicional, sempre se atentando para os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pelo menos até que eventualmente seja previsto outro mecanismo para solucionar a matéria trazida nesse item.

5.2.1. Prazo para a propositura da ação principal

O prazo do artigo 806 do Código de Processo Civil se refere ao tempo que a parte possui para propor a ação principal que tratará do mérito da matéria discutida na cautelar e objetivada na medida liminar requerida.

A norma vincula a eficácia da medida liminar ao ajuizamento tempestivo da ação principal da qual aquela é preparatória, porquanto o artigo 808 da lei dos ritos prevê os casos em que a eficácia cessa, dentre eles “*se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806*”.⁸⁵

Há algumas opiniões sobre a natureza desse prazo, prevalecendo o entendimento de que este é peremptório.

Assim leciona Humberto Theodoro Junior, que diz tratar-se simplesmente de um prazo processual peremptório⁸⁶ e Calmon de Passos, seguindo a mesma trilha, acrescenta que não se pode cogitar no caso de um prazo de decadência, porque não se trata de “prazo para o exercício de um direito que se atribui a alguém com tempo certo de exercício”.⁸⁷

Trata-se a toda evidencia de um prazo processual e, em vez de se dizer que se trata de um prazo peremptório na sua acepção genérica, pode-se afirmar que se trata de um *prazo processual de perempção*. Com efeito, esse prazo se vincula a uma situação peculiar de perempção no ordenamento processual brasileiro, além daquela prevista no artigo 268, parágrafo único, do CPC.⁸⁸ (CUNHA, 2000, pág. 713)

⁸⁵ Artigo 808, inciso I, do C.P.C.

⁸⁶ Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 3. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p.1.177.

⁸⁷ CALMON DE PASSOS, J.J. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. X, tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.213.

⁸⁸ CUNHA, Alcides Munhoz, Comentários ao Código de Processo Civil, Do Processo Cautelar, Editora RT, vol. 11, 2000, pág. 713.

De qualquer forma, importante se ater ao fato de que “o prazo para o ajuizamento da ação principal deve ser contado a partir da data da efetivação da medida liminar”.⁸⁹

Essa regra, contudo, tem aplicação diferida quando o direito material estiver relacionado ao direito de família⁹⁰.

⁸⁹ Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA PARA A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E A DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. AÇÃO PRINCIPAL. PRAZO PARA PROPOSITURA. TERMO A QUO.

Recurso de Jorge Roberto Pagura: 1. Não se vislumbra a alegada ofensa ao art. 535 CPC, mormente porque a controvérsia posta nos autos diz respeito ao marco inicial para a contagem do prazo preconizado no artigo 806 do Código Civil e os artigos indicados pela parte recorrente versam sobre matéria diversa, que, quando muito, podiam ser arguídos para respaldar a interpretação que aquela possui sobre a matéria processual em comento. Logo, não estava a Corte a quo obrigada a se pronunciar acerca dos artigos artigos 129, III, da Constituição Federal, e 16, da Lei n. 8.429/92.

2. Sendo assim, nada mais lógico do que entender que os dispositivos apontados como violados (artigos 129, III, da Constituição Federal, e 16, da Lei n. 8.429/92) não foram prequestionados, já que sobre tais normas não houve emissão de juízo pelo acórdão recorrido, apesar da oposição dos embargos declaratórios, o que atrai a Súmula 211/STJ.

3. Recurso especial parcialmente conhecido, e nesta parte, não provido.

Recurso da Matmed Produtos Laboratoriais e Cirúrgico Ltda.: 1. Hipótese de ação cautelar, ajuizada pelo Ministério Público, preparatória de ação de civil pública por atos de improbidade administrativa, visando a quebra do sigilo bancário e a decretação da indisponibilidade de bens de agentes públicos municipais que estariam envolvidos em esquema de corrupção em cooperativas de prestação de serviços de saúde no Município de São Paulo.

2. A controvérsia gira em torno do termo inicial para a contagem do prazo de 30 (trinta) dias para o ajuizamento da ação principal, a teor do disposto no art. 806 do CPC.

3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o prazo para o ajuizamento da ação principal deve ser contado a partir da data da efetivação da medida liminar.

4. Entretanto, no caso dos autos, a execução da medida liminar, necessariamente, se desdobra na prática de vários atos e na constrição de vários bens, o que leva à conclusão de que o prazo para promover a ação principal se inicia a partir do primeiro ato construtivo e não do momento em que se completaram integralmente todas as constrições.

5. Inobservado o prazo estabelecido pelo artigo 806 do CPC, a consequência é a perda da eficácia da medida cautelar e a extinção do processo, sem julgamento do mérito, como decidiu o juiz de primeiro grau. Precedentes: REsp 1053818/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 04/03/2009; REsp 692.781/ES, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 17/09/2007; REsp 528.525/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 1/2/2006.

6. Recurso especial provido, para declarar a perda de eficácia da liminar e decretar a extinção do processo cautelar.” (REsp 1115370/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 30/03/2010)

⁹⁰ Em comentários ao artigo 808, em Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Editora Saraiva, 41ª edição, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa anotam que: “Art. 808: 7. Nas questões de família e no amparo ao menor e ao incapaz, há uma tendência jurisprudencial a considerar que não ocorre a caducidade da medida liminar se a ação principal não for proposta em 30 dias (RT 554/214, RJTJESP 108/181, com o argumento de que “o bom senso repele a caducidade” das medidas liminares no direito de família, quando não proposta a ação principal dentro em 30 dias). Assim:

- concedidos alimentos provisórios o provisionais, não perde eficácia se não for proposta a ação principal no prazo de 30 dias (RT 496/98, RJTJESP 43/190, 68/268, 73/122, 107/169). **Contra:** “Os artigos 806 e 808 do CPC incidem nos processos cautelares envolvendo alimentos provisionais” (STJ- 3ª T., REsp 436.763, Min. Gomes de Barros, j. 27.11.07, DJU 6.12.07);

Em outras palavras, há uma relativização da norma, nos casos de separação de corpos ou regulamentação de visitas, por exemplo.⁹¹

Essa relativização, por certo, se aplica somente em cautelares sem cunho patrimonial ou aquelas de cunho satisfativo.⁹²

O Superior Tribunal de Justiça ratifica esse entendimento: “Tendo a cautelar natureza satisfativa, a não propositura da correspondente ação principal no prazo legal não implica na perda da eficácia da medida cautelar concedida”.⁹³

Como se observou nesse estudo, algumas regras processuais podem receber aplicação diferida em direito de família, como no caso das ações principais no trintídio legal aqui tratado.

- a fixação liminar de regime de visitas aos filhos não obriga o pai à propositura, no prazo de 30 dias, da ação de separação (RJTJESP 61/121);
- é o que ocorre com o pedido de busca e apreensão de menor, rotulado de medida cautelar, porém, na realidade, visando à obtenção da guarda do menor (RT 648/174, RJTJESP 108/181, JTJ 147/135);
- não perde eficácia a separação de corpos concedida, se não for proposta no prazo de trinta dias a ação de separação judicial...”

⁹¹ OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA refere-se a uma tendência dos juízes em manter a eficácia de medidas cautelares pertinentes a questões de família, particularmente quando há interesses de menores e, ainda, que o TJRS estabeleceu súmula para firmar o princípio de que a separação de corpos (que pode ser considerada uma manifestação de direito potestativo, consoante foi referido nos comentários ao artigo 796, item 24) também conserva *sine die* sua eficácia. Refere ainda que semelhante entendimento tem sido manifestado em relação aos alimentos provisionais, que asseguram interesses vitais (*Curso de processo civil*, vol. 3,4. Ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p.159).

⁹² Nesse sentido, entendimento de Luiz Fernando Afonso Rodrigues, em *Tutela de Urgência no Direito de Família*, editora Quartier Latin, 2008.

⁹³ REsp 641.806/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2004, DJ 11/10/2004 p. 323.

5.3. Investigação de Paternidade

A verdade biológica de um cidadão que tem a certeza da maternidade e a incerteza da paternidade deve ser buscada e, inclusive, amparada a pretensão do cidadão pelo Poder Judiciário, em respeito a todos os princípios, desde a dignidade humana até a liberdade e identidade.

Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, tem os mesmos direitos, o que está garantido pela Constituição Federal (art. 227, §6º) e pelo Código Civil (art. 1.596), sem qualquer discriminação entre uns e outros.

Considerando que o reconhecimento do filho pode não se dar de forma voluntária, prevê a legislação um meio forçado, através da ação de investigação de paternidade.

Nas ações de filiação são permitidos todos os meios de prova apesar de um notório fascínio do julgador pela prova técnica de DNA⁹⁴, cuja eventual negativa do investigado em se submeter à mesma pode levar a uma paternidade por presunção.

A busca pela verdade nesses casos deve ser conduzida pelo julgador com cautela, atentando primeiramente para autenticidade dos fatos e argumentos colacionados pelas partes, produzindo-se outras provas que objetivem a formação de seu convencimento.

Em seara de investigação de paternidade devem ser coletados todos os recursos probatórios, sem preferência por um único meio.

⁹⁴ Alberto CHAMELETE NETO observa que a função do juiz não é homologar laudos (...) "a prova pelo DNA ainda não chegou a ponto de solucionar de forma definitiva as questões de paternidade levadas a juízo. Seu valor é inegável, é verdade. Mas atribuir-lhe o rótulo de prova absoluta é incorreto." (*Investigação de paternidade & DNA*, Juruá: Curitiba, 2002,p.132).

Na realidade, devem ser produzidas outras provas, porquanto todo o conjunto probatório é que deve levar ao julgador um juízo mínimo de verossimilhança entre os fatos narrados e a prova colhida, até porque se o investigado se recusar a submeter-se ao exame genético deve esta conduta ser confrontada com as provas tradicionais.

A matéria deve ser tratada com extrema cautela, nada impedindo que seja ordenada a realização de perícia em DNA, contanto que esse impulso processual se mostra razoável em conjunto com os fatos e provas constantes dos autos.

A imediata realização da perícia em DNA, apesar de corriqueira, não é suficiente a concluir que o investigado por ter se negado sem causa justificada à prova pericial, é o pai.

Logicamente que tal resistência é um indício, que merece ser apreciado pelo julgador, no entanto em conjunto com os demais meios probatórios que devem ser propiciados às partes.

A despeito dessas ponderações e da possibilidade de equívocos em exames periciais em DNA pelo vínculo genético, a legislação e a jurisprudência⁹⁵ prevêm que a negativa de submissão à exame médico não aproveita aquele que se nega e, ainda, que se ordenada pelo juiz, a negativa poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.⁹⁶

Há inúmeras conseqüências dessa declaração de paternidade, porquanto uma vez julgada procedente a investigatória, esta passa a produzir efeitos de ordem jurídica, social, familiar, material e sucessória.

⁹⁵ Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. (Súmula 301, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 425)

⁹⁶ Artigo 231, C.C.: “Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.” e artigo 232, C.C.: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.”

A ilustrar, se o investigado for reconhecido pai, ele poderá dever alimentos desde a citação da ação, passando, assim, a ser responsável pela subsistência de seu filho⁹⁷.

Outro assunto freqüentemente discutido, que merece ser citado apesar de não estar relacionado à questão de urgência tratada nesse estudo, se refere à relativização da coisa julgada.

Importante refletir acerca da incidência da coisa julgada sobre as ações de declaração e de negação de paternidade ajuizadas à época em que não se falava na perícia genética realizada pelos marcadores de DNA, cujas decisões foram proferidas exclusivamente na verdade processual.

O surgimento do exame de DNA nas ações de investigação gerou uma discussão a respeito da imutabilidade da coisa julgada, porquanto o entendimento predominante era o da irreversibilidade das decisões transitadas em julgado, no entanto a evolução científica possibilitou a relativização da coisa julgada, muito debatida nessa seara.

Não cabe aqui adentrar profundamente nessa matéria, mas é relevante anotar que o tratamento dos direitos indisponíveis da pessoa autoriza até que a coisa julgada seja relativizada, o que demonstra o quão importante e muitas vezes urgente é o tema aqui estudado.

Na realidade, a doutrina e a jurisprudência tem que administrar dois princípios constitucionais: o da segurança jurídica, concernente à coisa julgada e o direito de estado de filiação, princípio da dignidade humana.

⁹⁷ Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação. (Súmula 277, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2003, DJ 16/06/2003 p. 416)

Por essa razão, se impõe alguns limites à imutabilidade dos efeitos da decisão proferida em sede de investigatória de paternidade, na busca pela verdade real. Afinal, é legítimo e sagrado o direito de qualquer cidadão de saber a verdade sobre sua paternidade.⁹⁸

5.4. Guarda de filhos e regime de visitas

Os conflitos de ordem familiar trazem dor e angústia para as partes e se tornam ainda mais complexos quando a disputa judicial envolve a guarda de filhos menores.

Casos dessa natureza demandam uma cautela e uma investigação criteriosa para que se possa proteger o menor e seus reais interesses, enquanto criança ou adolescente, razão pela qual o julgador deve priorizar sempre o bem estar dos menores.

⁹⁸ “PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II – Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade".

IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.”

(Recurso Especial 226436/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA do STJ, julgado em 28/06/2001, DJ 04/02/2002 p. 370)

Por certo, a urgência nesses casos pode se mostrar premente, até porque a criança não tem condições de se defender sozinha de um eventual agressor, nem tampouco aquilatar os riscos de determinadas condutas para o seu desenvolvimento.

A guarda de uma criança não está adstrita, por óbvio, apenas a uma obrigação, mas ao cuidado, zelo, proteção, educação e carinho que ela necessita, sendo, assim, está condicionada ao interesse da criança.

Nada há de absoluto ou definitivo em favor do titular da guarda, que está sujeita a alteração a qualquer tempo, razão dos conflitos constantes entre os pais que não se entendem.

Essa disputa levou, inclusive, a discussão do tema da alienação parental, a ser tratado nesse item.

A matéria da guarda de filho normalmente vem à tona quando os pais do menor não conseguem chegar a um consenso no fim do relacionamento, ou seja, não podem definir sozinhos sob a guarda de quem ficará o filho, o regime de visitas, etc.

Em síntese, ocorre a contenda quando um dos genitores ou ambos buscam o auxílio do Judiciário, travando-se batalhas muitas vezes dolorosas e longas para que se possa apurar a quem se deve atribuir a guarda provisória e a definitiva do menor.

Sempre em defesa dos interesses da própria criança, necessário evitar que se coloque em risco o desenvolvimento educacional e psicológico do infante que, sem dúvida, sofre com a situação, até mesmo quando sequer compreende o que está ocorrendo.

Caberá ao julgador, portanto, analisar a situação, os fatos, as partes e as características peculiares a cada caso para definir quem tem melhores condições de permanecer com a guarda do filho.

Há casos, ainda, que essa guarda poderá ser compartilhada entre ambos os pais, ou que definida a guarda, seja fixado um amplo regime de visitas.

Quanto ao regime de visitas ou direito de visita, esse se restringe ao âmbito do direito privado, ou seja, na esfera do direito civil especificamente relativo à família, sendo definido de acordo com o caso concreto, já que se faz necessário analisar a idade da criança, sua rotina, dentre outros itens.

Poderá o julgador recorrer à ajuda de psicólogos e assistentes sociais que trarão maiores subsídios para avaliar a qualificação dos genitores, ou em determinados casos, dos parentes envolvidos que busquem a guarda do menor.

Definida a guarda, deverá ser analisado o convívio do menor com a outra pessoa com quem tenha laços afetivos, podendo ser a mãe ou o pai e ainda outro parente ou terceiro.

O direito de visita é também um dever dos genitores que não detém a guarda, porquanto essencial à convivência para o processo de personificação e socialização do menor, na tentativa de conservar intactos os laços afetivos que se romperam.

Da mesma forma que a guarda, as visitas também podem sofrer alteração, sendo, inclusive, conveniente com o desenvolvimento da criança, sua mudança de rotina e de interesses, por exemplo.

Um grave problema é o guardião se conscientizar da importância da visita, necessária ao integral desenvolvimento do menor, ou, ainda, o visitante se acostumar a colocar o interesse da criança acima do seu.

Muitas vezes o guardião assume a posição de “dono” do menor, enquanto o visitante “estraga” o filho ou sua rotina e hábitos a fim de agradá-lo.

Muitas vezes a questão se agrava por um problema entre o visitante e o guardião e não com relação ao menor, que se vê envolvido na disputa dos pais.

Na tentativa de evitar abusos, sancionou-se em 26 de agosto de 2010, a Lei da Alienação Parental⁹⁹, a qual prevê medidas que vão desde o acompanhamento psicológico e aplicação de multa até a perda da guarda da criança.

A chamada alienação parental se refletirá em determinada conduta do genitor que exclua o outro da vida do filho, denigra a imagem, ataque a relação, interfira nas visitas, ou seja, de alguma forma perturbe o natural relacionamento do filho com o outro genitor.¹⁰⁰

⁹⁹ LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010, que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

¹⁰⁰ Lei 12.318/2010: “Art. 2. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.”

Essa síndrome chamada de alienação parental pode provocar danos graves ao desenvolvimento do menor e influenciará no futuro desse indivíduo de forma negativa, razão pela qual poderá ser punida severamente se identificada.

Há a previsão de multa, acompanhamento psicológico e até mesmo a perda da guarda da criança, como mencionado, além de tramitação prioritária, podendo o julgador, se o caso, determinar as medidas provisórias necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente.

Deste modo, a questão da guarda dos filhos constitui ponto relevante e incontestavelmente é uma importante discussão do Direito de Família.

5.4.1. Busca e Apreensão

A legislação estabelece que o juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas (art. 839 C.P.C.), sem especificar se a ação terá rito ordinário ou cautelar, o que possibilita ao requerente as duas vias.

Para o presente estudo e o direito de família, se busca solucionar aqueles casos em que um dos cônjuges se afasta do lar com o menor sem o consentimento do outro, ou quando esteja em discussão a guarda provisória dos filhos, ou ainda quando não devolve em dia de visitas, enfim, quando um genitor ou parente indevidamente permanece com o menor.

É comumente utilizada a via cautelar¹⁰¹, ou seja, a medida cautelar de busca e apreensão de menor, dada a urgência da tutela, ainda que haja entendimento em ambos os sentidos¹⁰².

Essa busca significa a procura da pessoa no estudo em comento e a apreensão é o resultado do êxito da própria busca pelos incapazes (menores e interditos), porque estes se sujeitam à guarda de outrem.

Exatamente por sua urgência, que será demonstrada por petição inicial, com os requisitos dos artigos 282 e 801 do C.P.C., o deferimento da medida poderá se dar sem contraditório, com a expedição de um mandado de busca e apreensão.

Naqueles casos em que os conflitos entre os genitores são constantes, é comum que ambos utilizem indiscriminadamente as medidas cautelares de busca e apreensão do menor para que se faça cumprir o regime de visitas, v.g.

¹⁰¹ “APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. EXTINÇÃO DO FEITO POR PERDA DO OBJETO. CABIMENTO. Em sendo satisfativa a medida cautelar, correta a extinção do feito por perda do objeto. A ação cautelar não permite a discussão de eventuais atritos existentes entre as partes. APELAÇÃO DESPROVIDA.” (Apelação Cível Nº 70036457125, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 23/08/2010)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. CABIMENTO. GUARDA DEFERIDA AO PAI. Como regra, a guarda deve ser exercida pelo genitor que detém legalmente essa incumbência legal. Eventuais alterações do encargo da guarda devem ser feitas a partir do devido processo legal. No caso, o pai exerce regularmente a guarda do filho em razão de recente acordo homologado judicialmente, não trazendo a mãe nenhuma prova ou indício que desabone o exercício da guarda paterna. Caso em que é de rigor o deferimento da busca e apreensão do filho. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA.” (Agravado de Instrumento Nº 70037890183, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/07/2010)

¹⁰² Art. 839: 3a. “A ação que sob o nome de busca e apreensão seja ajuizada para dirimir em definitivo o direito à posse ou guarda de incapaz deve ser processada como ação de cognição, sob rito ordinário, e não como cautelar, de rito sumário. Portanto, o recurso interposto contra a sentença dessa ação está sujeito ao duplo efeito” (RT 668/88).

Contra, em termos: “Às demandas de busca e apreensão de incapazes, mesmo quando satisfativas, deve-se dar o rito de ação cautelar, e não o procedimento ordinário” (RT 627/101). (Comentários ao artigo 839, em Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Editora Saraiva, 41ª edição, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, pág. 1003).

O tema nessa cautelar provavelmente tratará da guarda e da capacitação de cada genitor ou parente para exercê-la, contudo essa discussão deverá ficar adstrita à ação própria, cabendo ao julgador no âmbito restrito dessa medida analisar se deve ou não ser deferida a busca e apreensão do incapaz.

Qualquer outra discussão deve ser objeto da ação apropriada, na qual haverá instrução suficiente, voltada a se apurar quem reúne melhores condições de exercer a guarda do menor.

5.5. Arrolamento de Bens

O arrolamento de bens é medida cautelar que visa conservar os bens litigiosos em perigo de dilapidação ou extravio, conforme prevê o artigo 855 e seguintes do C.P.C.

No âmbito do direito de família é utilizada pelos cônjuges nas ações matrimoniais, expondo o requerente o seu direito àqueles bens e os fatos em que funda seu receio de extravio ou dissipação dos mesmos (art. 857 C.P.C.).

O arrolamento pode ser preparatório ou incidental da ação principal e deve atender aos requisitos dos artigos 282 e 801 do Código de Processo Civil, podendo ser deferido e realizado liminarmente nos casos de urgência.

Haverá contraditório que deverá se ater ao fato de tratar-se de medida preventiva, ou seja, não caberá discussão de propriedade, que será apreciada na ação de mérito, destinada a partilha do patrimônio comum.

Frise-se que a medida possui conteúdo meramente probatório e de conservação, destituída de qualquer caráter construtivo, com vistas, sem dúvida, à prevenção de direitos futuros de ambas as partes.

Atualmente não se restringe o arrolamento aos bens móveis e semoventes, podendo ocorrer em alguns casos uma espécie de constrição de valores, naquelas hipóteses de bloqueio de contas correntes, por exemplo, pois caso contrário o montante depositado em uma instituição financeira poderá se dissipar totalmente, o que deverá ser avaliado caso a caso, analisando-se desde o regime de bens do casamento até as particularidades do casal em litígio.

De qualquer forma, a regra é que, uma vez demonstrado o "*fumus boni juris*" e o "*periculum in mora*", deve ser resguardado o direito das partes, sendo que nenhuma ilegalidade se vislumbra, *a priori*, do deferimento de medida de arrolamento de bens.

5.6. Alimentos

A ação de alimentos é o meio processual específico para aquele que tem legitimidade¹⁰³ de reclamar de outrem o pagamento de pensão.

Os alimentos desse item são aqueles denominados provisórios, porquanto a doutrina diferencia estes dos provisionais, sendo, respectivamente, previstos pela Lei nº 5.478/68 e pelos artigos 852 a 854 do C.P.C.¹⁰⁴

¹⁰³ "PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 201, III, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

1. O Ministério Público tem legitimidade para a propositura de ações de alimentos em favor de criança ou adolescente, nos termos do art. 201, III, da Lei 8.069/90 (Estatuto da criança e do adolescente).

2. Recurso Especial provido." (Recurso Especial 1113590/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 10/09/2010)

¹⁰⁴ "Entende-se por alimentos provisionais aqueles concedidos provisoriamente ao alimentário, antes ou no curso da lide principal; no pressuposto de que são concedidos também para atender às despesas do processo, são

Os provisionais foram objeto de estudo em item antecedente, cabendo analisar a prestação dos alimentos provisórios de acordo com a Lei nº 5.478/68.

A obrigação alimentar é legal e moral, prevista no artigo 1694 do Código Civil¹⁰⁵, podendo os parentes exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir.

Nesse item, tratar-se-á da obrigação alimentar e do rito que a Lei nº 5.478/68 imprimiu à questão.

Dita lei, em seu artigo 2, reza que: “Art. 2. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.”

Tal artigo faz uma síntese superficial do procedimento, que encontra diversas regras no ordenamento jurídico.

Necessário diferenciar, de antemão, os alimentos devidos ao filho menor daquele devido ao cônjuge ou companheiro¹⁰⁶.

chamados *alimenta in litem*, *provisão ad litem* ou *expensa litis*.” (Yussef Said Cahali, *Dos Alimentos*, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2002, página 885)

¹⁰⁵ Art. 1.694. C.C.: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

¹⁰⁶ “O primeiro, que compreende os alimentos, decorrerá do poder familiar (art. 1.634), existindo, por isso, entre pais e filhos menores. A segunda, que decorre da lei, está fundada no parentesco e pressupõe a necessidade do

As regras, no tocante ao trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade, são semelhantes, no entanto os enfoques da matéria são diversos se aquele que pede alimentos é o filho menor, ou se é o cônjuge ou companheiro.

Em se tratando de incapaz, as necessidades são presumidas, especialmente aquelas de moradia, alimentação, educação e etc. Nesse caso, os devedores de alimentos costumam ser os pais, em relação aos filhos, enquanto menores de 18 anos ou aos filhos maiores que não possam prover à própria subsistência.

Da mesma forma, o direito a alimentos é recíproco entre pais e filhos¹⁰⁷, por exemplo, naqueles casos em que os pais, em idade avançada ou enfermos, fiquem sem condições de prover o próprio sustento.

A obrigação alimentar, segundo a lei, alcança todos os ascendentes, recaindo sobre os mais próximos em grau, uns em falta de outros.¹⁰⁸

alimentado. O presente dispositivo trata especificamente da *obrigação alimentar* ao referir-se aos parentes, ao casamento e à união estável. A *obrigação alimentar* tem como principais características a reciprocidade, a possibilidade de que seu surgimento não cesse nunca e, por fim, a pressuposição da necessidade do alimentando. Já o *dever de sustento* não é recíproco e prescinde da necessidade do alimentando, por ser presumida de modo absoluto. Nesta hipótese, a prova a ser produzida será apenas com relação ao *quantum* necessário.

Tanto o *dever de sustento* como a *obrigação alimentar* são transmissíveis aos herdeiros do alimentante nos limites da herança (v. art. 1.700) e divisíveis, não havendo solidariedade entre os obrigados ao cumprimento (v. art. 1.698). Contudo, com relação ao idoso (idade igual ou superior a 60 anos), a *obrigação alimentar* passou a ser *solidária*, nos termos do art. 12 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), podendo o idoso optar entre os prestadores.

O direito aos alimentos, é personalíssimo, não podendo ser objeto de cessão de crédito (v. art. 1.707), embora os pretéritos, integrados ao patrimônio do alimentando, possam ser, dado este já ter sobrevivido sem eles. É também *impenhorável e não é passível de compensação*, porque isso significaria colocar em risco a sobrevivência do alimentando, muito embora a jurisprudência venha admitindo compensação quando se trate de pagamentos a maior, descontados de pagamentos futuros, considerando a diferença a maior como adiantamento (v. art. 1.707).

O direito a alimentos é *imprescritível*, mas as prestações vencidas prescrevem no prazo de dois anos (art. 206, § 2º). O direito de alimentos não pode ser objeto de transação, o *quantum* sim. Os alimentos são *irrepetíveis e irrenunciáveis*, inclusive entre cônjuges e companheiros. O que se pode é não exercer o direito, porém não há como renunciar a ele (v. art. 1.707).” (Carvalho Filho, Milton Paulo de, Código Civil Comentado, coordenação Cezar Peluso, 2ª edição, página 1801/1802).

¹⁰⁷ Código Civil, Art. 1.696. “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Essa obrigação de prestar alimentos não se restringe aos parentes, podendo se dar entre cônjuges e companheiros.

Por sua vez, os alimentos devidos entre cônjuges e entre as partes na dissolução de união estável podem ser estudados conjuntamente.

Caso esse estudo fosse anterior a Emenda nº 66, as considerações poderiam ser outras, contudo a matéria inovada pende de apreciação e julgamento na esfera jurisprudencial, necessitando de tempo para que se assentem os entendimentos em sentidos diversos.

As discussões na incipiente doutrina, em especial no que respeita à extinção da separação e à relevância do exame da culpa para desate da sociedade conjugal e o fim do casamento civil ainda são superficiais e controversas, o que impossibilita, por ora, algumas definições.

A meu ver, uma coisa é certa, o instituto da separação foi suprimido da Constituição Federal.

Há quem sustente, no entanto, que não desapareceu esse instituto, persistindo na legislação civil os dispositivos que regulam a separação, dentre outros comentários sobre o tema. Em sentido contrário, temos também opiniões firmes e abalizadas, no sentido de que estes dispositivos da legislação infraconstitucional que tratam da separação foram derogados.

¹⁰⁸ “ALIMENTOS. Avô. Impossibilidade de o menor receber alimentos do pai.

A responsabilidade alimentar do avô tem como pressuposto a "falta" dos pais (art. 397 do CCivil), a ela equiparada a incapacidade de o pai cumprir com sua obrigação, inadimplente durante meses, e sem que o credor tivesse algum êxito no processo de execução em curso.

Recurso conhecido e provido para admitir a legitimidade passiva do avô paterno.”

(Recurso Especial 169746/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA do STJ, julgado em 22/06/1999, DJ 23/08/1999 p. 129)

Nesses debates, surge a questão da culpa e, há quem mencione, que não poderá mais haver discussão desta entre cônjuges ou companheiros.

Na realidade, se tornou desnecessário identificar um culpado para a separação, contudo não significa que os cônjuges não devem respeitar os deveres do casamento.

Para o item aqui tratado, ou seja, a ação de alimentos persiste o debate a respeito da culpa de quem os pleiteia (CC 1.694, § 2º).

Em outras palavras, a culpa no direito de família permanece e o cônjuge ou companheiro culpado só receberá os alimentos mínimos à sua manutenção, mudando apenas o local de discussão, para que possam as partes se divorciar ¹⁰⁹.

¹⁰⁹ **“A culpa acabou no Direito de Família?”**

A delicada resposta depende do alcance da pergunta. A culpa acabou para fins de se impedir o fim do vínculo conjugal? A resposta é afirmativa. Acabou o afeto, acabou a comunhão de vidas, acabou o casamento. Após a mudança constitucional, não mais se poderá debater a culpa como forma de protelar a decisão que põe fim ao casamento.

O divórcio será concedido e o processo não comportará debates em torno do motivo do fim do casamento. A culpa de um ou ambos os cônjuges para a dissolução do vínculo ou para o fim da comunhão de vidas passa a ser irrelevante.

O debate em torno da culpa, que anteriormente impedia a extinção célere do vínculo e sujeitava, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas acabou definitivamente.

Isso significa que a culpa não mais poderá ser debatida nas ações de direito de família?

Não. E ao leitor que não fique a impressão que a culpa desapareceu do sistema, ou que simplesmente se fará de conta (no melhor estilo dos contos de fada) que o cônjuge não praticou atos desonrosos contra o outro, que não quebrou seus deveres de mútua assistência e fidelidade, etc...

Não se trata de permitir irresponsabilidade do cônjuge. Só que a partir da emenda constitucional, a culpa será debatida no *locus* adequado em que surtirá efeitos: a ação autônoma de alimentos ou eventual ação de indenização promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais, materiais ou estéticos.

O leitor pode estar se perguntando qual é a vantagem da mudança introduzida quando da aprovação da PEC. A mudança é evidente e espetacular. O divórcio se dará de maneira célere e com um único ato (seja uma decisão judicial ou escritura pública nos casos admitidos pela Lei 11.441/07) o casamento estará desfeito e os antigos cônjuges podem, agora, divorciados, buscar, em nova união ou casamento, a felicidade que buscaram outrora na relação que se dissolve.

Assim, livres para buscarem sua realização pessoal e felicidade, se necessário, que passem anos discutindo a CULPA em uma morosa ação de alimentos ou de indenização por danos morais.

Sim, discuta-se a culpa, mas não mais entre cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges.” (Simão, José Fernando, “A Pec Do Divórcio: A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família”, 23/07/2010, extraído do site www.ibdfam.org.br)

O tema da Emenda Constitucional nº 66 levará a debates entre juristas e operadores do direito por anos, diante da grande mudança estrutural e, em que pesem estas reflexões ainda preliminares, não resta dúvida da revolução que o direito de família sofreu neste Século XXI, dada a mudança e a celeridade do divórcio.

Em recente debate no Instituto dos Advogados de São Paulo, ouvi um comentário no sentido de que a resistência é uma tentativa de alguns advogados e notários de garantirem reserva de mercado de trabalho, no entanto, apesar de discordar, até porque não era exclusivamente o duplo procedimento que exigia outra contratação, não se pode negar a significativa economia de tempo, dinheiro e desgaste emocional dos envolvidos.

Releva notar que cada situação própria do Direito de Família demanda uma tutela de urgência adequada a tutelar o conflito de interesses e, sendo assim, a redução de demandas apenas colaborará para que possam os julgadores e operadores do direito dedicar-se a essas tutelas de urgência, assegurando, assim, aos cidadãos a garantia constitucional da tutela efetiva da ameaça a direito, preconizada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

6. CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, ficou claro que a situação de desgaste que decorre da demora dos processos judiciais pode afetar a tutela dos direitos de todos os cidadãos que recorrem ao Poder Judiciário para resguardar seus interesses, levando a constantes debates a respeito da celeridade, da efetividade, da segurança jurídica, dentre outros princípios envolvidos.

Essas discussões jurídicas e a tentativa de atender rapidamente aos pleitos das partes se tornam ainda mais importantes nos direitos que decorrem das intrincadas e complexas relações familiares, daí a relevância das tutelas de urgência.

Sem dúvida, o Direito de Família sofreu e vem sofrendo várias alterações no último século e, como visto no presente estudo, muitas outras estão por vir, na busca incessante de uma fonte satisfatória do Direito, considerando, ainda, o contexto histórico, sempre em mutação.

Dessa forma, ainda mais evidente a importância das tutelas de urgência em Direito de Família, até porque diante da evolução humana, muitas vezes mais célere que a evolução do direito, não se pode permitir que as manifestações das partes sofram com eventual ausência de regulamentação do Direito Positivo.

É imperioso o reconhecimento das mudanças sociais ocorridas no que diz respeito aos conceitos e aos critérios da instituição familiar na sociedade atual, perpetuando sempre o que a Constituição Federal garante ao indivíduo e fazendo com que o Estado Democrático de Direito se concretize de forma igualitária, harmoniosa e justa.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides. *Separação e Divórcio*. Teoria e Prática. 6ª edição. Ed. Livraria e Editora Universitária de Direito.
- BATISTA RIBEIRO COSTA, Hélio Rubens; HALFELD REZENDE RIBEIRO, José Horácio; DINAMARCO, Pedro Silva (coordenadores). *Linhas Mestras do Processo Civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. Malheiros Editores, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 11ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- CALMON DE PASSOS, J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- CHAMELETE NETO, Alberto. *Investigação de paternidade & DNA*, Juruá: Curitiba, 2002.
- CUNHA, Alcides Munhoz, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Do Processo Cautelar, Editora RT, vol. 11, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, edições 1995 e 2003.
- DINAMARCO, Pedro Silva (coordenadores). *Linhas Mestras do Processo Civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - 5. Direito de Família*. São Paulo: Editora Saraiva, 22ª edição.

DOLINGER, Jacob. *Direito Civil Internacional. A Família no Direito Internacional Privado*. Tomo Primeiro – Casamento e Divórcio. Editora Renovar.

FIGUEIRA, Joel Dias Junior. *Tipologia das Tutelas de Urgência*, texto extraído do site <http://www.joelfigueira.com>, acessado em 15 de março de 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. VI, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia, 2001.

JUNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. II, 3ª e 45ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987 e 2010.

JUNIOR, Humberto Theodoro, *Processo Cautelar*. 24ª e 25ª Edição, Ed. Livraria e Editora Universitária de Direito, 2010.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I, 7ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo*, 4ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos Fundamentais. T.IV. Portugal: Coimbra, 1988, p. 197. *Apud* FERREIRA, Suzana Maria da Glória. *O princípio da igualdade no direito de família à luz do novo Código Civil*. Tese (Tese em Direito) PUC/SP. São Paulo: Biblioteca da PUC, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. Volume I. Direito Matrimonial. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª Edição. Editora e Distribuidora Bookseller, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 8ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gischkow, *Tendências modernas do direito de família*, RT 628/19, ano 77 - fevereiro de 1988.

RODRIGUES, Luiz Fernando Afonso, *Tutela de Urgência no Direito de Família*, editora Quartier Latin, 2008.

SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro*, Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe, Editora Quartier Latin, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista, em *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*. 3ª edição, Ed. Rio de Janeiro 1974.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, Volume 3. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. Artigo especialmente escrito para o seminário virtual *Temas atuais do Direito de Família*, do site *Âmbito Jurídico* (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006. Acesso em 20.02.2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Novo Regime do Agravo*, 2ª edição, São Paulo, Ed. RT, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 5ª edição. Editora Saraiva.

Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br>, acesso em: 20 de fevereiro de 2008.

Disponível em <http://www.cnj.jus.br>, Conselho Nacional de Justiça, acesso em: 19 de maio de 2009.

Disponível em <http://www.infojus.com.br>, Infojus Portal Jurídico, acesso em: 05 e 08 de julho de 2010.

Disponível em <http://www.professormarinoni.com.br>, Luiz Guilherme Marinoni, acesso em: 04 e 15 de março de 2010.

Disponível em <http://www.joelfigueira.com>, acesso em: 15 de março de 2010.

Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>, acesso em 15 de março de 2010.

Disponível em <http://www.conpedi.org>, acesso em: 20 de julho de 2010.

Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso em: 19 de maio de 2009, 22 de janeiro, 15 de março e 08 de julho de 2010.

Disponível em <http://www.ibdfam.org.br>, acesso em 22 de outubro e 12 de novembro de 2010.