

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Amanda Silveira de Almeida

DAS MEDIDAS CAUTELARES APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Porto Alegre
2016

AMANDA SILVEIRA DE ALMEIDA

DAS MEDIDAS CAUTELARES APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Dra. Simone Tassinari Cardoso

Porto Alegre

2016

AMANDA SILVEIRA DE ALMEIDA

DAS MEDIDAS CAUTELARES APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Dra. Simone Tassinari Cardoso

Aprovada em _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Profa.Dra. Simone Tassinari Cardoso

Profa.Dra.Lisiane Feiten Wingert Ody

Prof.Dr.Jamil Andraus Hanna Bannura

Agradeço, inicialmente, à minha orientadora, Prof. Simone Tassinari Cardoso, por todos os ensinamentos de Direito de Família, pela intensa dedicação, atenção e motivação para a elaboração desta monografia.

Agradeço também aos meus familiares e amigos, em especial às amigadas que criei no ambiente acadêmico, Amanda, Eduarda e Emanuelle. Agradeço, ainda, ao Filipe, pelo apoio, compreensão e incentivo ao longo desta pesquisa.

Por fim, agradeço com imenso carinho aos meus pais, em especial à minha mãe, Francisca, a quem dedico todos estes anos de faculdade.

RESUMO

O presente estudo versa sobre as medidas cautelares aplicáveis no âmbito do Direito de Família, tratando-se do regime de cada uma delas em face das alterações na legislação processual civil. Sendo assim, estabelecer-se-á um paralelo entre a regulamentação das referidas medidas no CPC/73 e no Novo CPC, dando-se ênfase à aplicabilidade de cada uma delas no ramo do Direito de Família, assim como destacando-se aspectos relevantes e controversos na doutrina brasileira. A pesquisa inicia-se com uma análise do conceito de “família” como instituto jurídico, abordando sua evolução histórica, desde a sua origem até o conceito atual de “família”, influenciado pelas diversas mudanças constitucionais e por meio da jurisprudência pátria. Contextualizadas as causas provenientes do Direito de Família que levam à utilização de medidas cautelares, far-se-á uma abordagem acerca do conceito de medida cautelar, estabelecendo diferenças entre a mesma e o instituto processual da tutela antecipada, bem como destacando-se a recente unificação destas medidas na tutela de urgência no Novo CPC, ressaltando aspectos relevantes à aplicação da tutela cautelar diante do novo regime. Por fim, tratar-se-á especificamente de duas medidas assecuratórias aplicáveis no Direito de Família, a busca e apreensão de menor e os alimentos gravídicos, salientando-se pontos complexos e polêmicos, por meio de análise jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito de Família. Medida Cautelar. Tutela de Urgência. Busca e Apreensão. Alimentos Gravídicos.

ABSTRACT

The present study deals with the precautionary measures applicable in the scope of the Family Law, being the regime of each one of them in face of the changes in the civil procedural law. Therefore, a parallel will be established between the regulation of said measures in CPC / 73 and in the New CPC, emphasizing the applicability of each of them in the branch of Family Law, as well as highlighting relevant aspects and Controversies in Brazilian doctrine. The research begins with an analysis of the concept of "family" as a legal institute, addressing its historical evolution, from its origin to the current concept of "family", influenced by the various constitutional changes and through the jurisprudence of the mother country. In the context of the causes of family law that lead to the use of precautionary measures, an approach will be taken on the concept of a precautionary measure, establishing differences between the same and the procedural institute of early protection, as well as highlighting the recent Unification of these measures in the protection of urgency in the New CPC, highlighting aspects relevant to the application of prudential protection before the new regime. Lastly, it will deal specifically with two measures applicable in family law, the search and seizure of juvenile and gravid food, highlighting complex and controversial points, through jurisprudential analysis.

Keywords: Family Law. Precautionary Measure. Urgent Care. Search and Seizure. Pregnant Foods.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. FAMÍLIA COMO INSTITUTO JURÍDICO: UMA ABORDAGEM NECESSÁRIA AO TEMA	10
2.1. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
2.1.1. A família no Direito Romano.....	11
2.1.2. A família no Direito Canônico.....	13
2.1.3. A família pós-moderna	14
2.2. O DIREITO DE FAMÍLIA.....	15
2.2.1. Uma possível definição.....	15
2.2.2. Natureza jurídica	16
2.2.3. As modificações advindas com a Constituição Federal de 1988.....	17
2.2.4. A codificação civil de 2002.....	19
2.3. A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E A NECESSIDADE DE TUTELAR DIREITOS SEM PREVISÃO NORMATIVA.....	20
3. DA NOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR	23
3.1. UMA POSSÍVEL DEFINIÇÃO	23
3.2. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	25
3.3. TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA NO CPC/73: DIFERENÇAS CONCEITUAIS E PRÁTICAS.....	26
3.4. O NOVO CPC E A UNIFICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E CAUTELAR: A TUTELA DA URGÊNCIA	30
4. DAS MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS NO DIREITO DE FAMÍLIA	34
4.1. DA DISCIPLINA JURÍDICA DA AÇÃO DE SEQUESTRO	35
4.2. DA TUTELA JURÍDICA DA BUSCA E APREENSÃO	37
4.3. DA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO	40
4.4. DA TUTELA CAUTELAR DE ALIMENTOS PROVISIONAIS	43
4.5. DA CAUTELAR DE ARROLAMENTO DE BENS	45
4.6. DA TUTELA CAUTELAR DE POSSE EM NOME DO NASCITURO	48
4.7. DAS MEDIDAS PROVISIONAIS	50
4.7.1. Entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos.....	51
4.7.2. Posse provisória dos filhos	52
4.7.3. Afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais.....	54

4.7.4. Depósito de menores ou incapazes	55
4.7.5. Afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal	57
4.7.6. Guarda, educação e direito de visita aos filhos	58
5. DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS ESPECÍFICAS NO DIREITO DE FAMÍLIA RELACIONADAS À TUTELA EXISTENCIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA E JURISPRUDENCIAL DE ALGUNS INSTITUTOS	61
5.1. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR	61
5.1.1. O direito de convivência	62
5.1.2. O fenômeno da alienação parental	66
5.1.3. Busca e apreensão X cumprimento de sentença: efeitos práticos	70
5.2. DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS	72
5.2.1. Natureza jurídica	72
5.2.2. Características	73
5.2.3. Legitimidade ativa e passiva	75
5.2.4. Aspectos processuais e a Lei 11.804/08	76
5.2.5. Improcedência da ação e a responsabilização da gestante	77
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	80
REFERÊNCIAS	83

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo abordar as medidas cautelares aplicáveis no âmbito do Direito de Família, em face do inegável caráter emergencial que as situações relacionadas a este ramo do Direito apresentam, circunstância diretamente relacionada ao uso da tutela cautelar.

A evolução do conceito e da formação da família é o ponto inicial deste estudo, com a finalidade de compreender a configuração dos modelos de família e as consequências para os conflitos familiares que levam à busca pelo Poder Judiciário, com a finalidade de obter medidas urgentes.

Para elucidar tal ponto, é necessário tratar sobre a origem da família, as influências do Direito Romano e Canônico na formação familiar e na constituição de suas principais características. No entanto, é na constitucionalização do Direito Civil e na reforma do Código Civil que se alicerça o conceito atual de família, ou como alguns autores preferem chamar, “conceitos de família”, amparado pela jurisprudência brasileira, pontos que serão abordados, de igual forma, neste estudo.

Após a definição da família como instituto jurídico e do panorama atual da mesma, faz-se necessário tratar sobre o conceito de medida cautelar, a fim de destacar sua finalidade e principais características. Ainda, far-se-á uma análise comparativa entre a medida cautelar e a tutela antecipada, tema que com frequência gera dúvidas, em seus aspectos formais e práticos.

Outro ponto de extrema relevância que será objeto do trabalho é a recente reforma processual civil, tendo em vista que o Novo CPC deixou de destinar um livro específico às medidas cautelares, tratando de forma genérica as tutelas cautelar e antecipada por meio da tutela de urgência, unificando os dois institutos processuais.

Nesse sentido, diante da lacuna agora presente no ordenamento jurídico pátrio, tratar-se-á das medidas cautelares com base no Código de Processo Civil de 1973, revogado no corrente ano, e a disciplina detalhada destas medidas. Da mesma forma, serão destacados os pontos negativos e positivos das alterações referidas, por meio de uma análise comparativa.

Sendo assim, na segunda parte do trabalho, falar-se-á sobre as medidas cautelares aplicáveis no Direito de Família, destacando a finalidade de cada uma delas, aspectos relevantes e ainda controversos na doutrina brasileira, assim como suas principais características procedimentais. Ao mesmo tempo, será feito um paralelo entre as duas codificações, a fim de verificar a correspondência para o cumprimento das cautelares, bem como se haverá ou não prejuízo para quem intentar alguma das medidas.

Na parte final deste estudo, será feita uma análise mais detalhada de duas tutelas, quais sejam, a busca e apreensão de menor e os alimentos gravídicos, em face das peculiaridades de cada uma delas e do que vem sendo decidido recentemente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Assim sendo, serão examinados recentes julgados que versam sobre aspectos importantes e controversos acerca das medidas referidas.

Na apreciação da busca e apreensão de menor, far-se-á necessário, primeiramente, tratar sobre o direito de convivência e a relação entre a alienação parental e o exercício imoderado deste direito, assim como a tentativa de obstrução do mesmo por parte do genitor detentor da guarda, com base na jurisprudência. Posteriormente, será feita uma comparação entre os efeitos da utilização da medida cautelar de busca e apreensão e do cumprimento de sentença de obrigação de fazer, em face dos benefícios e malefícios de cada provimento.

Na última parte do trabalho, falar-se-á dos alimentos gravídicos, tratando-se, inicialmente, da natureza jurídica ainda controvertida deste instituto, mas que inserido na presente monografia, ganha traços cautelares. Serão ressaltadas suas principais características, por meio da análise de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Por fim, tratar-se-á da possibilidade de responsabilização da genitora em virtude da negativa de paternidade e o entendimento jurisprudencial acerca do assunto. Sendo assim, o presente estudo tratará sobre as medidas cautelares aplicáveis ao Direito de Família, em suas particularidades, sob a luz das alterações na legislação processual civil, assim como ressaltando aspectos relevantes sobre a busca e apreensão de menor e os alimentos gravídicos, com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça do RS.

2. FAMÍLIA COMO INSTITUTO JURÍDICO: UMA ABORDAGEM NECESSÁRIA AO TEMA

Da análise de sua perspectiva etimológica, o termo “família” apresenta diversos significados e interpretações, tendo influência nos âmbitos social, filosófico, psicológico e, sobretudo, jurídico. No entanto, os efeitos gerados pelas relações de parentesco possuem imensa importância para o Direito Civil, trazendo consequências jurídicas para além do ambiente familiar.¹

Portanto, faz-se necessário realizar um exame da origem deste instituto, bem como sua evolução no decorrer dos anos, até a chegada no conceito atual de família, o qual ainda carrega consigo resquícios de sua formação tradicional, bem como modificou-se para atender às necessidades e garantias individuais.

2.1. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Embora existam diversas teorias acerca da origem da família e não seja possível precisar o momento exato de seu surgimento, ela adveio basicamente de um estado primitivo de promiscuidade, no qual se atribuía imenso valor às relações sexuais, mantidas entre quaisquer pessoas.

Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho:

A explicação da origem da família, como se vê, está envolta em grandes incertezas. Associa-se o seu surgimento, porque conceitualmente não há outra alternativa, ao da prática da proibição do incesto, isto é, à regulação das relações sexuais permitidas e proibidas. Mas pouco se consegue avançar, pela trilha da certeza científica, no conhecimento de sua origem, porque nunca houve, como não há hoje em dia, uma única forma de família.²

Após a superação deste estado inicial voltado ao sexo, formaram-se sucessivamente as famílias consanguínea, punaluaana, sindiásmica e monogâmica.³ A família consanguínea era baseada nos laços de sangue, ou seja, era estabelecida através de uma relação biológica entre os entes. Uma das principais características deste tipo de família era o agrupamento dos

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 28.

² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. v. 5. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 16.

³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**: Texto Integral. Traduzido por Ciro Mioranza. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, v. 2. 2. ed. rev. São Paulo: Escala, 1984. p. 31.

integrantes por gerações. Ainda, todos os avós, irmãos e irmãs eram considerados maridos e mulheres, excluindo-se do regime matrimonial apenas ascendentes e descendentes.

Logo após a evolução da família consanguínea, surgiu outro tipo, a chamada família punalua, que tem origem no termo “punalua”, significado de companheiro íntimo. A partir deste modo de organização familiar, passou-se a indicar os graus de parentesco, designando os indivíduos em sobrinhos e sobrinhas, primos e primas, bem como foi proibida relação sexual entre irmãos carnais. Outra característica importante é o reconhecimento de herança por meio do direito materno, em face da dificuldade de identificar a paternidade.

Já com a família sindiásmica, houve a extinção do casamento por grupos, sendo que cada mulher vivia com apenas um homem, dever de fidelidade e respeito que não era exigido do varão. No entanto, foi nesta espécie de organização familiar que surgiu o matriarcalismo, tendo em vista que a mulher passou a ser a referência da família, sendo-lhe atribuídas as responsabilidades. Ademais, a dissolução do vínculo matrimonial por qualquer um dos cônjuges passou a ser autorizada, sendo que os filhos permaneceriam na posse materna.⁴

Diante do desenvolvimento de atividades agrícolas e o surgimento da propriedade particular, surge a figura paterna como “chefe do lar”, o qual tinha o encargo de garantir o sustento da família. Sendo assim, essa característica gerou efeitos quanto ao direito hereditário, figura antes ligada à maternidade. Em face da supremacia masculina no âmbito familiar, surge a família patriarcal, na qual o homem era seu principal dirigente, enquanto a mulher passa a ser mera servidora, instrumento de reprodução. Importante ressaltar que restou afastado o direito de dissolver o matrimônio.

A passagem da família sindiásmica à família monogâmica está diretamente relacionada com o patriarcalismo, havendo total predomínio da figura masculina, característica principal da família romana, a qual será analisada em seguida.

2.1.1. A família no Direito Romano

Na Antiguidade, o principal critério de formação dos grupamentos familiares não era a afetividade, mas sim a luta pela sobrevivência. Além disso, diante da facilidade de dissolução dos laços sanguíneos, passa a ter importância no Direito Romano a família natural, a qual era

⁴ LUNA, Ana Paula de Jesus Passos. **O novo conceito de família**: evolução e repercussão histórica no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,o-novo-conceito-de-familia-evolucao-historica-e-repercussao-no-ordenamento-juridico-brasileiro,29529.html>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

formada apenas por um casal e seus filhos, havendo extrema valorização da figura do casamento.⁵

Em Roma, a família caracterizava-se como uma unidade política, econômica e religiosa, a qual – conforme já mencionado anteriormente – era comandada por uma figura masculina, o *pater familias*, sendo o ascendente mais velho de um núcleo familiar. O prestígio do *pater familias* era tão significativo, que este detinha o poder de decisão em relação à vida e à morte de todos que estavam sob sua autoridade.⁶

Nesse sentido, a mulher estaria sempre sujeita à figura do *pater*, porquanto mesmo antes de contrair o matrimônio, não adquiria autonomia, passando da condição de filha à esposa. Assim lecionam Pablo StolzeGagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Nessa época, o critério predominante na determinação do parentesco não era a consanguinidade (parentesco chamado de *cognatio* ou cognição, que, a princípio, não produzia efeitos jurídicos, apenas criando o parentesco natural), mas sim a sujeição ao mesmo *pater familias* (vínculo chamado de *agnatio* ou agnição). Quando se fala que a família, em Roma, era também uma unidade patrimonial, quer-se dizer que somente se reconhecia um patrimônio que tinha como titular o *pater familias*.⁷

A instituição do casamento era considerada pelos romanos como um estado de fato, que produzia efeitos jurídicos e era dividida em *confarreatio*, o casamento de caráter religioso, restrito à classe patricia, caracterizado por uma cerimônia de oferenda de pão aos deuses; *coemptio*, reservada à plebe, celebrado mediante a venda fictícia, do pai para o marido, do poder sobre a mulher; e o *usus*, em que o marido adquiria a mulher pela posse, isto é, vida em comum no ínterim de um ano.⁸

Ainda, havia a figura da *justae nuptiae*, surgida após um longo período de evolução, sendo considerado o matrimônio livre, sendo que tinha como requisitos a capacidade e o consentimento dos cônjuges, somadas à ausência de impedimentos.

Paralelamente à figura do casamento, havia o *concubinatus*, que era basicamente toda união livre entre homem e mulher sem a presença da *affectio maritalis*, ou seja, aspecto subjetivo do casamento que dizia respeito à vontade de permanecer para sempre com o parceiro. No entanto, nesta época o concubinato não possuía aspecto pejorativo.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51.

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 50.

No entanto, com a decadência do Império Romano e a ascensão do Cristianismo, o significado de família passou a sofrer alterações.⁹

2.1.2. A família no Direito Canônico

A família natural romana foi adaptada pela Igreja Católica, tendo em vista que o casamento se tornou a única hipótese de formação familiar, sacralizado e indissolúvel, caracterizado pela união entre duas pessoas de sexos opostos, as quais eram unidas por meio de um ato solene. Esse modelo de família, composto pelo casal matrimonializado e seus descendentes diretos, ultrapassou a Idade Média e a Idade Moderna, prevalecendo para muitos como concepção ideal de família até os dias atuais.

Ademais, o tipo de família canônico dava extrema importância ao sexo, sendo requisito de validade para a convalidação do casamento a relação carnal entre os nubentes. Tal condição reflete a forte associação entre matrimônio e procriação, considerada a função principal da união, destacando que ela só poderia ocorrer após a sacramentização do casamento.¹⁰ Sobre a indissolubilidade do casamento, Arnoldo Wald assim referiu:

Em que pese a existência de discussões acerca do divórcio, o ponto de vista vencedor foi no sentido de que, mesmo no caso de adultério, ausência ou de cativeiro, aquele não deve ser concedido. Todavia, a separação de corpos e de patrimônio foi considerada possível e autorizada, com a extinção da sociedade conjugal se, todavia, ocorresse a dissolução do vínculo. Assim, a separação, no Direito Canônico, distingue-se da separação no Direito Romano por não acarretar na dissolução do vínculo e por ser ato da chamada autoridade religiosa, já que, em Roma, tal ato era constituído na esfera privada e, na eventualidade de alguma parte sentir-se prejudicada, poderia recorrer à autoridade judiciária.¹¹

Portanto, de forma diversa do que ocorria no Direito Romano, a separação no Direito Canônico não ensejava a dissolução do vínculo conjugal, visto que se tratava de ato oriundo de autoridade religiosa, sem possibilidade de recorrer ao Judiciário caso alguma das partes fosse lesada.

Além disso, o Cristianismo acentuou as preocupações de ordem moral, bem como restringiu gradativamente a autoridade do *pater*, concedendo maior autonomia à mulher e aos filhos. O Direito Canônico elencou as principais causas que impediam o casamento, em

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 28.

¹¹ WALD, Arnoldo. **O novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14-15.

especial as com base na incapacidade de um dos cônjuges, quais sejam: idade, infertilidade, casamento anterior, diferença de religião.¹²

Podemos verificar a forte influência que a Igreja exerceu na formação do Direito de Família brasileiro da leitura do artigo 1.521 do Código Civil e seus incisos, os quais tratam sobre os impedimentos para o casamento. Em suma, a conceituação da família brasileira sofreu influência da família romana, canônica e germânica, dando maior destaque ao Direito Canônico, em virtude da colonização portuguesa.¹³

No entanto, ainda que a família tenha sofrido intensas modificações até os dias atuais, a Igreja ainda exerce forte influência sobre os hábitos e crenças familiares modernas, em especial à importância dada ao casamento e ao comportamento da mulher, baseados em valores morais difundidos pela instituição sacra.

2.1.3. A família pós-moderna

A evolução da estrutura jurídica familiar tem relação com alguns acontecimentos como a Revolução Industrial e Revolução Francesa – baseada nos valores de liberdade, igualdade e fraternidade. A necessidade de mão de obra trazida pela Revolução Industrial levou ao ingresso das mulheres no mercado de trabalho, retirando-as do âmbito doméstico e retirando da figura paterna o monopólio de manutenção da casa. Com o aumento do custo de vida, a urbanização e redução das áreas de convivência, passou-se a repensar no tamanho da prole.¹⁴

A revolução sexual, o movimento feminista, a igualdade estabelecida entre os cônjuges, a descoberta da pílula anticoncepcional em meados de 1967, a disseminação do divórcio como uma alternativa moralmente válida, dentre outros fatores, alicerçam o tipo atual de família. Isso não implica dizer que foram excluídos os outros modelos de família, em face da liberdade de expressão e a concepção de cada indivíduo.¹⁵

¹² DILL, Michelle Amaral; CALDERAN, ThanabiBellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em: 29 ago. 2016.

¹³ DILL, Michelle Amaral; CALDERAN, ThanabiBellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em: 29 ago. 2016.

¹⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 39.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 28-29.

O modelo recente de família abandona a obrigatoriedade de formação pelo casamento, tendo como base o afeto para estabelecer a instituição. Além disso, abandona o modelo de família hierarquizado e patrimonializado. Sendo assim, a família contemporânea é caracterizada pela diversidade, que incide em diversos aspectos, como a filiação e a formação conjugal. Nesse sentido, tornou-se possível organizar os nascimentos com autonomia, visto que a procriação deixou de ser o motivo principal para a união entre homem e mulher. Nesse sentido:

A simples observação da realidade que nos cerca permite ver, que, neste momento, reconhecido como de “pós-modernidade”, há uma variada gama de arranjos familiares que se enquadram na tutela jurídica constitucionalizada da família, com os olhos voltados para um evidente e contínuo processo de dessacralização e despatrimonialização do Direito de Família.¹⁶

Ainda, sobre a afetividade na formação familiar, Maria Berenice Dias ressalta que a estrutura da família se alterou, tornou-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação de seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes.¹⁷

2.2. O DIREITO DE FAMÍLIA

2.2.1. Uma possível definição

A definição do Direito de Família possui relação direta com o objeto o qual ele pretende tutelar, qual seja, a família, figura analisada anteriormente e que apresenta dificuldade de conceituação diante da ausência de identidade de conceitos nos variados ramos, como a sociologia e a antropologia.

Quanto ao objeto do Direito de Família, assim leciona Carlos Roberto Gonçalves:

O direito de família regula exatamente as relações entre os seus diversos membros e as consequências que delas resultam para as pessoas e bens. O objeto do direito de família é, pois, o complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que se origina

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 28.

do entrelaçamento das múltiplas relações estabelecidas entre os componentes da entidade familiar.¹⁸

Uma característica importante dos direitos de família é o fim ético e social que apresentam, em razão de não possuírem valor pecuniário. De forma diversa da violação dos direitos obrigacionais – os quais são resolvidos em perdas e danos –, a infração dos direitos de família ligados à pessoa acarretam sanções diversas, associadas ao próprio estado da pessoa, como a suspensão ou extinção do poder familiar.¹⁹

Sendo assim, o Direito de Família corresponde ao ramo do Direito Civil que regula: a) as relações pessoais entre os cônjuges ou ascendentes e descendentes; b) as relações patrimoniais que se desenvolvem no interior da família e c) as relações assistenciais, que ligam pais e filhos, tutor e tutelado, curador e interdito.²⁰

A doutrina ainda fala em outro tipo de divisão, sendo ela em *direito matrimonial*, ramo que cuida do casamento, efeitos jurídicos, regime de bens, sua anulação e dissolução; *direito parental*, voltado para as relações de parentesco, a filiação e seus desdobramentos e o *direito protetivo* ou *assistencial*, qual seja, aquele que abarca poder familiar, alimentos, tutela e curatela.²¹

Outrossim, os direitos de família são considerados personalíssimos, intransmissíveis, irrevogáveis, irrenunciáveis e indisponíveis, em virtude de estarem voltados à tutela da pessoa, acompanhando a posição da mesma dentro da família. Também são considerados imprescritíveis, porquanto o direito de ter reconhecida a paternidade não prescreve, por exemplo.

2.2.2. Natureza jurídica

A família, considerada alicerce de organização social, tendo em vista sua função social, ética e moral, merece proteção estatal de forma diferenciada. Nesse sentido, Gonçalves ressalta que é natural que o Estado queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 18.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 18-19.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.

ordem pública, que não podem ser revogadas pela vontade dos particulares e determinando a participação do Ministério Público nos litígios que envolvem relações familiares²²

Dessa forma, predominam no Direito de Família as normas imperativas, quais sejam, aquelas inderrogáveis pela vontade das partes, normas cogentes que excepcionalmente autorizam o exercício a autonomia da vontade. Conforme Gagliano, o processo de constitucionalização do Direito Civil trouxe a necessidade de publicização das regras de Direito de Família.²³ São normas, portanto, de interesse de ordem pública que impõe antes deveres do que direitos.

Daí surge a dúvida acerca da natureza do Direito de Família e sua classificação em Direito Público ou Direito Privado. De fato, sua inserção no Código Civil, bem como a regulação das relações dos indivíduos consagra, sem dúvida, seu caráter privado. Porém, alguns doutrinadores, em face da grande interferência estatal neste ramo do direito, o inclui no Direito Público. Ainda, há aqueles que identificam o Direito de Família como *sui generis* ou “direito social”.²⁴

Quanto à indiscutibilidade do caráter privado do Direito de Família:

Imperioso, portanto, reconhecer que o direito das famílias, ainda que tenha características peculiares e alguma proximidade com o direito público, tal não lhe retira o caráter privado, não se podendo dizer que se trata de direito público. Aliás, a tendência é reduzir o intervencionismo do Estado nas relações interpessoais.²⁵

Portanto, não restam dúvidas de que o lugar do Direito de Família é junto ao direito privado, mais especificamente no ramo de direito civil, em virtude das relações a que visa tutelar e disciplinar, não excluindo sua aproximação com o direito público.

2.2.3. As modificações advindas com a Constituição Federal de 1988

Diante das diversas transformações ocorridas principalmente no século XX em nosso país, surge a necessidade de intensificar a proteção aos direitos de família, assim como de acompanhar tais inovações por meio de normas jurídicas. A Constituição Federal de 1988

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61.

²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 34.

adotou uma nova ordem de valores, dando ênfase à dignidade da pessoa humana, à pluralidade familiar, a afetividade e igualdade, tratando, inclusive, nos §§ 7º e 8º²⁶ do artigo 226 sobre o planejamento familiar e a assistência à família.²⁷

Outrossim, o mesmo dispositivo legal anteriormente mencionado dispõe acerca da pluralidade da família e suas variadas formas de constituição, inclusive estendendo o amparo à união estável e à família monoparental, demonstrando o abandono de conceitos fechados acerca da formação familiar.²⁸

Outra mudança de extrema importância está presente no § 6º do artigo 227²⁹, uma vez que estabelece a igualdade na filiação, proibindo designações discriminatórias em face de a concepção ter ocorrido dentro ou fora do casamento.³⁰ Portanto, põe fim à classificação entre filho legítimo e ilegítimo, antes presente no Código Civil de 1916.

Sobre a constitucionalização do Direito Civil:

Observamos, então que, em virtude do processo de constitucionalização por que passou o Direito Civil, nos últimos anos, o papel a ser desempenhado pela família ficou mais nítido, podendo-se, inclusive, concluir pela ocorrência de uma inafastável repersonalização. Vale dizer, não mais a (hipócrita) tentativa de estabilização matrimonial a todo custo, mas sim a própria pessoa humana, em sua dimensão existencial e familiar, passaria a ser a especial destinatária das normas de Direito de Família.³¹

Ainda, importante ressaltar a previsão expressa de igualdade entre homem e mulher consagrada nos artigos 5º, inciso I e 226, § 5º da Carta Magna.³² Portanto, a ascensão da figura feminina no mercado de trabalho e em tantos outros ramos afastou a posição de chefe de

²⁶ §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33.

²⁸ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 05.

²⁹ §6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 33.

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

³² I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

§5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

família ocupada pelo homem, trazendo maior autonomia às mulheres, as quais passaram a ter participação na regulação familiar.³³

2.2.4. A codificação civil de 2002

A determinação para elaboração de um Código Civil em nosso país se deu logo na primeira Constituição – a Monárquica de 1824 -, e logo após diversas tentativas frustradas, foi promulgado em 1916.³⁴ Este diploma legal traduziu a realidade vivenciada à época, baseada no patrimonialismo, na autonomia privada e no conservadorismo. A visão de família era extremamente paternalista e hierarquizada, sendo o casamento – este indissolúvel – a única forma válida de constituição familiar.³⁵

Ocorre que a evolução da sociedade e a promulgação da Constituição Federal de 1988 alteraram o paradigma do Direito de Família, sendo necessária a adequação de suas normas jurídicas ao contexto histórico.

Fala-se também no fenômeno da descodificação do Direito Civil:

Observou-se, inclusive, no particular, como já afirmamos alhures, o “fenômeno da descodificação do Direito Civil, marcado pela proliferação assustadora, à velocidade da luz, de estatutos e leis especiais que disciplinariam não somente as novas exigências da sociedade industrializada, mas também velhas figuras que se alteraram com o decorrer dos anos, sob o influxo de novas ideias solidaristas e humanitárias, e que não poderiam ser plena e eficazmente reguladas por um Código ultrapassado e conservador.”³⁶

A título exemplificativo, podemos citar o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62), a qual devolveu plena capacidade à mulher casada, assegurando a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho. Ainda, a possibilidade de dissolução do casamento veio com a instituição do divórcio, por meio da Emenda Constitucional 9/77 e da Lei 6.515/77, sendo que posteriormente com a Emenda Constitucional 66/10, passou a ser considerado a única forma de dissolução do vínculo matrimonial, eliminando a figura da separação.³⁷

³³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 38.

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 65.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 30-31.

O Código Civil de 2002 adaptou-se às normas e às transformações advindas com a Constituição de 1988. O diploma legal regulamenta a união estável como entidade familiar, atenua o princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento, bem como introduz o regime de participação nos aquestos em substituição ao regime dotal. Em tempo, reafirma a igualdade entre filhos e traz nova disciplina à prestação de alimentos. Ainda, realiza uma revisão nas regras jurídicas referentes à tutela e à curatela.³⁸

Porém, segundo Maria Berenice Dias, perdeu a oportunidade de promover avanços, porquanto a guarda compartilhada surgiu muito tempo depois, assim como continuam carecendo de regulamentação a posse de estado de filho, a filiação socioafetiva e, em especial, as uniões homoafetivas.³⁹

2.3. A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA E A NECESSIDADE DE TUTELAR DIREITOS SEM PREVISÃO NORMATIVA

Em virtude de todas as mudanças já mencionadas e o abandono do modelo convencional de família, com o surgimento de famílias que se distanciam do perfil tradicional e a pluralização do seu conceito, é preciso realizar uma análise dos recentes tipos de família e a proteção legislativa que é concedida às mesmas. Com a Constituição de 1988 foram reconhecidas entidades familiares diversas daquelas formadas pelo matrimônio, dando espaço à união estável e à família monoparental, aquela formada por um dos pais com seus filhos.⁴⁰ Assim ensina Carlos Roberto Gonçalves:

Verifica-se, assim, que a Constituição Federal, alterando o conceito de família, impôs novos modelos. Embora a família continue a ser a base da sociedade e a desfrutar da especial proteção do Estado, não mais se origina apenas no casamento, uma vez que, a seu lado, duas novas entidades familiares passaram a ser reconhecidas: a constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes.⁴¹

Acerca do tema, Benedito Silvério também disserta:

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 40.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31.

Hoje, a família tem especial proteção do Estado, como base da sociedade, nas três entidades familiares garantidas constitucionalmente. O texto constitucional evoluiu no sentido de denominar, além do instituto do casamento, outras entidades familiares, decorrentes do afeto e do amor.⁴²

Sendo assim, por meio da constitucionalização do Direito Civil, a família ganhou maior proteção e maior diversidade, com a previsão de formas distintas da matrimonializada, sendo importante ressaltar que o rol do artigo 226 não é taxativo, tendo em vista que a família apresenta outras facetas diversas das presentes neste dispositivo legal.

A família monoparental está prevista no §4º do artigo 226 da Constituição Federal⁴³e, ainda que não tenha adquirido maior proteção pela legislação civil, representa a realidade de boa parte dos brasileiros, visto que em muitos casos o divórcio gera o abandono de um dos genitores ou o seu afastamento dos filhos.

Ademais, embora sem previsão legal, ganhou espaço no Direito de Família a união homoafetiva, estabelecida entre duas pessoas do mesmo sexo, e que, apesar do grande preconceito ainda existente, restou reconhecida como entidade familiar. O STF o fez por meio da ADI 4277 e ADPF 132, de relatoria do Ministro Ayres Brito, com caráter vinculante e eficácia *erga omnes*:

[...] O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.[...] ⁴⁴

Portanto, o elemento de identificação familiar nos dias atuais é o vínculo afetivo, levando a reconfigurar a conjugalidade e a parentalidade. Nesse sentido, foram excluídas expressões distintivas e discriminatórias, como espúria, ilegítima, adúltera, etc.⁴⁵No tocante à diversidade familiar:

⁴² RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 18.

⁴³ §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ. Arguinte: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 05 maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

O afrouxamento dos laços entre Estado e Igreja acarretou a profunda evolução social e a mutação do próprio conceito de família. Começaram a surgir novas estruturas de convívio sem uma terminologia adequada que as diferencie. Nas famílias formadas por pessoas que saíram de outras relações, seus componentes não têm nem nomes que os identifiquem nem lugares definidos. Os novos contornos da família estão desafiando a possibilidade de se encontrar uma conceituação única para sua identificação.⁴⁶

Rolf Madaleno afirma que a nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade.⁴⁷ Ainda, sobre a afetividade como elemento de formação da família:

É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos.⁴⁸

Dessa forma, após a perda de espaço da família patriarcal, o novo modelo familiar se centra no indivíduo, na garantia de princípios constitucionais, e não carrega mais uma visão patrimonial, sendo que a família-instituição foi substituída pela família instrumento, voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes por meio da proteção do Estado.⁴⁹

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “as disposições contidas no ordenamento jurídico substancial constituem para o juiz, em princípio, o indicador do critério de justiça pelo qual determinada sociedade optou, em dado quadrante de sua história; mas se só à lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes”.⁵⁰ Em síntese, a compreensão da realidade atual e a recente caracterização da família – ou das famílias – é imprescindível para entender os conflitos existentes no âmbito do Direito de Família. Tais

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

⁴⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 6-7.

⁴⁸ VILELLA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: Repensando o direito de família. **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 20.

⁴⁹ GUAZZELLI, Mônica. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf. **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 321-340. p. 43.

⁵⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22.

problemas devem ser solucionados, assegurando diversos direitos, por meio de medidas de caráter emergencial, as quais serão abordadas com maior ênfase nos próximos capítulos.

3. DA NOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR

3.1. UMA POSSÍVEL DEFINIÇÃO

De plano, cumpre esclarecer que o termo “medida cautelar” se confunde com diversas expressões que acabam tendo o mesmo significado, quais sejam, “tutela cautelar”, “provisamento cautelar”, sendo mais comum falar-se em tutela cautelar.⁵¹ Historicamente, a tutela cautelar foi concebida inicialmente ligada diretamente aos mecanismos da execução forçada, não havendo qualquer autonomia conceitual em relação à atividade executória. Portanto, a conceituação de medida cautelar estava totalmente vinculada ao direito material.⁵²

Já Chiovenda coloca a tutela cautelar ao lado das funções de cognição e de execução. De acordo com essa concepção, Daniel Mitidiero alega que as ações cautelares visam a “prover com urgência a manutenção do *status quo*, como assegurar a futura satisfação de um possível direito depois de sua declaração, com as quais se efetiva uma *tutela de conservação*”.⁵³

Dessa forma, embora a doutrina clássica defenda que a medida cautelar se destina a dar efetividade à jurisdição e ao processo⁵⁴, a tutela cautelar assegura a tutela de um direito violado, ou ainda, assegura uma situação jurídica tutelável por meio de um processo principal. Nesse sentido:

Como está claro, entendemos que a tutela cautelar é a tutela assecuratória da tutela prometida pelo direito material e da situação a que o direito material confere tutela jurídica. Tal tutela é um direito da parte e um dever do Estado, não se fundando no direito de ação, mas sim no próprio plano do direito material.⁵⁵

⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 153.

⁵² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 21-22.

⁵³ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires: EBA, 1945. *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

Ainda, nesse sentido, Ovídio Baptista assevera que a tutela cautelar “é uma forma de proteção jurisdicional que, em virtude da situação de urgência, determinada por circunstâncias especiais, deve tutelar a simples aparência do direito posto em estado de risco de dano iminente. Portanto, protege o direito, e não o processo, como muitos entendem(...)”.⁵⁶ Sendo assim, ocorrendo a violação de um direito, surge ao seu titular o direito à tutela daquele; no entanto, poderá surgir uma situação de perigo que obstaculize sua efetividade, sendo necessária a utilização da tutela cautelar, considerada a tutela de segurança da tutela jurisdicional do direito.

O direito fundamental à tutela jurisdicional, presente no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal está intimamente ligado ao dever do Estado de garantir os direitos fundamentais; portanto, o dever de prestar a tutela cautelar pertence ao Estado.⁵⁷ A tutela oferecida pelo Estado pode ser definitiva ou provisória, sendo que a primeira delas é obtida através de cognição exauriente, classificada em satisfativa e não-satisfativa. A tutela satisfativa é aquela que busca efetivar o direito material objeto do litígio, sendo chamada também de tutela-padrão.⁵⁸

Ocorre que as técnicas processuais necessárias à obtenção da tutela satisfativa – em face da demora e pouca celeridade – podem acarretar prejuízo às partes, colocando em risco inclusive a realização do direito almejado, o chamado *periculum in mora* (perigo de demora).

A medida cautelar visa justamente assegurar a futura satisfação de um direito, e por esta razão tem caráter não-satisfativo e assecuratório, uma vez que protege o direito a ser tutelado. Dessa maneira, a tutela cautelar conserva o direito afirmado e busca neutralizar os efeitos do tempo sobre o mesmo.⁵⁹

Há quem diga, ainda, que a tutela cautelar visa a impedir que os fatos que possam ocorrer durante o tempo necessário para que se faça justiça ocorram a dano do resultado do processo ou do próprio processo, de sorte a eternizar no tempo um estado de insatisfação daquele que tem razão, em benefício injusto de uma satisfação permanente daquele que não tem razão.⁶⁰

⁵⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. v. 3. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 49.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo cautelar**. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 26.

⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 459.

⁵⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 460.

⁶⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 43.

3.2. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

A tutela cautelar, em virtude da sua finalidade, é temporária, uma vez que dura o tempo necessário para a proteção a que se propõe. A tendência é que a medida seja extinta no momento da resolução do mérito quanto à tutela satisfativa definitiva.⁶¹ Nesse sentido, Marinoni aduz que parte da doutrina equivocou-se a limitar o tempo de vida da tutela cautelar ao momento da prolação da decisão de mérito, utilizando como exemplo a necessidade de fazer uso da tutela cautelar anteriormente concedida nos casos de sentenças condenatórias que necessitem de liquidação ou caso transcorra um considerável lapso de tempo até a efetivação do procedimento executivo.⁶²

No entanto, sua temporariedade não afasta sua classificação como definitiva, pois apenas seus efeitos práticos são temporários. Dessa forma, seus desdobramentos são temporários, mas ela não é considerada provisória, uma vez que não é substituída por uma decisão definitiva posteriormente.

Ademais, assim como já referido, a aplicação da medida cautelar pressupõe que a tutela devida ao direito material ou à situação tutelável estejam expostas a perigo. Assim leciona Marinoni:

O perigo de dano deve ser fundado em elementos objetivos, capazes de serem expostos de forma racional, e não em meras conjecturas de ordem subjetiva. Além disto, embora o perigo de dano faça surgir uma situação de urgência, tornando insuportável a demora do processo, não há razão para identificar perigo de dano com *periculum in mora*, como se ambos tivessem o mesmo significado. O perigo de dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, aí, uma relação de causa e efeito. Por isto mesmo, para se evidenciar a necessidade da tutela cautelar, não basta alegar *periculum in mora*, sendo preciso demonstrar a existência da sua causa, ou seja, o perigo de dano.⁶³

Ocorre que o perigo de dano não é suficiente para a concessão da tutela cautelar, sendo necessário que a tutela do direito material seja provável ou verossímil, a chamada “fumaça do bom direito” ou *fumus boni iuris*. Sendo assim, a convicção do juiz está intimamente ligada à situação de urgência, pois a comprovação da probabilidade do direito garante a concessão da tutela de modo urgente.

⁶¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 460.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 26.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 30.

Outra característica importante da tutela cautelar é sua não-satisfatividade, em virtude de ter a função de dar segurança, diferenciando-se da tutela antecipada em razão de sua finalidade.⁶⁴ Outrossim, a tutela cautelar é caracterizada pela instrumentalidade, mas com sentido diverso daquele atribuído pela doutrina clássica – a qual afirmava que a medida cautelar é um instrumento do instrumento, ou seja, instrumento do processo -, visto que considera a tutela cautelar como um instrumento a fim de dar segurança à tutela do direito desejada no processo principal. Nesse sentido:

De qualquer forma, o fato de a tutela cautelar se destinar a dar segurança à efetividade da tutela do direito não significa que ela esteja vinculada ao reconhecimento do direito material a ser tutelado. A segurança é prestada para a eventualidade do reconhecimento do direito material e, desta forma, para garantir que, na hipótese de procedência do pedido, a tutela do direito possa ser útil e efetiva. Basta lembrar que a tutela cautelar requer a probabilidade do direito à tutela ambicionada no processo principal e, portando, aceita naturalmente a possibilidade de formação de convicção ulterior diversa acerca do direito material.⁶⁵

Ainda, podemos afirmar que na tutela cautelar sempre há uma referibilidade a uma situação substancial acautelada, mesmo nos casos em que as ações cautelares dispensam a propositura da ação principal. Dessa forma, a dispensabilidade da ação principal não infere a ausência de referibilidade, sendo que a noção de referibilidade advém da ideia de ligação assegurativa da tutela cautelar à tutela do direito.

Vale ressaltar, por derradeiro, que tais características estão em consonância com a legislação processual civil de 1973, diploma legal que não está mais em vigência, tendo em vista que as alterações em relação ao instituto são sistemáticas e não estruturais, sendo mantidas, portanto, sua essência e principais características que as diferenciam da tutela antecipada, aspecto analisado no próximo ponto.

3.3. TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA NO CPC/73: DIFERENÇAS CONCEITUAIS E PRÁTICAS

Diante dos grandes malefícios trazidos pelo grande lapso temporal de tramitação dos processos, a utilização de mecanismos que preservem os direitos contra os males do tempo é de extrema importância. Ocorre que a confusão entre tutela cautelar e antecipada é muito comum, em que pese as inúmeras distinções existentes entre as mesmas. Nesse sentido:

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 38.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 39.

Ambas identificam-se por ter uma mesma finalidade, que é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Servem para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo (se é inexorável que o processo demore, é preciso que o tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele).⁶⁶

A tutela provisória é considerada aquela que dá eficácia imediata à tutela definitiva, uma vez que permite sua fruição instantaneamente, sendo substituída posteriormente por uma tutela definitiva, a qual poderá confirmá-la, revogá-la ou modificá-la. Logo, apresenta como características inerentes a sumariedade da cognição e a precariedade.⁶⁷

É fundada em cognição sumária pois é obtida mediante uma análise superficial do objeto da causa, conduzindo o magistrado a um juízo de probabilidade. Ainda, é precária visto que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Cumpre destacar que tal alteração só pode ocorrer caso haja mudanças no estado de fato ou do estado de prova comprovados em fase posterior à sua concessão.

Um aspecto de distinção importante diz respeito à natureza jurídica dos dois provimentos, porquanto a tutela antecipada é uma técnica processual; já a tutela cautelar é uma espécie de tutela jurisdicional, ou seja, resultado prático que se pode alcançar pelo processo.⁶⁸ Nesse sentido, Didier Junior afirma que “em suma, a tutela cautelar é, ao lado das tutelas de execução e certificação, uma das três modalidades de tutela jurisdicional definitiva. A tutela antecipada é uma técnica que permite a antecipação dos efeitos de uma tutela definitiva (qualquer uma das três, inclusive a cautelar)”.⁶⁹

Quanto à conceituação dos dois tipos de tutela:

Uma delas é a tutela cautelar, que preserva os efeitos úteis da tutela definitiva satisfativa. A outra é a tutela antecipada, que antecipa os efeitos próprios da tutela definitiva satisfativa (ou não-satisfativa; isto é, da própria cautelar). Ou seja, a cautelar garante a futura eficácia da tutela definitiva (satisfativa) e a antecipada confere eficácia imediata à tutela definitiva (satisfativa ou cautelar).⁷⁰

⁶⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 466.

⁶⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 463.

⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 465.

⁶⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 470.

⁷⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 465.

Assim sendo, enquanto a tutela cautelar tem o escopo de acautelar, proteger os efeitos da tutela definitiva, a técnica antecipatória já garante, de pronto, a sua eficácia, antecipando, portanto, os seus efeitos.

Consoante já destacado anteriormente, a tutela cautelar é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. Já a tutela antecipada não garante a segurança do direito material, mas sim sua própria realização. Portanto, a tutela antecipada é a tutela final, antecipada com base em cognição sumária, não sendo um instrumento de outra tutela ou fazendo referência à mesma.⁷¹ Ainda, conforme os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, “A tutela antecipatória também não aponta para uma situação substancial diversa daquela tutelada, ao contrário da tutela cautelar, que necessariamente faz referência a uma situação tutelável ou a uma outra tutela do direito material”.⁷²

Teori Zavascki bem salienta que no tocante à antecipação de tutela, o conteúdo do pedido faz parte integral ou parcialmente do pedido final, enquanto na tutela cautelar o pedido é diverso do bem da vida a ser buscado no mérito definitivo.⁷³ Outrossim, boa parte da doutrina defende que a diferença básica entre as duas tutelas é funcional, e não estrutural.

Segundo Daniel Mitidiero, a tutela satisfativa realiza desde logo o direito antecipado (combate o perigo na tardança), fazendo-o, inclusive tanto para prevenir ilícitos como para reprimir ilícitos e/ou danos, enquanto a tutela cautelar apenas assegura a possibilidade de fruição futura do direito acautelado (combate apenas o perigo de infrutuosidade) – e em nada prejudica o resultado do processo em que visa à prestação da tutela satisfativa.⁷⁴

Daniel Mitidiero estabelece uma diferenciação baseada na relação com o provimento final:

A relação que se estabelece entre provimento provisório e provimento definitivo é uma relação processual e de identidade: como só se antecipa aquilo que pode vir ao final, a tutela satisfativa antecipada guarda uma relação de identidade, total ou parcial, com a tutela satisfativa final. Daí que o provimento provisório que a concede será substituído – incorporado – pelo provimento definitivo. Quando, porém, é prestada tutela cautelar ao direito, estabelece-se outra espécie de relação – que não é de ordem processual e não é de identidade: trata-se da relação entre a tutela cautelar e a tutela satisfativa. Nesse caso, tem-se uma relação material e de referibilidade: a tutela cautelar é referível à tutela satisfativa, porque o seu objeto está justamente em assegurar a sua eventual e futura realização. Obviamente, sendo a tutela cautelar diferente da tutela satisfativa, uma não pode simplesmente ser

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 64.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 64.

⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 51-53.

⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 51.

incorporada pela outra, como ocorre em relação entre os provimentos provisórios e os provimentos definitivos.⁷⁵

Da leitura do artigo 273⁷⁶ do Código de Processo Civil de 1973, observa-se que o inciso II estabelecia como critério para a antecipação dos efeitos da tutela a caracterização de “abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”. Sendo assim, este fundamento é suficiente para a concessão da tutela antecipada, critério sem qualquer ligação com a medida cautelar.

Além disso, o *caput* do mesmo dispositivo legal elencava a verossimilhança fundada em prova inequívoca do direito a ser satisfeito antecipadamente, circunstância ausente para o deferimento da tutela cautelar – a qual se baseia na simples verossimilhança do direito acautelado. Sendo assim, a antecipação dos efeitos da tutela pressupõe cognição mais profunda, pautada em prova segura.⁷⁷No entanto, em que pese tais diferenciações, o §7^o⁷⁸ do artigo 273 do CPC/73 havia consagrado o que a doutrina chamou de “fungibilidade” entre tutela cautelar e antecipada satisfativa. De fato, o que o dispositivo legal autorizava é que, caso formulado um pedido de tutela antecipada e tratando-se, na verdade, de tutela cautelar, a segunda fosse deferida.

Dessa forma, falava-se em uma opção legislativa que visava simplificar, possibilitando a concessão da tutela cautelar em processo de conhecimento, permitindo a antecipação da tutela cautelar.⁷⁹

Assim ensina Luiz Guilherme Marinoni:

Com efeito, o §7º do art. 273 não supõe a identidade entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (antecipatória ou cautelar).⁸⁰

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. **O novo processo civil**: atualizado com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 243.

⁷⁶ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 468.

⁷⁸ §7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental ao processo ajuizado.

⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 474.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 72.

Em suma, conforme destacou o autor, a possibilidade de confusão entre os dois tipos de tutela dava ensejo à aplicação da fungibilidade entre os institutos jurídicos a fim de garantir a economia processual e que buscava efetivar o interesse das partes.

Em que pese as diferenciações apontadas, a urgência como requisito para a concessão aproxima as tutelas cautelar e antecipada, razão pela qual o Novo CPC decidiu por unificá-las por meio da tutela da urgência, conforme será analisado a seguir.

3.4. O NOVO CPC E A UNIFICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E CAUTELAR: A TUTELA DA URGÊNCIA

Inicialmente, se mostra importante tecer alguns comentários acerca das teorias Dualista e Unitária. Por muito tempo, a doutrina aceitou a Teoria Dualista no tocante à medidas de urgência, com base nos ensinamentos de Piero Calamandrei. Segundo referida tese, os provimentos cautelares e antecipatórios teriam funções diversas, razão pela qual seria cabível a distinção entre os institutos e seus respectivos regimes jurídicos. Sendo assim, a medida cautelar não tinha a finalidade de prestar tutela satisfativa.⁸¹

Muito embora prevalecesse este posicionamento, também teve espaço a Teoria Unitária, a qual – conforme o próprio nome já diz – defendia a unitariedade dos procedimentos. Dessa forma, seria possível a convergência das tutelas cautelar e antecipatória na mesma categoria do processo.⁸²Essa classificação das tutelas cautelar e antecipatória como espécies do gênero tutela de urgência inspirou o modelo utilizado no Novo Código de Processo Civil. No Livro V, titulado de “Tutela Provisória”, o legislador reuniu as tutelas cautelar e satisfativa – tutela antecipada.

Portanto, a classificação consagrada por Francesco Carnelutti no sentido de identificar as medidas cautelares como uma terceira espécie de processo (*tertius genus*) ao lado dos procedimentos de conhecimento e execução foi rechaçada pela nova legislação processual civil.⁸³A partir do art. 294 do novo CPC⁸⁴ tratou-se da tutela provisória fundada na urgência e

⁸¹ GORON, Lívio Goellner. **Tutela Específica de Urgência**: Antecipação da tutela relativa aos direitos e deveres de fazer e de não fazer. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 52-53.

⁸² GORON, Lívio Goellner. **Tutela Específica de Urgência**: Antecipação da tutela relativa aos direitos e deveres de fazer e de não fazer. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 55.

⁸³ SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como *tertium genus* no Código de Processo Civil de 2015. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo Kochenborger (orgs.). **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 107-132. p. 107.

⁸⁴ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

na evidência. Dessa maneira, a tutela de urgência pode ser satisfativa (antecipação de tutela) ou cautelar, sendo provisórias e fundadas em cognição sumária, podendo ainda ser antecedentes ou incidentais.⁸⁵ Em que pese essa nova sistematização, assim ensina José Herval Sampaio Júnior: “A tutela satisfativa e a cautelar, embora integrem o mesmo gênero, diferenciam-se classicamente uma da outra de forma tênue: uma busca a satisfação do direito e a outra a asseguuração de que o direito venha a ser satisfeito no futuro”.⁸⁶

Diante deste novo sistema, deixou-se de reservar um livro às tutelas cautelares, anteriormente disciplinadas no Livro III do Código Buzaid. O Código vigente, portanto, não dedicou às tutelas provisórias um procedimento específico, sendo as mesmas internas ao procedimento comum, pondo fim ao “processo cautelar”.

O artigo 300 do novo CPC⁸⁷ dispõe que a tutela de urgência será concedida quando caracterizados o “perigo de dano” ou “risco ao resultado útil do processo”. Na visão de Daniel Mitidiero, esses dois elementos devem ser vistos como *perigo na demora*. “Pode-se proteger contra o perigo na demora mediante tutela satisfativa (tutela antecipada) ou mediante tutela cautelar. Em ambos os casos, está o juiz autorizado a tutelar atipicamente o direito, alçando mão das providências que entender como as mais adequadas e necessárias”.⁸⁸

Da leitura dos artigos 300, §2º e 311, parágrafo único⁸⁹ do mesmo diploma legal, depreende-se que a tutela provisória pode ser prestada liminarmente ou após justificativa prévia, ou seja, após a oitiva da parte contrária. Sendo assim, pode o juiz entender pela

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 197.

⁸⁶ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência**: Sistematização das liminares de acordo com o projeto de novo CPC. São Paulo: Atlas, 2011. p. 52-53.

⁸⁷Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. **O novo processo civil**: atualizado com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 234.

⁸⁹Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

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

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

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

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

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

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

necessidade de observar o contraditório, cientificando a outra parte antes de decidir acerca do pedido.

Ao contrário da legislação anterior, o Código atual não prevê a regra da fungibilidade entre as tutelas provisórias. O artigo 305, parágrafo único⁹⁰ dispõe acerca da fungibilidade entre as tutelas provisórias requeridas em caráter antecedente, reduzindo a hipótese de aplicação da referida ferramenta.⁹¹

Sendo assim, conforme referido, o CPC/15 permite a tutela cautelar autônoma (não incidental) nas hipóteses de tutela cautelar antecedente ou preparatória, nos termos dos artigos 305 a 310; nos demais casos, a medida cautelar deve ser postulada de forma incidental, visando à economia processual.

Cumprido salientar, por fim, que a ausência de previsão específica das tutelas cautelares não excluiu sua regulamentação. Como exemplo podemos citar as medidas de arresto, sequestro, registro de protesto contra alienação de bem (artigo 301), a produção antecipada de provas (artigo 381), arrolamento de bens (artigos 301 e 381, §1º), busca e apreensão (artigo 536, §§1º e 2º), posse em nome de nascituro (artigo 650), entre outras medidas mantidas no CPC/15.⁹²

⁹⁰Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no art. 303.

⁹¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. **O novo processo civil**: atualizado com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 244.

⁹²Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito. [...]

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

§ 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão. [...]

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento. [...]

Art. 650. Se um dos interessados for nascituro, o quinhão que lhe caberá será reservado em poder do inventariante até o seu nascimento.

Segundo Marinoni, a ausência de previsão taxativa das tutelas cautelares no Novo CPC não descaracteriza sua função:

Em que pese o processo cautelar ter perdido o livro próprio de que gozava e a substancial redução de sua estrutura, é indiscutível que ainda mantém valiosa função no processo civil, seja para assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução, seja para assegurar o direito material da parte.⁹³

Isto porque as principais mudanças não estão na topografia, nos requisitos ou na finalidade da tutela cautelar, mas sim em seu procedimento. A possibilidade de requerer a medida cautelar incidentalmente ou em caráter antecedente criou “uma nova espécie de processo sincrético”, unindo, de forma bifásica, a tutela provisória e a tutela final.⁹⁴

Porém, a unificação das tutelas cautelar e antecipada não está imune a críticas. Eduardo Scarparo critica a provisoriedade atribuída à tutela cautelar:

Fazendo explícito o entendimento defendido, as cautelares têm natureza e função diversa do provimento satisfativo, pois são medidas de segurança para resguardar posterior execução, ao passo que a técnica da antecipação de tutela permite a execução antecipada da tutela jurisdicional, geralmente por motivos de segurança. As cautelares, portanto, não são provisórias e não possuem a mesma função, nem a mesma natureza das tutelas satisfativas.⁹⁵

Logo, independentemente das divergências doutrinárias acerca do aspecto formal da nova sistematização, se faz necessário realizar uma análise dos efeitos práticos da disciplina das tutelas cautelares no novo Código de Processo Civil, principalmente no tocante às medidas aplicáveis ao Direito de Família.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 199.

⁹⁴ BURGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo. As cautelares e a antecipação da tutela no Direito de Família: notas comparativas entre o Código Buzaid e o Novo Código de Processo Civil sob as lentes do Direito de Família. **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 13, p. 151-171, jan./fev. 2016. p. 163.

⁹⁵ SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como *tertium genus* no Código de Processo Civil de 2015. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo Kochenborger (orgs.). **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 107-132. p. 129.

4. DAS MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS NO DIREITO DE FAMÍLIA

O Código de Processo Civil de 1973 previa as medidas cautelares no Livro III, dispondo a partir do artigo 813 os procedimentos cautelares específicos, sistematização que, conforme já mencionado, foi substancialmente alterada com a unificação das tutelas cautelares e antecipatória na tutela de urgência, ventilada no artigo 300 do CPC de 2015. Em face da ausência de previsão taxativa do rol de medidas cautelares na nova codificação processualista, será feita uma análise das tutelas cautelares com base nos dispositivos legais do Código Buzaid, já revogado, destacando suas principais características e, em sendo o caso, elencando a correspondência de artigos na legislação vigente.

No Direito de Família, por ser um ramo do direito que tutela direitos em grande parte existenciais, ligados a sentimentos e às relações do cotidiano no âmbito familiar e conjugal, grande parte dos litigantes faz uso das medidas cautelares como forma de suprir interesses e possíveis rancores, que muitas vezes não podem esperar pela tramitação de um procedimento comum.

Adotando a classificação de Benedito Silvério Ribeiro, as medidas cautelares específicas subdividem-se em medidas sobre bens, medidas sobre provas, medidas sobre pessoas, medidas conservativas e outras não cautelares, apenas submetidas ao procedimento cautelar.⁹⁶

As tutelas cautelares patrimoniais podem tratar sobre bens para assegurar execução, sendo o arresto (art. 813 do CPC/73) e o sequestro (art. 822 do CPC/73), enquanto as conservativas genéricas são a busca e apreensão (art. 839 do CPC/73) e o arrolamento de bens (art. 855 do CPC/73). Vale lembrar, ainda, que a medida de busca e apreensão de menor tem caráter existencial. As medidas cautelares de exibição de coisa ou documento (art. 844 do CPC/73) e de produção antecipada de prova (art. 846 do CPC/73) são consideradas medidas cautelares sobre provas.

As medidas cautelares podem compreender a guarda de pessoas: posse provisória dos filhos (art. 888, III, do CPC/73), afastamento do menor para casar contra a vontade dos pais (art. 888, IV, do CPC/73), depósito de menor castigado imoderadamente (art. 888, V, do CPC/73) e guarda e educação de filhos e direito de visita (art. 888, VII, do CPC/73), bem como visam à satisfação de necessidades urgentes, por meio dos alimentos provisionais (art. 852 do CPC/73) e o afastamento temporário do cônjuge (art. 888, VI, do CPC/73).

⁹⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73.

Por fim, segundo o autor existem medidas que são submetidas apenas ao regime procedimental cautelar, quais sejam, a posse em nome de nascituro (art. 877 do CPC/73) e a entrega de bens pessoais do cônjuge (art. 888, II, do CPC/73).

4.1. DA DISCIPLINA JURÍDICA DA AÇÃO DE SEQUESTRO

A medida de sequestro possui origem no Direito Romano e consistia no depósito, pelas partes, de bem em mãos de terceiro – chamado de *sequester*–que ficava incumbido de entregar referido bem ao sujeito que fosse seu beneficiário. A função do sequestro é a apreensão de bens no intuito de assegurar futura efetivação do provimento final, sendo que o objeto do sequestro geralmente é o objeto litigioso do processo.⁹⁷

Esta medida encontrava-se disciplinada entre os artigos 822 e 825 do CPC/73⁹⁸, sendo que suas hipóteses de cabimento estavam dispostas nos incisos do artigo 822. A primeira delas tratava-se do caso em que a propriedade de bem é disputada, havendo dilapidação do mesmo; o inciso II tratava sobre o sequestro dos frutos e rendimentos do imóvel. A terceira hipótese falava sobre a medida de sequestro incidental para os casos em que houvesse dilapidação dos bens do casal por um dos cônjuges, medida preparatória para separação judicial e anulação de casamento. O inciso IV era genérico e versava sobre a aplicação da medida nos demais casos dispostos em lei.⁹⁹

Consoante o primeiro inciso, seria cabível o sequestro para a proteção de móveis, imóveis ou semoventes, com a finalidade de evitar rixas ou danos, que por ventura

⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 221.

⁹⁸ Art. 822. O juiz, a requerimento da parte, pode decretar o seqüestro:

I - de bens móveis, semoventes ou imóveis, quando lhes for disputada a propriedade ou a posse, havendo fundado receio de rixas ou danificações;

II - dos frutos e rendimentos do imóvel reivindicando, se o réu, depois de condenado por sentença ainda sujeita a recurso, os dissipar;

III - dos bens do casal, nas ações de separação judicial e de anulação de casamento, se o cônjuge os estiver dilapidando;

IV - nos demais casos expressos em lei.

Art. 823. Aplica-se ao seqüestro, no que couber, o que este Código estatui acerca do arresto.

Art. 824. Incumbe ao juiz nomear o depositário dos bens seqüestrados. A escolha poderá, todavia, recair:

I - em pessoa indicada, de comum acordo, pelas partes;

II - em uma das partes, desde que ofereça maiores garantias e preste caução idônea.

Art. 825. A entrega dos bens ao depositário far-se-á logo depois que este assinar o compromisso.

Parágrafo único. Se houver resistência, o depositário solicitará ao juiz a requisição de força policial.

⁹⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Cautelares em Família e Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009., p. 75.

comprometessem a utilidade de futura ação pela qual se determine a posse ou a propriedade de tal bem.¹⁰⁰ Segundo a lição de Guilherme Marinoni:

Entende-se que a demanda em questão não obrigatoriamente deve ter como objeto principal a posse ou propriedade dos bens. Esses interesses podem constituir o *objetivo* mediato da demanda, ou seja, constituir a consequência da procedência da demanda principal, como ocorre em ação que busca anular a compra e venda de certo bem, cujo resultado ensejará a restituição de determinada coisa.¹⁰¹

A previsão do inciso II difere da primeira hipótese pois versa sobre o sequestro dos frutos e rendimentos do imóvel, enquanto o inciso III era um caso particular. Conforme já mencionado, esta medida é antecedente e preparatória, ou incidentalmente no curso do processo principal, e se destina a assegurar os bens litigiosos do casal nas ações de separação judicial e anulação de casamento, caso o cônjuge esteja os dilapidando.¹⁰²

Na visão de Guilherme Marinoni, tal norma restou insuficiente ao deixar de prever a possibilidade de aplicação da medida para a proteção do divórcio ou da dissolução de união estável.¹⁰³ Nos termos do artigo 824 do CPC/73, deverá o juiz nomear o depositário dos bens sequestrados, exceto se as partes indicarem de comum acordo, ou se uma delas oferecer maior garantia e prestar caução. Assim como o marido, a mulher casada poderia ser nomeada depositária do bens sequestrados.

É de extrema importância diferenciar o sequestro da medida cautelar de arresto, conforme os ensinamentos de Marinoni:

A nota substancial de distinção entre o arresto e o sequestro é o fato de que esta última medida se destina à proteção de pretensões sobre coisa determinada. Pode-se dizer que, enquanto o arresto tem por finalidade viabilizar futura execução de pagamento de soma em dinheiro, o sequestro destina-se a preservar ulterior execução (em sentido amplo) para entrega de coisa. Ou seja, a finalidade do sequestro é proteger ulterior tutela do direito que se caracterize pela entrega de bem determinado ou interessado.¹⁰⁴

Dessa forma, a principal diferença entre os dois provimentos está em sua finalidade, ou seja, quanto ao objeto de cada tutela, uma vez que o arresto se destina a assegurar futura

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 222.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 222.

¹⁰² RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 76.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 223.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 221.

execução de valor pecuniário, enquanto o sequestro tem por escopo a garantia de execução de entrega de coisa.

Quanto ao procedimento, destaca-se que, embora previsto na legislação nova, continha maiores detalhes na anterior. Por esta razão, entende-se útil apresentar os requisitos previstos anteriormente, a fim de atingir ao objetivo da medida. No sequestro, de forma diversa do arresto, é necessário que o requerente indique e individualize desde o começo o bem a ser sequestrado, precisando-o de forma minuciosa. Isto porque não haverá a substituição do bem como há no arresto, visto que a medida de sequestro busca a proteção de bem específico.

Ovídio Baptista disserta sobre as diferenças quanto à finalidade de cada procedimento:

Como visto, o arresto destina-se a ser convertido em penhora (art. 818 do CPC). Essa não é, inquestionavelmente, a finalidade do sequestro. O sequestro tem por objetivo, ao final, entregar ao vitorioso da demanda principal um bem útil e íntegro, não tendo, assim, nenhuma relação com eventual futura penhora. Nessa mesma linha, o bem sequestrado, em regra, será imediatamente entregue ao vencedor no final do processo principal; já no arresto, isso não ocorre de forma necessária, já que o bem somente sofrerá outro tipo de apreensão judicial (a penhora), que pode ou não, posteriormente, converter-se em adjudicação.¹⁰⁵

Sendo assim, outra característica de diferenciação das duas medidas é o destino do bem objeto do arresto ou sequestro. No primeiro caso, a medida de arresto é convertida em penhora, enquanto o sequestro não possui relação alguma com a penhora, pois apenas tem a finalidade de entregar o bem a quem obteve sucesso na ação principal, se esgotando a medida, portanto, no momento da entrega.

Importa destacar, por fim, que a medida de sequestro possui previsão expressa no novo CPC, no artigo 301, ao lado das medidas cautelares de arresto, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bem, acrescentando o legislador “qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito”.

4.2. DA TUTELA JURÍDICA DA BUSCA E APREENSÃO

A busca e apreensão estava disciplinada nos artigos 839 a 843 do Código de Processo Civil de 1973¹⁰⁶, medida que tem a função de apreensão e remoção de bens e/ou pessoas, para

¹⁰⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (Tutela de Urgência)**. v. 3. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 225-226.

¹⁰⁶ Art. 839. O juiz pode decretar a busca e apreensão de pessoas ou de coisas.

Art. 840. Na petição inicial exporá o requerente as razões justificativas da medida e da ciência de estar a pessoa ou a coisa no lugar designado.

Art. 841. A justificação prévia far-se-á em segredo de justiça, se for indispensável. Provado quanto baste o alegado, expedir-se-á o mandado que conterà:

diversas finalidades. Segundo Marinoni, o estudo deste procedimento não envolve analisá-lo tão somente como um único instituto, mas sim entender que a medida se trata de uma disciplina genérica para qualquer hipótese em que seja necessário localizar, apreender e remover bens ou pessoas no interesse de um processo.¹⁰⁷

Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno afirma que a busca e apreensão seria uma medida híbrida, visto que há dificuldade em identificar em seu escopo a asseguarção do resultado útil de um outro processo, quando na verdade sua consequência imediata é acessar diretamente pessoa ou coisa.¹⁰⁸ Cumpre destacar uma particularidade da busca e apreensão, qual seja, a necessidade de localizar o objeto da apreensão, o que não ocorre em outras medidas, como no sequestro e no arresto.

Outro elemento de diferenciação é que esta é a única medida que permite a tomada de pessoas além de bens, razão pela qual é muito utilizada para efetuar a busca e apreensão de menores em casos nos quais os mesmos estejam correndo perigo ou a visitação de um dos genitores esteja sendo obstaculizada, questão que será pormenorizada no ponto 5 deste trabalho.

Ademais, a referida medida permite a constrição de direitos, nos termos do §3º do artigo 842 do CPC/73, dispositivo que tratava do procedimento de busca e apreensão de direito autoral ou conexo. Quanto ao cumprimento da medida nesta hipótese, “em tais casos, os oficiais de justiça serão acompanhados, mediante determinação judicial, por dois peritos, que terão a incumbência de confirmar a ocorrência da violação àqueles direitos antes de ser efetivada a apreensão”.¹⁰⁹

I - a indicação da casa ou do lugar em que deve efetuar-se a diligência;

II - a descrição da pessoa ou da coisa procurada e o destino a lhe dar;

III - a assinatura do juiz, de quem emanar a ordem.

Art. 842. O mandado será cumprido por dois oficiais de justiça, um dos quais o lerá ao morador, intimando-o a abrir as portas.

§ 1º Não atendidos, os oficiais de justiça arrombarão as portas externas, bem como as internas e quaisquer móveis onde presumam que esteja oculta a pessoa ou a coisa procurada.

§ 2º Os oficiais de justiça far-se-ão acompanhar de duas testemunhas.

§ 3º Tratando-se de direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, o juiz designará, para acompanharem os oficiais de justiça, dois peritos aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação antes de ser efetivada a apreensão.

Art. 843. Finda a diligência, lavrarão os oficiais de justiça auto circunstanciado, assinando-o com as testemunhas.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 240.

¹⁰⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 261.

¹⁰⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263.

A tutela cautelar de busca e apreensão será requerida por petição escrita, na qual o requerente deverá expor as razões que justificam a medida e a ciência de estar a pessoa ou coisa no lugar designado. Sendo assim, não é imprescindível que o interessado comprove o local onde está o objeto da pretensão, bastando a existência de indícios suficientes de que o bem ou pessoa está no local. Isto porque o lugar da busca e apreensão pode não se limitar a apenas um espaço determinado, em se tratando de vários objetos ou pessoas, sendo necessárias várias diligências.¹¹⁰

Segundo o artigo 841 do CPC/73, a medida de busca e apreensão pode ser decretada liminarmente, antes mesmo da oitiva do requerido, disposição semelhante à prevista nos artigos 300, §2º e 311, parágrafo único do atual CPC, que afirma a possibilidade da concessão de tutela de urgência liminarmente. Caso entenda necessária a oitiva da parte adversa, poderá o magistrado aprazar audiência de justificação prévia, sendo possível, inclusive, sua realização sem a participação do demandado.

Concedida ou não a liminar ao autor, será aberto prazo de resposta ao requerido, oportunidade na qual o mesmo pode alegar excessos no cumprimento da ordem liminar. Se entender necessário, o juiz designará audiência de instrução e julgamento para a oitiva de testemunhas de interesse das partes, proferindo sentença posteriormente.¹¹¹

Provada a necessidade de concessão da medida, antes ou depois da audiência de justificação, será expedido mandado, o qual, nos termos do artigo 841 do CPC/73 deverá conter a “indicação da casa ou do lugar em que deve efetuar-se a diligência, a descrição da pessoa ou coisa procurada e o destino a ser dado, bem como a assinatura do juiz que emanou a ordem”.

Em relação ao cumprimento do mandado, o artigo 842 do CPC/73 destacava que as diligências deveriam ser efetuadas por dois oficiais de justiça e por duas testemunhas, as quais atestariam a regularidade dos atos. Caso houvesse resistência por parte do réu a abrir as portas do local onde se encontra a pessoa ou bem, os oficiais deveriam arrombar as portas externas e, se necessário, as internas e móveis. Em que pese o dispositivo tenha restado silente, sendo necessário será requisitada força policial para o cumprimento da medida.¹¹²

No tocante às alterações com o Novo CPC, estas foram poucas, havendo modificações apenas na forma de cumprimento da medida. Consoante já citado, segundo o CPC/73,

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 242.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 243.

¹¹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263.

havendo resistência por parte do demandado, os oficiais de justiça poderiam arrombar a residência sem a necessidade de autorização judicial para tanto. No CPC/15, os oficiais de justiça devem fazer o mesmo procedimento previsto para a resistência à penhora, observando-se o disposto no artigo 846.¹¹³

4.3.DA CAUTELAR DE EXIBIÇÃO

A exibição existe desde o Direito Romano e estava presente nos artigos 844 e 845 do Código Buzaid¹¹⁴ e segundo a definição de Cassio Scarpinella Bueno, possui caráter preparatório e satisfativo:

A palavra empregada pelo legislador deve ser entendida como aqueles casos em que a pretensão do autor é a de obter, mediante a intervenção do Estado-juiz, determinação para que o réu exiba o que, por força de lei ou de contrato, deveria ter sido disponibilizado para o requerente da medida. Uma vez exibida a coisa, dela tomando conhecimento, o autor poderá, ou não, pleitear alguma outra tutela jurisdicional em face daquela que o réu detinha.¹¹⁵

Portanto, ao falar-se na medida como satisfativa, a mesma perde a configuração de instrumento para o asseguramento útil de outro processo, visto que se trata da realização de uma pretensão que reside diretamente no plano material. Ainda, é preparatória pois deve ser requerida antes do ajuizamento da demanda na qual o documento ou coisa deverão ser empregados.

Segundo Marinoni, a efetivação da medida de exibição possui relação direta com a importância da prova no direito processual, elemento indispensável para a cognição do juiz,

¹¹³ Art. 846. Se o executado fechar as portas da casa a fim de obstar a penhora dos bens, o oficial de justiça comunicará o fato ao juiz, solicitando-lhe ordem de arrombamento.

§ 1º Deferido o pedido, 2 (dois) oficiais de justiça cumprirão o mandado, arrombando cômodos e móveis em que se presume estarem os bens, e lavrarão de tudo auto circunstanciado, que será assinado por 2 (duas) testemunhas presentes à diligência.

§ 2º Sempre que necessário, o juiz requisitará força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens.

§ 3º Os oficiais de justiça lavrarão em duplicata o auto da ocorrência, entregando uma via ao escrivão ou ao chefe de secretaria, para ser juntada aos autos, e a outra à autoridade policial a quem couber a apuração criminal dos eventuais delitos de desobediência ou de resistência.

§ 4º Do auto da ocorrência constará o rol de testemunhas, com a respectiva qualificação.

¹¹⁴ Art. 844. Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial:

I - de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer;

II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamentário, depositário ou administrador de bens alheios;

III - da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei.

Art. 845. Observar-se-á, quanto ao procedimento, no que couber, o disposto nos arts. 355 a 363, e 381 e 382.

¹¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 264.

visto que a alegação desprovida de prova equivale à inexistência de alegação. Sendo assim, destaca o dever geral de colaboração:

Por conta dessa importância, não apenas para o interesse das partes, mas também para o exercício da própria jurisdição, impõe o Código de Processo Civil um dever geral de colaboração, incidente sobre as partes e também sobre terceiros (arts. 339, 340 e 341). Por conta desse dever, todos devem cooperar na reconstrução dos fatos da causa.

Assim, a parte não se servirá apenas das provas que detém em seu poder, podendo também utilizar-se de elementos que estão sob a guarda de outros (seja o adversário, sejam terceiros) para demonstrar o acerto de sua tese. Para atender a essa solicitação de exibição é que o Código de Processo Civil disciplina a medida de exibição.¹¹⁶

No entanto, o autor assevera que a medida não possui a função de produzir prova, mas sim de assegurar a sua futura produção na demanda principal, a qual servirá para o convencimento do juiz. As hipóteses de cabimento da medida estavam previstas nos incisos do artigo 844 do CPC/73, o qual indicava os objetos sujeitos à exibição. Da análise do referido dispositivo legal já revogado, verifica-se que não são apenas os documentos que poderiam ser submetidos a tal procedimento, mas também outras espécies de bens, aspecto que pode levar à confusão desta medida com a busca e apreensão ou o sequestro.

A principal diferença entre a exibição e as medidas mencionadas é a finalidade que esta figura apresenta, conforme já falamos, a de preservação de prova, visto que sua utilidade está no caráter instrutório da coisa a ser exibida, aspecto ausente em qualquer outra medida semelhante. Sendo assim, ainda que o requerente postule a exibição de bem imóvel, por exemplo, deverá comprovar que irá se valer desse bem como prova adiante.¹¹⁷

Alguns doutrinadores, como Ovídio Baptista da Silva, entendem ser extensiva a interpretação do artigo 844, inciso I, do CPC/73, aos bens imóveis e semoventes, salientando que no primeiro caso o bem deverá ser excluído de avaliação pericial¹¹⁸.

A exibição pode ter por base um interesse de cunho processual ou meramente material e é por essa razão que a interposição da “ação principal” não é considerada indispensável após a satisfação da medida, casos em que o requerente não tem por finalidade nenhuma demanda judicial posterior. Pode ocorrer, ainda, a situação de a prova exibida ser desnecessária ou insuficiente à instrução probatória, motivo pelo qual não poderia obrigar o autor a interpor a ação cabível, uma vez que a mesma provavelmente não teria sucesso.

¹¹⁶MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 245.

¹¹⁷MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 251.

¹¹⁸SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 338.

Via de regra, figuram como partes na ação de exibição aquelas que estarão como partes também na ação principal. No entanto, a própria legislação processual civil de 1973 previa no inciso II do artigo 844 a possibilidade de propor a ação em face de terceiro, o qual não faria parte do processo posterior.¹¹⁹

Em face dessas características, ainda é controverso na doutrina se a exibição seria considerada medida cautelar, o que gera dúvidas acerca da submissão desta medida ao regime das cautelares. O procedimento da exibição, anteriormente previsto no artigo 355 e ss. do CPC/73, possui correspondência no Novo CPC, de modo que seguirá o disposto no artigo 396 e ss.

Portanto, o autor deverá especificar na inicial o documento ou coisa a ser exibido, bem como indicar as razões que dão suporte à conclusão de que o objeto está em posse do requerido e, ainda, a finalidade da medida. O réu é citado para que apresente resposta no prazo de cinco dias, conforme prevê o CPC/15.¹²⁰

A recusa do requerido em exibir a coisa não será aceita pelo juiz em três hipóteses: caso o demandado tenha obrigação legal de exibir; se tiver aludido ao documento ou coisa, no processo, com o intuito de produzir prova; ou se o documento for comum às partes, em virtude de seu conteúdo. Se a recusa for ilegítima ou o requerido não efetuar a exibição, o magistrado admitirá como verdadeiros os fatos que a parte pretendia provar por meio do documento ou coisa objeto da medida.¹²¹

Os artigos 401 a 403 do CPC/15 versam sobre a exibição de documento ou coisa em posse de terceiro, sendo que este possui um prazo maior para resposta, qual seja, dez dias. Em caso de negativa do terceiro da obrigação de exibir, o juiz designará audiência a fim de tomar depoimento e se, sem justo motivo, recusar a exibição, será determinado o depósito do documento ou coisa em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de cinco dias, sendo expedido mandado de apreensão em caso de descumprimento.¹²²

Finalmente, os incisos do artigo 404 do CPC/15 disciplinam os casos em que a parte ou o terceiro podem se negar a exibir documento ou coisa.¹²³ O parágrafo único do mesmo

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 254.

¹²⁰ Ver artigos 396 a 398 do CPC/15.

¹²¹ Ver artigos 399 e 400 do CPC/15.

¹²² Vide artigos 401 a 403 do CPC/15.

¹²³ Art. 404. A parte e o terceiro se escusam de exibir, em juízo, o documento ou a coisa se:

I - concernente a negócios da própria vida da família;

II - sua apresentação puder violar dever de honra;

III - sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal;

IV - sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo;

dispositivo legal acrescenta que se os motivos de exceção disserem respeito a apenas uma parte do conteúdo do documento, será extraída uma suma da outra parte a fim de ser apresentada em juízo.

Dessa forma, o procedimento aplicado, tanto para a tutela de caráter antecedente quanto para a incidental, possui correspondência no Novo Código de Processo Civil, o que demonstra que subsiste a aplicação da medida em análise.

4.4. DA TUTELA CAUTELAR DE ALIMENTOS PROVISIONAIS

De plano, cumpre salientar que os alimentos provisionais, assim como a maioria das medidas cautelares em estudo, não possui tutela específica no Novo CPC, circunstância que gera dúvidas acerca da aplicabilidade da medida. Faz-se necessário, de igual forma, ressaltar a diferença entre os alimentos provisionais, provimento cautelar previsto nos artigos 852 a 854 do CPC/73¹²⁴, e os alimentos provisórios, disciplinados pelo artigo 4º, *caput*, da Lei 5.478/68¹²⁵.

Os alimentos provisórios, os quais possuem feição idêntica ao pedido de antecipação de tutela – ou seja, são incidentais-, pressupõem prova pré-constituída do direito alegado, enquanto os alimentos provisionais possuem a roupagem de medida cautelar, concedidos desde que o magistrado convença-se suficientemente de que os alimentos devem ser pagos.¹²⁶

O artigo 852 da legislação processual anteriormente vigente apontava as hipóteses em que o pedido de alimentos provisionais poderia ser formulado. O termo “desquite” já em desuso mencionado no inciso I diz respeito ao divórcio, ressaltando que os cônjuges deveriam estar separados de fato, aspecto criticado pela doutrina em face do dever de mútua assistência

V - subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição;
VI - houver disposição legal que justifique a recusa da exibição.

¹²⁴ Art. 852. É lícito pedir alimentos provisionais:

I - nas ações de desquite e de anulação de casamento, desde que estejam separados os cônjuges;

II - nas ações de alimentos, desde o despacho da petição inicial;

III - nos demais casos expressos em lei. Parágrafo único. No caso previsto no nº I deste artigo, a prestação alimentícia devida ao requerente abrange, além do que necessitar para sustento, habitação e vestuário, as despesas para custear a demanda.

Art. 853. Ainda que a causa principal penda de julgamento no tribunal, processar-se-á no primeiro grau de jurisdição o pedido de alimentos provisionais.

Art. 854. Na petição inicial, exporá o requerente as suas necessidades e as possibilidades do alimentante.

Parágrafo único. O requerente poderá pedir que o juiz, ao despachar a petição inicial e sem audiência do requerido, lhe arbitre desde logo uma mensalidade para manutenção.

¹²⁵ Art. 4º As despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

¹²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 279.

aos cônjuges, o que implica à prestação alimentícia antes mesmo da separação de fato. Conforme já comentado, a hipótese do inciso II tratava de alimentos provisórios, sendo que o dispositivo legal retratava o que está ventilado no *caput* do artigo 4º da Lei de Alimentos.

O inciso III é genérico e falava sobre os demais casos expressos em lei, sendo que a maior parte deles estão presentes no Código Civil, em especial no artigo 1.694¹²⁷ – que prevê a possibilidade de parentes, cônjuges ou companheiros pleitearem alimentos uns aos outros. A “Lei Maria da Penha” (Lei 11.340/06) prevê a prestação de alimentos provisionais ou provisórios como uma medida protetiva de urgência que obriga o agressor.¹²⁸

De modo geral, os alimentos devem atender ao binômio necessidade X possibilidade, e quanto ao tema, bem leciona Luiz Guilherme Marinoni:

Como se sabe, os alimentos são a importância necessária e indispensável à manutenção da subsistência digna do alimentando. Desse modo, não se deve confundir o termo “alimento”, simplesmente com o valor necessário para que o credor possa alimentar-se. O termo designa, mais precisamente, todo valor necessário ao sustento do alimentando, mas ainda à manutenção de sua moradia, de seu vestuário, de sua saúde e ainda, quando cabível, de sua criação e educação. Por esse conteúdo, o valor dos alimentos não pode ser pré fixado, de modo geral, devendo atender às circunstâncias de cada pessoa. Assim, tem influência na fixação do valor dos alimentos a necessidade concreta do alimentando – tomada segundo aquilo que ordinariamente receberia se convivesse com o requerido – e a possibilidade do alimentante. Desse modo, o valor dos alimentos não toma por base apenas o dispêndio necessário à preservação da condição mínima de vida do interessado; deve atender à conservação do padrão de vida que tinha (ou teria) antes da necessidade de postular judicialmente esse direito.¹²⁹

Sendo assim, conforme o *caput* do artigo 854 do CPC/73, o autor deveria expor na petição inicial a sua necessidade no recebimento da verba alimentar, assim como a possibilidade do demandado em prestá-la, sendo considerado o próprio mérito da medida. Entende-se aplicável, ainda hoje esta medida, embora sem previsão específica.

Quanto à competência para o processamento da medida, o artigo 853 do CPC/73 estabelecia uma exceção ao artigo 800 do mesmo diploma legal, definindo a competência do juízo de primeira instância para os pedidos de alimentos provisionais, ainda que a causa principal penda de análise de recurso nos tribunais. Ademais, será competente o foro da residência ou domicílio do alimentando, consoante o artigo 100, inciso II, do Código

¹²⁷ Art. 1.694. 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.

¹²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 280.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 271.

Buzaid¹³⁰, cláusula geral aplicável aos alimentos, sendo eles provisórios, provisionais ou definitivos, correspondente ao artigo 53, inciso II, do Novo CPC.

O parágrafo único do artigo 854 do CPC/73 dispõe sobre a possibilidade da fixação imediata da pensão sem a prévia oitiva do réu – *inaudita altera pars* - procedimento igualmente previsto no artigo 300 e ss. do CPC/15 em relação à tutela de urgência. No entanto, ao que tudo indica, houve a revogação dos alimentos provisionais, tendo em vista que o CPC/15 no artigo 531 traz somente a expressão alimentos provisórios, ao lado dos alimentos definitivos.¹³¹ Outrossim, o artigo 1.072, inciso V, do mesmo diploma legal revogou os artigos 16 a 18 da Lei 5.478/68 no que diz respeito à execução de alimentos.

Em que pese a ausência de previsão taxativa da medida e dos aspectos antes mencionados, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aplica a medida para os casos de divórcio, baseado no dever de mútua assistência entre os cônjuges, ainda que não utilize o termo “alimentos provisionais”, e sim “alimentos provisórios”, consoante depreende-se de recente julgado:

ACÇÃO CAUTELAR DE ALIMENTOS. COMPANHEIRA. FIXAÇÃO PROVISÓRIA. PEDIDO DE MAJORAÇÃO. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Os **alimentos provisórios** devem ser fixados sempre com moderação e devem ter em mira tanto a capacidade econômica do alimentante como as necessidades da alimentada. 2. O **dever de mútua assistência** existente entre os ex-companheiros se materializa no encargo alimentar, quando existe a necessidade. 3. Se o varão era o provedor da família, justifica-se o amparo alimentar, pois existe o dever de mútua assistência. 4. **Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades da alimentada, mas sem sobrecarregar em demasia o alimentante.** 5. Sendo *provisória a fixação*, o valor poderá ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que justifiquem a revisão. Recurso desprovido. (DECISÃO MONOCRÁTICA)¹³²

4.5. DA CAUTELAR DE ARROLAMENTO DE BENS

Trata-se de mais uma medida patrimonial, a qual era prevista expressamente nos artigos 855 a 860 do CPC/73¹³³ e possui correspondência no artigo 301 do Novo CPC.

¹³⁰ Art. 100. É competente o foro: [...]

II - do domicílio ou da residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos;

¹³¹ Art. 531. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios.

¹³² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70063381339. Agravante: AG.S. Agravado: S.C. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 26 fev. 2015. DJ 03 mar. 2015.

¹³³ Art. 855. Procede-se ao arrolamento sempre que há fundado receio de extravio ou de dissipação de bens.

Art. 856. Pode requerer o arrolamento todo aquele que tem interesse na conservação dos bens.

§ 1º O interesse do requerente pode resultar de direito já constituído ou que deva ser declarado em ação própria.

§ 2º Aos credores só é permitido requerer arrolamento nos casos em que tenha lugar a arrecadação de herança.

Art. 857. Na petição inicial exporá o requerente:

I - o seu direito aos bens;

Portanto, referindo-se a bens e à proteção dos mesmos, se faz necessário diferenciá-la de outras medidas, como o sequestro e a busca e apreensão, já examinadas anteriormente.

O arrolamento de bens consiste na descrição, por meio da elaboração de um rol, de certos bens, assim como a sua efetiva apreensão e depósito. Anteriormente à edição do Código Buzaid, a medida destinava-se apenas a descrever bens, sem qualquer medida constritiva. A principal característica do arrolamento de bens que o diferencia de outras medidas é o desconhecimento dos bens objeto da conservação, posto que primeiramente busca identificar os bens no patrimônio do réu para depois conservá-los, distanciando nesse aspecto do sequestro, uma vez que a medida exige a descrição com exatidão dos bens.¹³⁴

Segundo Marinoni, o arrolamento possui evidente natureza cautelar, já que se destina a conservar bens – que já sejam ou que venham a ser objeto de disputa judicial – “indeterminados” (porque não especificados ainda, já que pertencentes a uma universalidade não esmiuçada pelo requerente) de modo a permitir a adequada tutela dos direitos discutidos em outra demanda.¹³⁵

Outra característica importante da medida está presente no artigo 855 do CPC/73, qual seja, o fundado receio de extravio ou de dissipação dos bens, sejam eles móveis ou imóveis. Portanto, para a concessão da medida é necessário que haja uma situação de risco, capaz de gerar prejuízo a um conjunto de bens, os quais serão protegidos na sua universalidade – em face da ausência de exatidão acerca dos mesmos.

O artigo 857 do CPC/73 previa as regras relativas à petição inicial, além das genéricas já dispostas no artigo 801 do mesmo diploma legal já revogado, requisitos que não estão expressamente previstos no Código vigente, mas que, além dos requisitos da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, presentes no artigo 305 do Novo CPC, se traduzem nos pressupostos para a concessão da tutela provisória fundada na urgência, quais sejam, o “perigo de dano” ou “risco ao resultado útil do processo”.

II - os fatos em que funda o receio de extravio ou de dissipação dos bens.

Art. 858. Produzidas as provas em justificação prévia, o juiz, convencendo-se de que o interesse do requerente corre sério risco, deferirá a medida, nomeando depositário dos bens.

Parágrafo único. O possuidor ou detentor dos bens será ouvido se a audiência não comprometer a finalidade da medida.

Art. 859. O depositário lavrará auto, descrevendo minuciosamente todos os bens e registrando quaisquer ocorrências que tenham interesse para sua conservação.

Art. 860. Não sendo possível efetuar desde logo o arrolamento ou concluí-lo no dia em que foi iniciado, afor-se-ão selos nas portas da casa ou nos móveis em que estejam os bens, continuando-se a diligência no dia que for designado.

¹³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 283.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 289.

Conforme o artigo 859 do CPC/73, “o depositário dos bens lavraria auto no qual deveria descrever minuciosamente todos os bens, identificando-os, destacando o que for necessário para a sua conservação”. Resta configurada uma exceção, visto que a elaboração do auto fica a encargo do depositário, e não pelo oficial de justiça, como ocorre normalmente. O depositário judicial será escolhido com base no artigo 840 do Novo CPC¹³⁶, referentes à penhora e ao depósito. Nesse sentido, destaca Benedito Silvério:

O rol dos bens deve ser feito de forma detalhada, sendo transferida a posse direta ao depositário, que deve prestar compromisso, quando for o caso, exceto o depositário público, devendo ser o auto firmado pelo depositário, pelo oficial de justiça e, quando intervir, pelo demandado, se presente, o possuidor ou detentor, e na falta destes, por duas testemunhas.

A nomeação do depositário é feita pelo juiz, sendo desaconselhável a atribuição de encargo de depositário ao próprio demandado, a quem imputada a probabilidade de autoria do dano.¹³⁷

Quanto à legitimidade para postular a medida, a doutrina assevera que, em que pese a previsão genérica do artigo 856 do Código de Processo Civil – fala-se em “todo aquele que tiver interesse na conservação de bens”-, o pedido cautelar deverá ser intentado pelo autor da demanda principal, aquele que demonstrar que seu interesse deriva de direito seu já devidamente reconhecido em juízo ou fora dele.¹³⁸

Na área de Direito de Família, a medida é geralmente aplicada como forma preventiva conservativa dos bens do casal, a fim de que seja evitada a dissipação ou dilapidação pelo outro cônjuge de bens de fácil liquidação e cuja venda independe do consentimento conjugal, assim fraudando o regime patrimonial de bens na separação ou na iminência desta.¹³⁹

¹³⁶ Art. 840. Serão preferencialmente depositados:

I - as quantias em dinheiro, os papéis de crédito e as pedras e os metais preciosos, no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em banco do qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integralizado, ou, na falta desses estabelecimentos, em qualquer instituição de crédito designada pelo juiz;

II - os móveis, os semoventes, os imóveis urbanos e os direitos aquisitivos sobre imóveis urbanos, em poder do depositário judicial;

III - os imóveis rurais, os direitos aquisitivos sobre imóveis rurais, as máquinas, os utensílios e os instrumentos necessários ou úteis à atividade agrícola, mediante caução idônea, em poder do executado.

¹³⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108.

¹³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 284.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acrescenta que, quanto à legitimidade passiva, deverá ser do réu que figurará na ação principal. Ainda, defende o arrolamento incidente à ação principal, mas apenas enquanto perdurar a litigiosidade dos bens. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1998.)

¹³⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 107. Ver: OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Das medidas cautelares nas questões de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

Da análise do julgamento do Agravo de Instrumento nº 70064656341¹⁴⁰, de relatoria do Desembargador AlzirFelippeSchmitz, observa-se que o evidente risco de dissipação ou dano aos bens do casal é suficiente para o deferimento da medida. Destaco trecho do voto do Relator:

O recurso manejado não merece ser provido, na medida em que a decisão atacada visava a proteção dos bens do casal.

A questão a ser dirimida neste agravo de instrumento é a inconformidade da agravante com a decisão que proibiu a agravante de transferir bens móveis existentes na residência em que o casal vivia durante a união.

Em síntese, a agravante alega que necessita de tais bens para atender as necessidades dos filhos, no entanto, nenhuma prova neste sentido veio aos autos. Além disso, ante os fundamentos das contrarrazões, observa-se o evidente risco de dissipação ou dano aos bens em questão.

Além disso, considerando que o casal firmou pacto que previa que a união estável seria regida pelo regime da separação total de bens, imperiosa a manutenção do patrimônio até que esclarecida a propriedade de tais bens.

Portanto, em que pese a outra parte tenha alegado que os bens objeto da medida são necessários aos filhos do casal, a ausência de provas nesse sentido levou à manutenção da medida cautelar antes deferida, com a finalidade de proteger os bens do casal.

4.6. DA TUTELA CAUTELAR DE POSSE EM NOME DO NASCITURO

Consoante dispõe o artigo 2º do Código Civil¹⁴¹, os direitos do nascituro restam resguardados desde a sua concepção. Obviamente, a proteção no plano material gera reflexos no plano processual, por meio da medida cautelar em análise, prevista anteriormente nos artigos 877 e 878 do CPC/73¹⁴², que tem como escopo assegurar os direitos de sucessão do ser humano concebido ainda no ventre materno.¹⁴³

¹⁴⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ARROLAMENTO DE BENS. PACTO DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. Havendo fundado receio quanto à dilapidação do patrimônio do casal e, especialmente, sobre a titularidade dos bens em questão, mais especificamente quanto aos bens móveis, cumpre manter a decisão de determinou a permanência destes no imóvel em que o casal residia. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 70064656341. Agravante: C.F.I. Agravado: R.T.S. Relator: AlzirFelippeSchmitz, Porto Alegre, 16 jul. 2015. DJ 22 jul. 2015.).

¹⁴¹ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹⁴² Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Cassio Scarpinella Bueno conceitua a medida da seguinte forma:

A medida disciplinada pelos arts. 877 e 878 tem como finalidade o reconhecimento jurisdicional da gravidez da mulher para que ela, na qualidade de verdadeira gestora de negócios, do nascituro, invista-se na posse de seus direitos. Trata-se de providência que, em última análise, limita-se a declarar formalmente a concepção do nascituro, viabilizando, consequentemente, que seja exercida a defesa de seus direitos.¹⁴⁴

Portanto, o estado de gravidez constitui suporte fático ao pedido de posse em nome do nascituro, uma vez que a medida em questão visa a eliminar qualquer dúvida acerca do reconhecimento da gravidez. Em razão disso, a petição inicial deverá ser instruída com o laudo positivo do exame de gravidez ou com o pedido de nomeação de médico para a mulher provar o referido estado, exceto se os herdeiros do de cujus aceitarem a declaração da autora. Por óbvio, a exordial deverá vir acompanhada, de igual forma, da certidão de óbito do suposto pai.

Segundo Benedito Silvério, a ação e a finalidade da posse em nome de nascituro são condicionais, tendo o objetivo de assegurar os direitos de quem ainda vai nascer, sendo, no entanto, subordinados ao nascimento com vida.¹⁴⁵ Sendo assim, com o parto extingue-se a eficácia da medida provisória; o nascimento com vida tem o condão de alterar a condição do titular do pátrio poder para usufrutuário legal sobre os bens do filho.

Conforme dita o artigo 878 do Código Buzaid, se à requerente não couber o exercício do poder familiar, será nomeado curador ao nascituro pelo juiz. Caso a mesma seja interdita, seu curador será o do nascituro. Portanto, a mãe, tendo o poder familiar, será a defensora dos direitos do nascituro, mesmo se o pai estiver vivo, se justificando a nomeação de curador se não for vivo o pai, ou se estiver privado do poder familiar, assim como a mãe.

Sobre os deveres do curador, Pontes de Miranda preceitua que o mesmo “tem a dupla missão de defender, de um lado, os interesses do nascituro, resguardando-lhe o patrimônio e, de outro, tomar as medidas necessárias para impedir, em favor do feto e dos herdeiros do marido ou dos terceiros em geral, a suposição, a substituição e a supressão do parto”.¹⁴⁶

Há quem defenda a ausência de caráter cautelar da medida, pois não se objetiva a eficácia do resultado de outro processo principal, esgotando-se com o nascimento ou falecimento do nascituro, sendo classificada como um procedimento declaratório de jurisdição

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.

¹⁴³ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 117.

¹⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos**. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 302.

¹⁴⁵ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 117.

¹⁴⁶ OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Das medidas cautelares nas questões de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 281.

voluntária, a fim de declarar a existência de uma relação jurídica. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma que “tudo não passa de mero negócio judicial de tutela de interesse privado, configurando tipicamente um procedimento de jurisdição voluntária, semelhante àqueles relacionados com a tutela e a curatela”.¹⁴⁷

Em que pese as contradições acerca de sua natureza jurídica, bem como o possível cunho patrimonial que esta tutela apresenta, não resta dúvidas que sua principal característica que justifica a adoção do nome “cautelar” diz respeito à asseguuração dos direitos do nascituro.

4.7. DAS MEDIDAS PROVISIONAIS

As medidas provisionais estavam previstas nos artigos 888 e 889 do CPC/73¹⁴⁸, sendo que deveriam seguir o rito cautelar geral, estando sob o amparo do poder geral de cautela do juiz. Sendo assim, o artigo 888 do Código Buzaid versava sobre medidas que poderiam ser determinadas na pendência de ação principal.

Tratava-se de medidas bastante heterogêneas, que possuíam como elemento em comum tão somente o procedimento adotado. Ademais, o termo “provisional”, ao contrário do que se pensa, não diz respeito à provisoriedade da medida, mas sim o de provisão, ou seja, de prover algo essencial, em face das necessidades de alguém. Nesse sentido:

É preciso observar que o termo “provisioriedade” é técnico-processual, designando o que é provisório em termos processuais, isto é, o que depende de confirmação no processo, ao passo que o termo “provisão” indica o que é suficiente para prover ou satisfazer alguém no plano do direito material. Assim, é possível dizer que tais medidas se prestam a “tutelar provendo” uma necessidade essencial.¹⁴⁹

¹⁴⁷ BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no Código de Processo Civil**: sistematização e exegese. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 137.

¹⁴⁸ Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura:

I - obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida;

II - a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos;

III - a posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento;

IV - o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais;

V - o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral;

VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;

VII - a guarda e a educação dos filhos, regulado o direito de visita que, no interesse da criança ou do adolescente, pode, a critério do juiz, ser extensivo a cada um dos avós;

VIII - a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.

Art. 889. Na aplicação das medidas enumeradas no artigo antecedente observar-se-á o procedimento estabelecido nos arts. 801 a 803.

Parágrafo único. Em caso de urgência, o juiz poderá autorizar ou ordenar as medidas, sem audiência do requerido.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 352.

Portanto, em face do seu caráter satisfativo, podemos considerar que as medidas provisionais são cautelares apenas no nome e em virtude do procedimento que adotam, e não em face da finalidade de cada uma delas, posto que não se prestam ao asseguramento dos resultados úteis de um processo principal. Sobre esse aspecto, disserta Cassio Scarpinella Bueno:

É correto, por isso mesmo, o entendimento de que grande parte dessas medidas representa, em verdade, pedidos satisfativos que se desenvolvem perante o Estado-juiz por procedimento abreviado.

É como se dissesse que, para algumas dessas medidas, o legislador quis emprestar o procedimento típico do “processo cautelar” para dar vazão mais célere a determinadas situações de direito material sem que isso represente, na perspectiva do próprio Código de Processo Civil, uma autêntica “ação cautelar” ou um autêntico “processo cautelar”.¹⁵⁰

Nos termos do parágrafo único do artigo 889 do Código Buzaid, boa parte da doutrina sempre defendeu ser desnecessária a comprovação do perigo de demora para a concessão de tais medidas. Portanto, embora estes procedimentos devessem seguir o rito previsto nos artigos 801 a 803 do CPC/73, não é necessário expor na petição inicial “o direito ameaçado e o receio de lesão”, devendo o autor indicar “o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. Ocorre que, com as alterações na legislação e a previsão de simples comprovação do perigo de dano ou risco ao resultado útil para a concessão da tutela de urgência, paira a dúvida acerca do conteúdo da petição inicial nesses casos.

Tendo em vista as peculiaridades das medidas em análise, podemos concluir que as mesmas são comparáveis com a tutela de segurança em virtude do fato de, em alguns casos, estarem inseridas em um conflito de interesses mais amplo ou necessitem serem prestadas de forma célere. Sendo assim, se mostram necessárias em um contexto maior, como no caso do afastamento do lar em face da separação judicial.¹⁵¹

Passaremos ao estudo de cada uma das medidas provisionais aplicáveis ao Direito de Família, destacando seus aspectos principais e as alterações com o Novo Código de Processo Civil.

4.7.1. Entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos

¹⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 313.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 352.

A referida medida esteve prevista no artigo 888, inciso II, do CPC/73 e autorizava o cônjuge ou aos filhos o ingresso no lar – ao qual não tem mais acesso – para buscar seus pertences pessoais. Dessa forma, diferencia-se do arrolamento por ter como objeto bens próprios ou reservados de cada um, e não bens comuns da comunhão matrimonial.

Sendo assim, se houvesse recusa por um dos cônjuges de entregar os bens do outro que permaneceram no lar comum, ou se um deles deixasse a morada comum levando consigo os bens do outro, seria cabível a medida de entrega de bens.¹⁵² Possuem legitimidade ativa o cônjuge ou os filhos – se menores, devidamente representados ou assistidos – que estão impossibilitados de buscar seus bens. Por extensão, a medida também é cabível na hipótese de união estável.

Tratava-se, como todas as medidas provisionais, de uma tutela de caráter satisfativo, independente de ação principal, visto que não sofreria influência da mesma, que poderia até mesmo nem existir. Ademais, a sentença proferida em eventual ação de separação não interfere na posse e propriedade dos bens de uso pessoal.¹⁵³

De qualquer forma, a medida, na maioria dos casos, seria postulada no curso da ação principal de anulação de casamento, divórcio ou separação judicial, sendo que dificilmente é preparatória. A petição inicial deverá conter a descrição pormenorizada dos bens objeto da medida e, se possível, elementos de convicção que possibilitem a liminar e posterior execução.

Deferida a liminar ou a sentença que defere o pedido, o requerido será intimado, a fim de efetuar a entrega dos bens indicados e, caso haja recusa, poderá ser requerida busca e apreensão, nos termos do CPC/73. A escolha do meio executivo, segundo Luiz Guilherme Marinoni, dependerá não apenas do requerimento do interessado, mas, principalmente, das particularidades do caso concreto.¹⁵⁴

Cumprido destacar, mais uma vez, que o silêncio legislativo relacionado a esta medida não implica em impossibilidade de sua utilização.

4.7.2. Posse provisória dos filhos

A medida de posse provisória dos filhos, nos casos de separação judicial ou anulação de casamento, esteve prevista no inciso III do artigo 888 do CPC/73 e tem a finalidade de

¹⁵² RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

¹⁵³ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127-128.

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo cautelar**. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 357.

estabelecer com quem ficarão os filhos, antes de proferida sentença em ação de anulação de casamento, divórcio ou dissolução de união estável.

A posse provisória tem caráter antecedente ou incidente à ação autônoma, ou seja, pode ser postulada antes ou na pendência da demanda principal. Importante destacar que, de forma semelhante às demais tutelas cautelares, esta não possui previsão específica no CPC/15.

Possuem legitimidade para requerer tal tutela qualquer um dos cônjuges, os outros filhos ou o Ministério Público. Sendo assim, o magistrado pode deferir a guarda a terceiros e parentes próximos, determinando, inclusive, a busca e apreensão do filho daquele o detenha.¹⁵⁵

Na maior parte dos casos, a guarda fática permanece com a genitora, em caso de consenso em separação de fato; no entanto, nada obsta que a mesma ingresse com o pedido de posse do menor, antes do ajuizamento da ação principal, hipótese que poderá obter a guarda provisória em caso de deferimento da liminar. Importante ressaltar que deverá o juiz atentar à melhor convivência do menor, em face das circunstâncias do caso concreto.

Ademais, a medida pode ser ordenada da mesma forma, de ofício, pelo juiz no curso do processo de separação de corpos, e se atribuído o encargo à mulher, poderá o magistrado ordenar a prestação de alimentos provisionais.¹⁵⁶ Segundo Cassio Scarpinella Bueno, a medida é tipicamente cautelar porque se volta à utilidade do “processo principal” em que se discute a responsabilidade dos cônjuges pelo rompimento do vínculo matrimonial, da união estável ou da sociedade de fato.¹⁵⁷

Sendo assim, ainda que a posse provisória dos filhos estivesse entre o rol das medidas provisionais, classificadas anteriormente como de cunho satisfativo, a urgência do caso concreto pode exigir o deferimento da liminar com base no parágrafo único do artigo 889 do Código de Processo Civil, comprovando, portanto, a ameaça de lesão ao direito, requisito essencial para a concessão da tutela cautelar – provisória de urgência.

Uma crítica possível diz respeito à utilização do termo posse – extremamente vinculado aos direitos das coisas – aos filhos. De fato, os menores ficam na posse dos genitores, no entanto esta denominação ressalta a disputa entre os cônjuges, caracterizando o atrito decorrente da separação do casal, gerando efeitos (em alguns casos negativos) na criação dos filhos menores, finalidade principal por trás do termo “posse”.

¹⁵⁵ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 131.

¹⁵⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 131.

¹⁵⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos**. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 317.

4.7.3. Afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra a vontade dos pais

O Código Civil prevê como um dos poderes-deveres que compõem o poder familiar atribuído aos pais o exercício da guarda dos filhos, de forma unilateral ou compartilhada, nos moldes do artigo 1.634, II.¹⁵⁸

Da leitura do mesmo dispositivo legal, depreende-se que os pais possuem a prerrogativa, no exercício do poder familiar, de autorizar o filho a contrair casamento.¹⁵⁹ Caso a autorização seja negada, poderá o filho ou filha menor pleitear o suprimento judicial, na forma do artigo 1.519 do Código Civil.¹⁶⁰ Quanto ao momento de postulação da medida, assevera Luiz Guilherme Marinoni:

Admite-se a postulação da medida de afastamento antes do pedido de suprimento de autorização para o casamento. Embora a lei aluda ao afastamento do “menor autorizado” a contrair casamento, não há dúvida que o pedido de afastamento pode ser necessário antes do de suprimento para evitar que, após o requerimento de suprimento, surjam retaliações ao menor.¹⁶¹

Nesse sentido, cumpre destacar que a medida de afastamento poderá ser concedida de ofício, se ajuizado o pedido de suprimento de consentimento para casar. Além disso, quando do pedido de suprimento de autorização, poderá o menor pleitear liminarmente a cautelar de seu afastamento do lar.¹⁶² Em caso de deferimento da medida de afastamento do menor, o magistrado fixará a sua residência, podendo permanecer o mesmo sob os cuidados de algum parente ou pessoa idônea.

Em face do inegável conflito de interesses entre o menor e seus pais, deverá aquele ser representado por curador especial, nos termos do artigo 72, inciso I, do Novo CPC.¹⁶³ Em que pese a legislação processual civil vigente não traga regulação específica da medida, entende-se pela permanência de sua aplicabilidade, tendo em vista, principalmente, os recorrentes casos de ação judicial de suprimento para o matrimônio.

¹⁵⁸ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [...]

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

¹⁵⁹ III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

¹⁶⁰ Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 359.

¹⁶² RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 133.

¹⁶³ Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade;

Cabe salientar, por fim, que a medida em análise deve ser tratada com extrema delicadeza, em que pese, na maioria dos casos, sua aplicação decorra em virtude de autorização judicial para contrair casamento. Isto porque a postulação da medida em momento anterior ao ajuizamento da Ação de Suprimento Judicial dá margem ao juiz para decidir de acordo com o caso concreto, buscando a proteção da criança e do adolescente.

4.7.4. Depósito de menores ou incapazes

A medida em questão, prevista anteriormente no inciso V do artigo 888 do CPC/73, trata da hipótese de depósito de incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral.

De plano, cumpre referir que o poder familiar não se caracteriza como um “direito” dado aos pais, bem como não pode ser usado de forma imoderada; constitui, na verdade, um “poder-dever”, que deve ser desempenhado visando ao interesse dos incapazes.¹⁶⁴ Sendo assim, havendo abuso de autoridade por parte dos pais ou tutores e curadores, há a possibilidade de referido poder ser restringido ou suspenso, na forma do artigo 1.638, I e III, do Código Civil.¹⁶⁵

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) prevê que o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Ainda, o mesmo diploma legal ressalta que a falta ou carência de recursos materiais não caracteriza motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.¹⁶⁶

Diante do trâmite da ação principal, a qual segue o rito ordinário, é cabível o requerimento da medida cautelar em análise, bem como poderá a tutela ser pleiteada de forma antecedente, preparatória à demanda que tem por escopo destituir o poder familiar. Portanto, é medida preventiva e provisória, podendo ser preparatória ou incidente.¹⁶⁷ Quanto à relação entre as duas medidas, leciona Luiz Guilherme Marinoni:

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 360.

¹⁶⁵ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho; [...]

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

¹⁶⁶ Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. [...]

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

¹⁶⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.

Porém, a prática de tais condutas, mais do que acarretar tais consequências, impõe, independentemente da perda do poder familiar, da tutela ou da curatela, o “depósito” dos menores ou incapazes, ou melhor, o isolamento de um espaço em que os pais, tutor ou curador não podem atingi-los – física ou psicologicamente. Trata-se não só de restrição ao poder parental, mas acima de tudo, de uma proteção ou tutela conferida ao direito dos menores pelo art. 888, V.¹⁶⁸

São legitimados ativos para postular a medida o Ministério Público, o menor envolvido – devidamente representado ou assistido por um dos genitores ou curador especial no caso do artigo 72, inciso I do CPC/15 – e seus parentes próximos.

Segundo Benedito Silvério, a providência não é definitiva, devendo durar o suficiente para atender à proteção do menor ou até o julgamento da causa principal de suspensão ou perda do poder familiar.¹⁶⁹ Ainda, o autor destaca que a medida pode ser decretada de ofício pelo juiz:

(...) a medida poderá igualmente ser decretada de ofício pelo juiz, de forma incidental, na pendência do processo principal, se assim entender indispensável à proteção dos interesses da criança ou do adolescente, presente o periculum in mora, nomeando-se o requerente ou terceiro com probidade como depositário, ouvindo-se o Ministério Público.¹⁷⁰

Havendo resistência no cumprimento da medida, cabe mandado de busca e apreensão para a execução do provimento judicial. Sendo o caso de pai ou mãe que castigue imoderadamente o filho, previsto no inciso I do artigo 1.638 do Código Civil, cabe a busca e apreensão direta, consoante o Código Buzaid.

No caso de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, o artigo 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁷¹ prevê a possibilidade de afastamento do agressor da moradia comum, medida similar a objeto do estudo.

No tocante à natureza da medida, Marinoni assevera que a mesma não é cautelar, sendo nitidamente satisfativa, tendo em vista que tem como pressuposto um ilícito já ocorrido, sem ser necessária a comprovação de ameaça de lesão ao direito. No entanto, o doutrinador destaca que a ação principal é necessária, a fim de destituir o poder familiar.¹⁷²

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 360.

¹⁶⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.

¹⁷⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 137.

¹⁷¹ Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 361.

Por fim, tal medida também foi infeliz em sua denominação, posto que o termo “depósito” torna ainda mais degradante a condição do menor, muito embora seja destinado a um local onde, via de regra, receberá melhor tratamento e auxílio para superar os traumas decorrentes da situação anteriormente vivenciada.

4.7.5. Afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal

A medida está prevista no inciso VI do artigo 888 do Código Buzaid e desperta intensa divergência doutrinária.

Isto porque existem autores, como Luiz Guilherme Marinoni, que equiparam a medida em análise àquela de separação de corpos, prevista no artigo 1.562 do Código Civil¹⁷³. Já outra parte da doutrina faz distinção entre as duas medidas, as quais serão examinadas abaixo. Segundo Benedito Silvério, a separação de corpos pode consistir em medida satisfativa ou medida cautelar genuína. A primeira delas tem a finalidade exclusiva de cessação dos deveres conjugais, liberando o cônjuge dos ônus do casamento por meio do deferimento da medida. Já a segunda se restringe à presença física, tendo por escopo o afastamento do outro cônjuge em virtude de agressão, ameaça ou violência doméstica.¹⁷⁴

Sendo assim, a diferenciação entre as medidas baseia-se no fato de que a separação de corpos limita-se a estabelecer um rompimento do dever conjugal de coabitação, dispensando o cônjuge do *debitumconjugale*, impedindo, portanto, que o outro consorte utilize este argumento para pleitear, em sede de separação judicial, o abandono de lar pelo outro. Nesse sentido:

Assim, para essa segunda corrente, faz-se mister diferenciar uma medida de separação jurídica, a “separação de corpos”, que tão-somente libera um dos cônjuges do débito conjugal, de outra medida, de separação fática, o “afastamento de um dos cônjuges do lar conjugal”, que implica necessariamente a saída de um deles do imóvel onde reside a família. É de ser feita a ressalva que os pedidos podem ser cumulados; não há, inclusive, cabimento que se tenha separação física sem que tenha também separação jurídica, embora a recíproca não possa ser tomada como verdadeira.¹⁷⁵

Quanto à natureza das medidas, Alice Birchall destaca que “a posição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem a medida de separação de corpos é cautelar, mas visa

¹⁷³ Art. 1.562. Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação, a de separação judicial, a de divórcio direto ou a de dissolução de união estável, poderá requerer a parte, comprovando sua necessidade, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade.

¹⁷⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138.

¹⁷⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. III. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 289.

apenas a cessação do *debitumconjugale*, podendo os cônjuges permanecerem sob o mesmo teto. Para o autor, a medida de afastamento temporário do inciso VI do art. 888 do CPC/73, que é também cautelar, tem o *plus* de obrigar a retirada de um dos cônjuges do lar conjugal, devendo ser observado o *periculum in mora*, o *fumus boni iuris* e a verossimilhança das alegações”.¹⁷⁶

Ocorre que há quem defenda que a separação de corpos não possui natureza cautelar, sendo satisfativa, conforme já exposto anteriormente, devendo se estender a medida até o trânsito em julgado da sentença que venha a ser proferida na ação principal.

Ainda, destaca-se que uma hipótese de direito material que justifica a aplicação da medida está presente no artigo 22, inciso II, da Lei 11.340/06¹⁷⁷, o qual prevê a possibilidade de ser determinado o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.

4.7.6. Guarda, educação e direito de visita aos filhos

A medida anteriormente prevista no inciso VII do artigo 888 do CPC/73 assemelha-se à hipótese prevista no inciso III do mesmo diploma legal, qual seja, a posse provisória dos filhos. Ocorre que a posse provisória se diferencia da medida em análise pois está relacionada com as ações de separação judicial ou anulação de casamento, enquanto a guarda e educação dos filhos tem o objetivo unicamente de tratar da guarda dos filhos.¹⁷⁸

Segundo o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.¹⁷⁹ Importante ressaltar, ainda, que a medida é exercida cautelarmente, não devendo ser afastadas as ações definitivas de guarda com eficácia da sentença definitiva de mérito, podendo ser a medida em questão preparatória ou incidental.

¹⁷⁶ BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no Código de Processo Civil**: sistematização e exegese. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 145.

¹⁷⁷ Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: [...]

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 364.

¹⁷⁹ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

Sendo assim, a presente medida tem por escopo regular o a situação dos filhos que estão em condição irregular, com relação à guarda, baseando-se no poder familiar, até que haja o deslinde do feito principal.¹⁸⁰

Caso tenha havido o trânsito em julgado da sentença que dissolveu a sociedade conjugal ou a união estável e se mostre necessária a revisão da guarda do filho, é cabível a adoção do processo sumário e autônomo estabelecido pelos arts. 888 e 889 do CPC/73. Ademais, assim como boa parte das demandas envolvendo o interesse de menores e a convivência com os genitores ou terceiros, existem diversos mecanismos para auxiliar o magistrado na resolução do caso concreto, como estudos social, psicológico e até mesmo psiquiátrico. Quanto à extensão da medida:

Note-se que a tutela não se limita a definir a guarda do menor, devendo igualmente tratar dos poderes-deveres ligados à guarda, a exemplo da educação, mencionada expressamente no texto do inciso VII do art. 888. Não obstante esta regra fale apenas em guarda, educação e direito de visita, o juiz deve tratar de todas as questões embutidas no exercício do poder familiar. Para tanto, tem o juiz ampla latitude de poder para atender, na melhor medida possível, os interesses do menor.¹⁸¹

O requerimento da medida pode ser feito por qualquer dos genitores, parentes, Ministério Público ou terceiros. Portanto, a guarda provisória pode ser confiada a um dos pais, assim como a algum parente ou pessoa estranha idônea.

O direito de visitação – atualmente substituído pelo termo “convivência” –permite que o genitor não detentor da guarda mantenha a convivência com a prole, permitindo que os menores permaneçam temporariamente em sua companhia, na forma fixada pelo magistrado, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e os interesses do menor.¹⁸²

Assim como no caso da guarda, para bem averiguar o arranjo que contempla da melhor forma os interesses do menor, pode se fazer uso de estudos multidisciplinares afim de avaliar o comportamento dos genitores e o relacionamento dos menores com os mesmos. Outrossim, o direito de convivência pode ser estendido a outros parentes próximos, em especial aos avós, de acordo com as especificidades do caso.

Da análise das diversas medidas cautelares aplicáveis ao Direito de Família, verificamos que as peculiaridades de cada uma delas, bem como o fim a que se destinam, não excluem a aplicabilidade destas tutelas em consonância com o caso concreto, muito embora o

¹⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 148.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo cautelar. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. p. 364.

¹⁸² RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 150.

Novo Código de Processo Civil tenha abandonado a detalhada sistematização do CPC/73 já revogado.

Muitas das medidas cautelares, em especial as que possuem relação com direitos existenciais, não podem simplesmente serem afastadas do ordenamento jurídico ou, ainda, perderem características procedimentais que estão diretamente ligadas ao bem jurídico que pretendem tutelar. No próximo tópico, falaremos acerca de problemáticas recorrentes no uso destas medidas, por meio de análise jurisprudencial, agregada aos conhecimentos doutrinários sobre os temas em questão.

5. DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS ESPECÍFICAS NO DIREITO DE FAMÍLIA RELACIONADAS À TUTELA EXISTENCIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA E JURISPRUDENCIAL DE ALGUNS INSTITUTOS

Conforme já examinado anteriormente, muitas medidas cautelares possuem aplicabilidade no âmbito do Direito de Família, em razão do bem jurídico a ser tutelado. Além disso, muitas delas são utilizadas apenas neste ramo do direito, sendo específicas para situações que pretendem proteger os interesses de crianças e adolescentes ou o bem-estar de um dos cônjuges.

Portanto, muito embora as tutelas cautelares patrimoniais sejam de extrema importância, algumas medidas relacionadas a direitos existenciais devem ser analisadas com maior atenção, em face de aspectos evidenciados no cotidiano e na jurisprudência.

5.1. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR

Consoante já mencionado no estudo desta medida, a busca e apreensão se destina a apanhar pessoas ou bens, sendo utilizada na primeira hipótese pelos genitores com o intuito de trazer para sua companhia os filhos crianças ou adolescentes, em decorrência de resistência na entrega dos mesmos. Assim sendo, a postulação da medida está relacionada com o comportamento dos pais e o relacionamento entre os mesmos após a separação do casal.

Na maior parte dos casos de divórcio ou dissolução de união estável, resta ajustada em juízo o detentor da guarda, - em suas várias modalidades, bem como eventuais alimentos devidos à prole e a forma de convivência com o outro genitor, sempre atendendo aos interesses da criança e do adolescente. Ocorre que o descumprimento por um dos pais do que foi decidido em processo judicial pode ensejar à utilização de medidas cabíveis, que dependerão das peculiaridades e da gravidade de cada caso.

O Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70063385298 pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, modificou a decisão do Juízo *a quo*, a fim de determinar a busca e apreensão da menor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. CABIMENTO. Verificado que o agravante possui a guarda do filho e que as partes firmaram acordo quanto à visitação materna no período das férias, havendo descumprimento da genitora, ao não devolver a criança na data ajustada,

deve ser deferida a medida de busca e apreensão do menor, a fim de manter o menino sob o cuidado paterno. Agravo de Instrumento provido.¹⁸³

No caso em exame, o genitor era detentor da guarda e, após a realização de visita da menor à genitora, a mesma negou-se a devolver a criança, circunstância que, segundo o julgador, autoriza o deferimento da medida. Em sua fundamentação, o Relator destaca que, em que pese se trate de uma cautelar com efeitos drásticos à infante, a mesma possui oito anos de idade, o que auxilia no melhor discernimento dos fatos, o que, no entanto, é um tanto subjetivo.

Podemos citar, ainda, caso semelhante, no qual a medida de busca e apreensão foi deferida em razão do descumprimento do regime de visitas pelo genitor. Ocorre que, posteriormente, a medida foi suspensa, tendo em vista a comprovação de maus tratos por parte da genitora detentora da guarda da menor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO E MENOR AJUIZADA PELA GENITORA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL ACERCA DO DIREITO DE VISITAS PELO PAI. LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO DEFERIDA E SUSPENSÃO, POSTERIORMENTE, EM RAZÃO DO RELATO DE MAUS TRATOS PRATICADOS PELA MÃE À FILHA. Diante da situação retratada aos autos, e evidenciada a ocorrência de maus tratos praticados pela genitora contra a menor, estaria ela em melhor condição psicológica e afetiva sob a guarda do pai, o que inclusive é declarado pelos avós paternos, deferida a busca e apreensão postulada. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.¹⁸⁴

No caso concreto, a Relatora salientou que a prova acostada aos autos, consistente em fotografias, declarações dos avós maternos e a informação do Conselho Tutelar de que a menina não frequentava a aula há 23 dias, foi suficiente para a suspensão da medida e a posterior reversão da guarda em favor do genitor.

5.1.1. O direito de convivência

A instituição do divórcio por meio da Emenda Constitucional 09/77, afastando a indissolubilidade do casamento, passou a dar maior autonomia aos casais no gerenciamento das relações familiares, possibilitando a solução de problemas conjugais por meio da dissolução do vínculo matrimonial. Nesse mesmo contexto, surgiu a necessidade de

¹⁸³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70063385298. Agravante: R.O. Agravado: E.V.S.C. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 29 abr. 2015. DJ 08 maio 2015.

¹⁸⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70067550228. Agravante: E.A. Agravado: E.P.O. Relatora: LiselenaSchifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 11 dez. 2015. DJ 15 dez. 2015.

manutenção da relação materno/paterno-filial, regulamentada pelos genitores extrajudicialmente ou através de demandas judiciais.

Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 227¹⁸⁵, atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar às crianças e adolescentes a convivência familiar. Sendo assim, o direito à convivência familiar é considerado um direito fundamental de crianças e adolescentes.

Muito embora as legislações civil e constitucional tenham apresentado estes avanços, a regulamentação da guarda no Código Civil se mostrou insuficiente, uma vez que priorizou um único modelo de guarda- a unilateral. De acordo com essa concepção, após o encerramento do vínculo entre os pais, a prole fica sob a guarda de um dos genitores, enquanto o outro fica com o encargo de pagar alimentos e possui o direito de visitação.¹⁸⁶

Portanto, tal modelo tendia a agravar ainda mais a situação conflitual entre os genitores, visto que ao conceder a guarda a apenas um deles por meio de processo judicial acaba consagrando o outro como “perdedor”, gerando sofrimento. Em alguns casos, este sentimento de papel secundário na criação do filho leva ao afastamento do genitor não detentor da guarda.

Com o objetivo de amenizar estes problemas e garantir igualdade entre os pais, a Lei da Guarda Compartilhada (Lei 11.698/08) deu nova redação aos artigos 1.584 e ss. do Código Civil, dando preferência a este modelo de exercício da guarda. Segundo os ensinamentos de Maria Alice Rodrigues, em que pese a promulgação desta lei não resolva de forma plena os conflitos familiares envolvendo a guarda da prole, o modelo da guarda compartilhada já contribuiu de forma muito positiva:

É indubitável que o modelo da guarda compartilhada não é a solução para todos os conflitos envolvendo a guarda de filhos nos processos judiciais. No entanto, deve-se reconhecer que a inclusão desse modelo na legislação provocou um importante debate na sociedade e no meio jurídico sobre a necessidade da preservação dos vínculos conjugais, bem como sobre a necessidade de se coibir abusos perpetrados pelos pais nas disputas judiciais.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, 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, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁸⁶ RODRIGUES. Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina Rohnelt. Alienação parental e a lei: a judicialização das relações familiares? *apud* BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick. **Direito de Família em perspectiva constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 232.

¹⁸⁷ RODRIGUES. Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina Rohnelt. Alienação parental e a lei: a judicialização das relações familiares? *apud* BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick. **Direito de Família em perspectiva constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 233.

Ressalta-se, outrossim, que *a priori* a guarda dos filhos permanece com os genitores, não excluindo, no entanto, o deferimento da mesma a pessoa integrante da família dos cônjuges, levando em conta a relação de afinidade e afetividade, nos termos do §5º do artigo 1.584 do Código Civil¹⁸⁸. Porém, esta providência deve se dar caso haja motivos graves para o rompimento do liame natural entre pais e filhos, em defesa do melhor interesse das crianças e adolescentes.¹⁸⁹

No tocante às visitas, cumpre dizer, de plano, que o termo “visitação” se mostra extremamente inadequado, uma vez que os encargos inerentes ao poder familiar não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia em determinados períodos de tempo. A locução “visitas” não se enquadra na relação que deve ser estabelecida entre ascendente e filho, centralizada no afeto e que não se limita a um encontro de horário rígido.¹⁹⁰ Filhos não devem visitar os pais, mas sim, conviver com eles. Por esta razão, mais adequada será a utilização da expressão constitucional de convivência familiar, ao invés do ultrapassado termo “direito de visitas”.

Superada essa questão terminológica, o direito de convivência – em virtude do estabelecimento da guarda unilateral, ou mesmo compartilhada – visa a garantir a convivência dos filhos menores com um dos genitores, conforme dispõe o artigo 1.589 do Código Civil¹⁹¹. Portanto, o ajuste do convívio da prole com os pais se mostra essencial para a formação psíquica e moral da criança, possibilitando que o genitor acompanhe a criação do filho. Ocorre que, conforme destaca Carlos Roberto Gonçalves:

O direito de visita, com efeito, na medida em que se invoca a sua natureza puramente afetiva, não tem caráter definitivo, devendo ser modificado sempre que as circunstâncias o aconselharem; e também não é absoluto, pois, por humana que se apresente a solução de nunca privar o pai ou a mãe de ver seus filhos, situações se podem configurar em que o exercício do direito de visita venha a ser fonte de prejuízos – principalmente no aspecto moral -, sendo certo que todos os problemas devem ser solucionados à luz do princípio de que é o interesse dos menores o que deve prevalecer.¹⁹²

¹⁸⁸ § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

¹⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 292.

¹⁹⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 459.

¹⁹¹ 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.

¹⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 295.

Sendo assim, caso ocorra algum motivo relevante que seja apto a ensejar a suspensão das visitas, tal circunstância deve ser corroborada por provas documentais, testemunhais e até mesmo periciais, não bastando a mera alegação por parte dos genitores. Se por ventura a presença paterna ou materna se mostre prejudicial à criança ou adolescente, é aconselhável que o magistrado estabeleça a melhor solução para o caso concreto, buscando manter a integridade física e moral da criança. Assim já decidiu o Tribunal de Justiça do RS:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS PATERNA. DESACONSELHÁVEL A VISITAÇÃO DA MENINA AO PAI QUANDO PESA CONTRA O GENITOR ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL COMETIDO CONTRA A FILHA. **NECESSIDADE DE MELHOR PROVA E REALIZAÇÃO DE ESTUDO SOCIAL.** AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.¹⁹³

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. DIREITO DE CONVÍVIO. ATUAL SITUAÇÃO DE BELIGERÊNCIA INSTALADA ENTRE OS GENITORES. REGIME DE VISITAS, COM PERNOITES, ESTABELECIDO EM AUDIÊNCIA EM FAVOR DA GENITORA. MANUTENÇÃO. PREVALÊNCIA DO BEM-ESTAR DA CRIANÇA. Não se mostra plausível a pretensão de suspensão ou mesmo redução da extensão das visitas da genitora à infante, conforme pretende o genitor, **diante do contexto probatório dos autos, que nada traz em desabono à figura materna**, inexistindo, também, evidência acerca da possibilidade de expor a menor à situação de risco. Decisão agravada mantida. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.¹⁹⁴

No primeiro caso, o Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol ressaltou que a suspensão da convivência se mostra uma medida cabível até que sobrevenham maiores provas – obtidas por perícia e estudos social e psicológico – acerca do suposto abuso sexual, afastamento da figura materna que é necessário para a preservação da criança. Já no segundo caso, a julgadora entendeu pela manutenção das visitas, em virtude da ausência de provas concretas acerca dos reflexos negativos da convivência materna, ressaltando a prevalência dos interesses da criança e do adolescente.

Portanto, da análise das ementas colacionadas, verifica-se que o quadro probatório é de extrema relevância para a autorização da suspensão da convivência, em virtude da gravidade da medida e seus efeitos tanto para o genitor quanto para a criança. Sendo assim, a realização de perícia judicial, avaliação psicológica e psiquiátrica são instrumentos que auxiliam no convencimento judicial.

¹⁹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70070789995. Agravante: T.C.S. Agravado: W.B.P. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 26 out.2016. DJ 31 out. 2016.

¹⁹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70070114772. Agravante: O.F. Agravado: A.C.M.F. Relator: Sandra Brisolará Medeiros. Porto Alegre, 28 set. 2016. DJ 30 set. 2016.

Em casos excepcionais, o convívio com a prole se torna uma obrigação para os pais, motivo pelo qual o direito de convivência acaba sendo obstaculizado voluntariamente pelo detentor do mesmo, gerando o afastamento do menor de um dos genitores, o que pode acarretar, até mesmo, sérios problemas psicológicos para a criança no futuro.

No entanto, via de regra os maiores problemas no exercício do direito de visitas estão relacionados com atitudes que possuem a finalidade de impedir a convivência de um dos genitores com a prole, em muitos casos decorrentes de atritos ainda não solucionados após a separação do casal. Os prejuízos acabam recaindo sobre os menores, fenômeno denominado alienação parental. Assim ensina Maria Berenice Dias:

A postura do guardião de impedir o direito de convivência configura alienação parental. Uma das práticas abusadoras é a falsa denúncia de abuso sexual com pedido de suspensão das visitas. Em face da natureza da acusação e da dificuldade de sua comprovação, deve ser imediatamente determinada a realização de estudo social e perícia psicológica e psiquiátrica não só com o filho, mas também com ambos os genitores. Sem provas, além da versão da genitora, descabe simplesmente interromper as visitas e cortar qualquer contato do pai com o filho. Tal poderia ocasionar prejuízos emocionais ao filho.¹⁹⁵

A figura da alienação parental é prática recorrente nas relações familiares – até mesmo nos casos em que o casal não está separado -, sendo que ganhou regulamentação há pouco tempo no ordenamento jurídico. Cabe falar um pouco mais deste fenômeno, o qual atinge a convivência familiar e fere direitos da criança e do adolescente.

5.1.2. O fenômeno da alienação parental

O surgimento da Lei 12.318/10, que versa sobre a alienação parental, expressa a preocupação com a manutenção dos laços parentais, buscando efetivar o direito à convivência familiar. O artigo 2º da referida lei conceitua alienação parental como “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 dos vínculos com este”¹⁹⁶.

Este fenômeno, quando diagnosticado como doença, é identificado por mais de um nome: síndrome de alienação parental (SAP), alienação parental ou implantação de falsas

¹⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 460-461.

¹⁹⁶ Ver artigo 2º da Lei 12.318/10.

memórias. Juridicamente, busca-se prevenir atos de alienação parental, a fim de que não se agrave, levando ao diagnóstico da síndrome.

A constatação da ocorrência de alienação parental é uma tarefa complexa, que exige a participação de profissionais da psicologia, atividade multidisciplinar que lida com aspectos muito delicados da convivência familiar. Maria Alice Rodrigues e Vera Regina Ramires dissertam sobre o tema:

Embora se reconheça a importância da nova lei por evidenciar a preocupação com a manutenção dos vínculos afetivos após a ruptura da relação conjugal e tentar coibir abusos cometidos pelos genitores no exercício da guarda e nos processos judiciais, considera-se que a sua aplicação exige muito cuidado e responsabilidade de todos os atores envolvidos na apuração da alienação parental, especialmente os operadores do direito.¹⁹⁷

Como sujeitos envolvidos nesta situação, podemos mencionar o alienador, situado no polo ativo, que geralmente se trata de um dos genitores ou seus parentes próximos; a figura do alienado, que se desdobra em dois no polo passivo, sendo o filho e o genitor colocado em situação de escanteio. Portanto, a alienação parental não se restringe apenas ao conflito entre os pais, mas sim envolve toda a família, gerando efeitos para a mesma, ou sendo consequência de atos destes indivíduos.¹⁹⁸

Estamos diante de uma situação na qual um dos genitores realiza uma verdadeira “lavagem cerebral” no filho menor, através da narrativa distorcida de certos fatos ou, na maioria dos casos, inventando situações que sequer ocorreram. Assim sendo, fazem com que a criança crie um sentimento de raiva ou medo em relação ao outro genitor, externalizado posteriormente na convivência com este.¹⁹⁹ Nesse sentido:

Nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual. O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Dificilmente consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsos personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias.²⁰⁰

¹⁹⁷ RODRIGUES, Maria Alice; RAMIRES, Vera Regina Rohnelt. Alienação parental e a lei: a judicialização das relações familiares? *apud* BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick. **Direito de Família em perspectiva constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 234.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. Porto Alegre: Magister, 2010. p. 231-257. p. 237.

¹⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 473.

²⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 474.

Consoante o artigo 5º da Lei 12.318/10²⁰¹, havendo indícios da prática de alienação parental, poderá ser instaurado procedimento autônomo ou incidental, com tramitação prioritária, adotando o juiz as medidas necessárias à preservação da integridade psicológica do filho. Ademais, são legitimados para propor a ação os genitores, os parentes próximos e até mesmo o Ministério Público.

Restando caracterizada a prática de alienação parental ou de conduta que obstaculize a convivência de um dos genitores com o menor – sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal do alineador – o magistrado poderá adotar medidas como a inversão da guarda ou sua modificação para a forma compartilhada, e até mesmo a suspensão da autoridade parental.²⁰²

Quanto ao tema, destaco trecho do voto do Relator do Agravo de Instrumento nº 70067827527²⁰³, Desembargador Sérgio Ferandes Silva de Vasconcellos Chaves, recurso julgado neste ano pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Com efeito, observo, em primeiro lugar, que a alteração de guarda é fato que reclama sempre a máxima cautela, pois é um acontecimento em si mesmo traumático para a criança, somente se justificando quando fica comprovada situação de risco atual ou iminente para a criança, circunstância esta que restou estampada na espécie.

Lembro, pois, que o instituto da guarda está ligado à presença física da criança em relação ao guardião, implicando na determinação de seu domicílio, e o critério que orienta essa definição é o interesse da infante, que está acima de todos os demais.

E foi esse, precisamente, o critério que orientou a decisão lançada pelo eminente DESEMBARGADOR JORGE LUIS DALL'AGNOL a fls. 747/752, estabelecendo liminarmente a alteração de guarda, por reconhecer a ocorrência de alienação parental.

Embora a recorrida pretenda que lhe seja devolvida a guarda do filho, no momento essa não é a melhor solução, pois o que importa é o bem estar da criança, que estava sendo exposta a situações vexatórias pela genitora, na tentativa de acusar o genitor de abusar do menor entre outras exposições desnecessárias, afrontando a intimidade e a própria dignidade pessoal do recorrente e da criança.

Assim sendo, mais do que atentar para o interesse pessoal da genitora, cumpre focalizar o interesse da infante, devendo sempre prevalecer o interesse desta acima do interesse ou da conveniência dos pais.

²⁰¹ Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

²⁰² Ver artigo 6º da Lei 12.318/10.

²⁰³ AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL. ALTERAÇÃO. CABIMENTO. 1. Em regra, as alterações de guarda são prejudiciais para a criança, devendo ser mantido a infante onde se encontra melhor cuidada, pois o interesse da criança é que deve ser protegido e privilegiado. 2. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, o que ocorre na espécie. 3. Considera-se que a infante estava em situação de risco com sua genitora, quando demonstrado que ela vinha praticando alienação parental em relação ao genitor, o que justifica a alteração da guarda. 4. A decisão é provisória e poderá ser revista no curso do processo, caso venham aos autos elementos de convicção que sugiram a revisão. Recurso provido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70067827527. Agravante: R.R. Agravado: D.O.B. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 16 mar. 2016. DJ 21 mar. 2016.).

Consoante bem salientou o relator, no caso concreto a genitora era o sujeito ativo da alienação parental, imputando a grave prática de abuso sexual ao genitor, circunstância que, após a comprovação, autorizou a inversão da guarda. Ademais, conforme mencionado, a alteração da guarda é uma medida extrema e subsidiária, devendo atender ao melhor interesse para a criança.

Dessa forma, os Desembargadores da 7ª Câmara Cível do TJ/RS, a unanimidade, deram provimento ao recurso, a fim de alterar a guarda do menor diante da prática de alienação parental pela genitora. Ressalta-se, pois, que a análise da prova acostada aos autos foi crucial para a decisão de alteração da guarda.

Conforme já mencionado, a prática de alienação parental pode acarretar o pedido de suspensão de visitas por parte do alienador, pois sua principal intenção, como visto, é afastar o menor do outro genitor. Ocorre que, conforme também já falamos anteriormente, o pedido de suspensão de convivência deve ser analisado com cautela, a fim de verificar a ocorrência, de fato, dos motivos que ensejam tal medida.

Por outro lado, inviabilizada a suspensão dos contatos por meio judicial, nada impede que o genitor detentor da guarda obstaculize as visitas, circunstância que pode autorizar a medida de busca e apreensão, podendo ser intentada nos mesmos autos do processo que regulamenta a visitação, com o escopo de possibilitar a convivência paterno/materno-filial.

A tutela cautelar de busca e apreensão também pode ser ferramenta em caso de alienação parental por parte do detentor do direito de visitas, na hipótese do mesmo se negar a devolver o menor no dia e horário determinados judicialmente. Recentes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul evidenciam tal situação:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO. LIMINAR. DEFERIMENTO. ADEQUAÇÃO. Quando que detém a guarda é a mãe, o pai não tem direito de levar a filha para sua visitação no final de semana, e não devolvê-la à aos cuidados da guardiã. Eventual pretensão de alteração da guarda não pode se dar "manu militari" e unilateralmente pelo pai. Ao revés, devem ser deduzidas em ação própria. Aliás, há ação própria, ajuizada e o pai/agravante não obteve liminar em seu prol. Não há prova dos alegados maus-tratos que teriam sido perpetrados pela mãe. NEGARAM PROVIMENTO.²⁰⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. RETENÇÃO INDEVIDA DO PAI. Considerando que a genitora detém a guarda do filho do casal, não comprovada situação de risco ao infante, adequada a busca e apreensão do menino em face de retenção indevida quando do exercício do direito de visita. Parecer pelo provimento. AGRAVO PROVIDO. UNÂNIME.²⁰⁵

²⁰⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70070948617. Agravante: L.L.P. Agravado: C.L.F. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 27 out. 2016. DJ 04 nov. 2016.

²⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70068227552. Agravante: R.A.F. Agravado: R.M. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 30 jun. 2016. DJ 04 jul. 2016.

Na primeira situação em análise, o genitor inclusive transferiu a menor de escola, levando-a para outro município, com o intuito de afastá-la definitivamente da genitora detentora da guarda, não tendo sequer argumentos plausíveis para tomar tal decisão. O desembargador Ivan Leomar Bruxel, no julgamento do recurso objeto da segunda ementa, alterou a decisão de 1º grau e autorizou a busca e apreensão da criança, alegando que a alteração da guarda deve ser postulada em ação própria, não podendo o genitor simplesmente exercer o direito de convivência sem limitações.

Destarte, a medida assecuratória de busca e apreensão vem sendo utilizada com o intuito de resguardar o direito de convivência, assim como impor limites ao exercício do mesmo, de acordo com o que já fora determinado anteriormente por meio de processo ou acordo judicial. Por outro lado, tal medida é uma das ferramentas cabíveis para garantir a efetivação da convivência ajustada, cabendo analisar os aspectos negativos e positivos desta tutela em face do cumprimento de sentença que versa sobre a convivência, próximo ponto deste estudo.

5.1.3. Busca e apreensão X cumprimento de sentença: efeitos práticos

Em face da regulamentação da convivência por meio de processo judicial, a sentença que fixa o arranjo da convivência constitui título executivo judicial, assim como a autocomposição judicial e o acordo extrajudicial homologado judicialmente, nos termos do artigo 515, incisos I a III, do Novo CPC.²⁰⁶ Assim sendo, o genitor visitante que tiver seu direito obstado poderá promover a execução judicial do detentor da guarda do menor.

Portanto, havendo por parte do genitor guardião uma obrigação de fazer, caberá a execução nos moldes do artigo 536 do CPC/15²⁰⁷, sendo que o §1º deste dispositivo legal determina que o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa e a busca

²⁰⁶ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa;

II - a decisão homologatória de autocomposição judicial;

III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

²⁰⁷ Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

e apreensão.²⁰⁸ Logo, o genitor se pode valer da medida de busca e apreensão ou do cumprimento de sentença de obrigação de fazer, facultada a aplicação de multa.

Cumprir analisar neste ponto os benefícios e malefícios de cada instituto processual, com base na eficácia de cada um, assim como os efeitos gerados para a criança e o adolescente. A medida cautelar de busca e apreensão, em virtude da urgência que configura pressuposto para a sua concessão, se mostra um procedimento célere, e que após o deferimento pelo juiz, é de imediata execução.

Já o cumprimento de sentença, em virtude da oportunidade de apresentação de resposta pelo executado²⁰⁹, considerando o contraditório e a ampla defesa, pode representar uma ameaça ao cumprimento da obrigação. Ademais, tende a não configurar uma forma eficaz de coagir o genitor guardião a viabilizar a convivência.

Por outro lado, não restam dúvidas quanto aos efeitos traumáticos gerados à criança com o cumprimento da medida cautelar, uma vez que é levada à força em razão de uma ordem judicial. Tal situação, somada ao afastamento da figura paterna/materna que deu origem à medida, podem trazer consequências graves ao menor. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu pelo indeferimento da medida em face dos seus efeitos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. Ausente comprovação de qualquer situação de risco envolvendo o menor, que está sob os cuidados do pai, a autorizar uma medida drástica como a busca e apreensão. Necessidade de aguardar o contraditório e realização de estudo social, evitando situação que possa causar insegurança e embaraços outros à criança. AGRAVO IMPROVIDO. UNÂNIME.²¹⁰

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. DESCUMPRIMENTO DE VISITAS PATERNAS. A visitação é estabelecida visando, primordialmente, à saúde física e mental do menino. O descumprimento da forma estipulada para a visitação paterna não acarreta na drástica medida de busca e apreensão do menor. Manutenção da decisão agravada. Agravo de instrumento desprovido.²¹¹

Como já mencionado, a multa também configura meio eficaz e menos traumático no caso de impedimento da visitação tabulada em processo judicial. A *astreinte* configura a

²⁰⁸ § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

²⁰⁹ Ver § 4º do artigo 536 c/c artigo 525 do Novo CPC.

²¹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70068887611. Agravante: L.R.T.R. Agravado: J.C.F.M. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 11 ago. 2016. DJ 17 ago. 2016.

²¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70068251750. Agravante: C.J. Agravado: L.T.S.N. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 16 mar. 2016. DJ 21 mar. 2016.

multa que se destina a forçar o devedor a cumprir a obrigação, e não reparar o dano decorrente do seu inadimplemento.²¹²

Importante salientar, outrossim, que o genitor guardião também poderá executar o detentor do direito de convivência, caso o mesmo deixe de procurar o filho no período ajustado para tanto. Este instituto processual, portanto, é instrumento para a garantia do direito de convivência atribuído ao menor, até mesmo em caso de descumprimento pelo outro genitor.

Finalmente, ainda que a escolha do meio processual para a satisfação do direito seja do genitor lesado, deverá o magistrado levar em consideração as circunstâncias do caso concreto para o deferimento da medida de busca e apreensão, tendo em vista os efeitos para aquele que deve ser protegido. Tais consequências, dependendo da situação fática, poderão ser negativas ou positivas, ainda que o uso de força policial seja um trauma considerável para a criança, devendo ser sopesado pelo futuro autor da tutela de urgência.

5.2. DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

5.2.1. Natureza jurídica

Primeiramente, antes de tratar do conceito e principais características dos alimentos gravídicos, faz-se necessário falar sobre a sua natureza jurídica, ainda controversa na doutrina. Sendo assim, a inclusão deste tópico no presente trabalho, atribuindo natureza cautelar aos alimentos gravídicos, não afasta a visão deste instituto como medida satisfativa, apenas dá ênfase a sua finalidade e conteúdo como medida de urgência.

Podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que a tutela dos alimentos gravídicos é considerada uma medida emergencial aplicável no âmbito do Direito de Família e que exige procedimento próprio, elegendo-se a proteção da vida em detrimento do patrimônio.²¹³

Em que pese o conflito em torno da natureza jurídica da medida, esta é de extrema importância para o Direito de Família, uma vez que inovou no sentido da proteção dos direitos do nascituro. Ainda, trouxe consigo aspectos importantes e polêmicos para a jurisprudência, os quais serão analisados a seguir.

²¹² BUENO, Cassio Scarpinella. **Código de Processo Civil Interpretado**. Coordenação Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1474.

²¹³ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos bocados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 59.

5.2.2. Características

Os alimentos gravídicos decorrem da provável relação de paternidade, sendo considerados uma obrigação alimentar legítima. Tal prestação tem a finalidade de cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao momento do parto.²¹⁴

A legislação atribui, portanto, legitimidade processual ao nascituro, representado pela genitora, para postular alimentos em face do suposto pai, com o escopo de garantir o andamento saudável da gestação e os cuidados necessários até o nascimento da criança.

O artigo 2º da Lei 11.804/08 elenca como despesas da concepção ao parto: alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e, a critério do médico, demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis.

Ocorre que o rol das despesas a serem atendidas, presente no artigo 2º da Lei 11.804/08, não é taxativo, ainda que haja uma demarcação legal do seu limite. Isto porque podem ser consideradas outras despesas pertinentes, desde que sejam gastos com a gravidez e não relativos à gestante.²¹⁵

Ademais, ainda que o legislador não tenha explicitado, a fixação do *quantum* deve atender ao binômio necessidade *versus* possibilidade, norteador da obrigação alimentar nas relações familiares. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim decidiu recentemente, em diversos julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. READEQUAÇÃO DO QUANTUM DO PENSIONAMENTO. CABIMENTO. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. DEFERIMENTO. 1. Em observância ao binômio alimentar, aos ganhos mensais do alimentante e ao fato de que se trata a filho único, sem necessidades especiais, merecem redução os alimentos fixados em 30% para o patamar de 20% dos rendimentos líquidos do alimentante. Precedentes desta Corte. 2. Tendo a parte agravante demonstrado a sua insuficiência de recursos para suportar os valores das despesas processuais, restam satisfeitos os requisitos para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.²¹⁶

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. 1. Não se conhece do recurso na parte que requer o pagamento de 50% das despesas com o parto, visto que tal pleito não foi deduzido na origem, de forma que qualquer manifestação quanto a isto significaria ofensa ao duplo grau de jurisdição. 2. Admitida

²¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 575.

²¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos bocados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 61.

²¹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70066355751. Agravante: A.A. Agravado: D.S.R. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 12 nov. 2015. DJ 17 nov. 2016.

extrajudicialmente a paternidade, a fixação de alimentos gravídicos é medida que se impõe, nos termos do art. 6º da Lei nº 11.804/2008. 3. Considerando a prova inequívoca de que, em razão do estado gestacional a agravante teve que mudar de cidade, não possuindo atualmente renda, impõe-se ao agravado o pagamento da integralidade das despesas de gravidez e, ao menos em parte, das despesas da genitora. Tendo em vista, também, o fato de que o agravado recebe salário bruto de R\$ 18.496,00, de acordo com a declaração subscrita em fevereiro de 2014, adequado fixar os alimentos gravídicos em 20% da sua renda líquida (bruto menos os descontos obrigatórios previdenciário e IR), no valor máximo (teto) de R\$ 3.000,00. Este valor, aliado à contribuição familiar da agravante, é suficiente, em princípio, para as despesas de gravidez e de sustento da agravante. CONHECERAM EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.²¹⁷

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. MAJORAÇÃO. ADEQUAÇÃO. Caso de gravidez de alto risco que justifica a majoração dos alimentos gravídicos, de 01 para 02 salários-mínimos. Ainda mais especialmente porque o alimentante não trouxe prova de que não tenha possibilidade de pagar a quantia majorada. O comprovante de pagamento de pró-labore, quando é o único elemento de convicção sobre possibilidades, tem reduzido poder probatório. Precedentes. NEGARAM PROVIMENTO.²¹⁸

Nos três casos em comento, houve a adequação da verba a título de alimentos gravídicos a fim de atender às necessidades da genitora e às possibilidades do alimentante, considerando as despesas necessárias para a gestação. Da análise da primeira ementa, verifica-se que o Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl decidiu no sentido de reduzir a verba alimentar, em razão da ausência de provas acerca de gastos extraordinários com a gestação.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 70064920002, conforme depreende-se da ementa acima colacionada, a Oitava Câmara Cível do TJ/RS, à unanimidade, deu provimento ao recurso da agravante/gestante, a fim de majorar o valor fixado a título de alimentos gravídicos. Isto porque o valor ofertado pelo genitor não representava sequer 6% dos seus rendimentos; também porque a autora havia alterado seu domicílio e, aliado ao estado gestacional, estava impossibilitada de exercer atividade laborativa.

Como se observa do último julgado, de relatoria do Desembargador José Pedro de Oliveira Eckert, também houve a majoração do valor dos alimentos, em virtude de tratar-se de gravidez de alto risco. Assim sendo, o valor dos alimentos gravídicos deve estar em consonância com o caso concreto.

Embora não haja uma relação parental estabelecida, se estabelece um dever de amparo à gestante; por isto, a lei exige indícios da paternidade e não a prova de sua existência. Nesse sentido, Maria Berenice Dias ressalta que tais indícios estão diretamente relacionados com o

²¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70064920002. Agravante: J.R.B.B. Agravado: R.H.P.C. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 02 jul. 2015. DJ 08 jul. 2015.

²¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70062782560. Agravante: V.R. Agravado: F.S. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert. Porto Alegre, 12 fev. 2015. DJ 24 fev. 2015.

reconhecimento social de uma convivência afetiva do casal, circunstância nem sempre apta à comprovação, tendo em vista a recorrente prática do “sexo casual” nos dias de hoje.²¹⁹

Da análise do julgamento do Agravo de Instrumento nº 70069987790²²⁰ pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, de relatoria do Desembargador Rui Portanova, observa-se que o órgão julgador adota posicionamento no sentido de efetuar uma análise não tão rigorosa dos indícios da paternidade para a fixação dos alimentos gravídicos. Conforme os argumentos utilizados na decisão, a gestante acostou aos autos provas suficientes da suposta paternidade, tais como declarações de duas testemunhas acerca do relacionamento estável vivenciado pelas partes e, em especial, publicação feita pelo provável genitor em rede social da internet que dava conta de evidenciar o relacionamento amoroso à época da concepção da criança.

Destarte, os indícios da paternidade devem vir comprovados de forma simples, aspecto analisado em cognição sumária e que exige maleabilidade por parte dos julgadores. Por óbvio, deve se estabelecer um limite, garantindo o direito da gestante e do nascituro, mas ao mesmo tempo não abrindo margem para o deferimento de todo e qualquer pedido semafundamentação probatória mínima.

5.2.3. Legitimidade ativa e passiva

Quem dispõe de legitimidade ativa para a demanda é a gestante, sendo que Maria Berenice Dias alega que a mesma promove a ação em nome próprio²²¹, enquanto Lúcio Delfino sustenta que o nascituro também tem interesse de agir, em litisconsórcio ou não.²²² De qualquer forma, a partir do nascimento há a alteração do polo ativo da demanda, passando o filho a figurar como autor, tornando-se credor dos alimentos em nome próprio.

²¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos bocados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 60.

²²⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE PATERNIDADE. O requisito exigido para a concessão dos alimentos gravídicos é de que a parte requerente demonstre "indícios de paternidade", nos termos do art. 6º da Lei nº 11.804/08. O exame de tal pedido, em sede de cognição sumária, sob pena de desvirtuamento do espírito da Lei, não deve ser realizado com extremo rigor, tendo em vista a dificuldade em produzir prova escorreita do alegado vínculo parental. Caso em que a mensagem postada pelo agravado no "facebook", à época em que a agravante engravidou, s declarações juntadas aos autos, bem como as declarações de duas pessoas, dando conta de que as partes mantiveram relacionamento público e estável, conferem verossimilhança à alegação de paternidade do réu e autorizam o deferimento dos alimentos gravídicos, em sede liminar. Os alimentos vão fixados em 20% da renda líquida do alimentante, na linha de precedentes desta Corte, que entendem suficiente o referido percentual para apenas um filho, sem necessidades especiais. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70069987790. Agravante: N.T.N. Agravado: L.S.S. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 11 ago. 2016. DJ 16 ago. 2016.)

²²¹ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos bocados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 61.

²²² DELFINO, Lúcio. **Direito processual civil**: artigos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 162.

Assim dispõe o parágrafo único do artigo 6º da Lei 11.804/08, referindo que “após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão”. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, os alimentos gravídicos mudam de natureza quando do nascimento, pois convertem-se em favor do filho, apesar de o encargo do poder familiar ter parâmetro diverso, pois deve garantir ao credor o direito de desfrutar da mesma condição social do devedor.²²³

Tendo em vista a alteração do autor da Ação de Alimentos, nada impede que os valores estabelecidos posteriormente – a partir do nascimento – sejam diversos dos atinentes ao período gestacional. Importante frisar, nesse aspecto, que após o nascimento desaparece a possibilidade de fazer uso do rito especial dos alimentos gravídicos.

Quanto ao polo passivo, o parágrafo único do artigo 2º da Lei 11.804/08 assevera que os alimentos devem ser custeados pelo futuro pai.²²⁴ Porém, Maria Berenice Dias salienta a possibilidade de aplicação supletiva da lei civil, que impõe a obrigação complementar de outros familiares em caráter subsidiário, como os avós. Já Carlos Roberto Gonçalves limita a legitimidade passiva exclusivamente ao suposto pai, não se estendendo a outros parentes do nascituro.

5.2.4. Aspectos processuais e a Lei 11.804/08

A petição inicial da ação de alimentos gravídicos deve vir instruída com a comprovação da gravidez e dos indícios da paternidade do demandado. Segundo o artigo 7º da Lei 11.804/08, é concedido o prazo de cinco dias para o réu oferecer resposta, podendo o magistrado fixar prazo diverso. Apesar da divergência acerca do termo inicial dos alimentos gravídicos, assim leciona Maria Berenice Dias:

Em face do seu caráter indenizatório, melhor é a tese de que são devidos a partir da concepção. Embora omissa a lei, a fixação dos alimentos é liminar, *initio litis*, antes mesmo da contestação, pela natureza cautelar e urgente do provimento. Para a concessão da tutela antecipada cabe a aplicação supletiva da regra geral, pois há urgência na pretensão, cuja finalidade é salvaguardar o direito à vida.²²⁵

²²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 576.

²²⁴ Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

²²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos bocados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 63.

Imperioso ressaltar, nesse sentido, a visão da referida autora dos alimentos gravídicos como provimento urgente e cautelar, que autorizaria o termo inicial dos alimentos em momento anterior à contestação. Tal concepção se coaduna com o tratamento deste tópico no presente estudo, em virtude do caráter emergencial da medida.

Além disso, há a possibilidade da imposição de pagamento de quantias específicas referentes a despesas pontuais. Pode também o magistrado determinar que o alimentante proceda ao pagamento direto de determinadas despesas, o que consiste em alimentos *in natura* e em obrigação de fazer.

No tocante à competência, a gestante dispõe de privilégio de foro, nos termos do artigo 53, inciso II, do Novo CPC²²⁶. No entanto, trata-se de competência relativa, podendo a autora propor a ação no domicílio do alimentante.

Ocorrendo a interrupção da gravidez, a ação perde o objeto. No entanto, deve-se distinguir duas situações: em caso de aborto, enquanto tramita a ação de alimentos gravídicos, há a perda do objeto, ensejando a extinção da mesma. Se o aborto ocorrer após o final da ação que fixou os alimentos, é necessário que o alimentante proponha ação de exoneração do encargo alimentar, pois a mera informação da interrupção da gravidez não enseja o desfazimento da obrigação.²²⁷ das

Por fim, havendo inadimplemento por parte do demandado, mesmo após o nascimento, cabe a execução por quaisquer modalidades legais, inclusive pelo rito da coação pessoal. Isto porque, independentemente de os alimentos gravídicos não possuírem tecnicamente natureza alimentar, o direito da credora de perseguir os valores devidos não pode ser afastado, principalmente em virtude dos fins a que se destinam.

5.2.5. Improcedência da ação e a responsabilização da gestante

Conforme já mencionado, a fixação de alimentos gravídicos baseia-se em indícios da paternidade, podendo esta ser afastada posteriormente mediante exame de DNA. Um ponto que gera intensa discussão diz respeito aos efeitos decorrentes da negativa de paternidade, especialmente em relação à responsabilidade civil da genitora.

Diante do afastamento da paternidade, cessa a obrigação pelo pagamento do encargo, não cabendo a propositura de ação de repetição de indébito por parte do suposto pai a fim de

²²⁶ Art. 53. É competente o foro: [...]

II - de domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos;

²²⁷ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos bocados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 64.

obter a devolução dos valores recebidos. Em que pese os alimentos sejam irrepetíveis, em caso de improcedência da ação cabe analisar a postura da postulante.²²⁸

O projeto de lei que resultou na Lei 11.804/08 previa no artigo 10 a responsabilização da autora em danos materiais e morais causados ao réu, em caso de resultado negativo do exame de paternidade. Ocorre que tal dispositivo foi vetado, pois afrontava o princípio constitucional do acesso à justiça, prevendo a obrigação da gestante de indenizar o suposto pai pelo simples fato de ter ajuizado a demanda em face daquele.²²⁹ As razões do veto foram as seguintes:

“Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação.”

Portanto, afastada a responsabilidade objetiva da autora da ação de alimentos gravídicos, resta a discussão acerca de a mesma ser responsabilizada com base no artigo 186 do Código Civil²³⁰, que exige prova de dolo ou culpa. Para Carlos Roberto Gonçalves, somente o dolo ou a culpa grave serviriam como fundamento para a condenação da gestante, sendo que as culpas leve e levíssima devem ser afastadas, sob pena de se criar uma excessiva restrição ao direito de postular em juízo.²³¹ Nesse sentido:

Na discussão do ressarcimento dos valores pagos e danos morais em favor do suposto pai, de regra, não cabe nenhuma das duas possibilidades, primeiro, por haver natureza alimentar no instituto, segundo por ter sido excluído o texto do projeto de lei que previa tais indenizações. Porém, se confirmada, posteriormente, a negativa da paternidade, não se afasta esta possibilidade em determinados casos. Além da má-fé (multa por litigância ímproba), pode a autora (gestante) ser também condenada por danos materiais e/ou morais se provado que ao invés de apenas exercitar regularmente seu direito, esta sabia que o suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente. Isto, sem dúvidas, se ocorrer, é abuso de direito (art. 187 do CC), que nada mais é, senão, o exercício irregular de um direito, que, por força do próprio artigo e do art. 927 do CC, equipara-se ao ato ilícito e torna-se fundamento para a responsabilidade civil.²³²

²²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos bocados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

²²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 578-579.

²³⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 579.

²³² FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/08: primeiros reflexos**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero7/alimentos.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

Sendo assim, como referido anteriormente, agindo a gestante de má-fé, ou seja, tendo conhecimento acerca da paternidade e ajuizando a demanda contra pessoa diversa, resta comprovada a conduta que ultrapassa o simples exercício regular do direito de ação, sendo cabível sua responsabilização por tal conduta.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível nº 0018142-48.2012.8.26.0223, de relatoria do Desembargador José Carlos Ferreira Alves, decidiu pela manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais e materiais na oportunidade de ajuizamento de alimentos gravídicos pela gestante. O relator, com base no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, afirmou que o simples ajuizamento de ação não gera o dever de indenizar, em homenagem ao exercício regular de direito.²³³

Assim sendo, a jurisprudência brasileira entende pela necessidade de averiguar dolo ou culpa da gestante a fim de responsabilizá-la na hipótese da negativa de paternidade, em homenagem ao direito de ação. Ainda, verifica-se que os alimentos gravídicos constituem um instrumento para o bom desenvolvimento da gestação e que garante os direitos do nascituro, podendo ser convertido posteriormente em alimentos para o filho menor.

Destarte, conforme salientado anteriormente, em que pese a natureza jurídica controvertida dos alimentos gravídicos, a sua finalidade, bem como o procedimento utilizado, justificam sua classificação como medida cautelar, em face da urgência que o caso exige e os problemas que podem ser gerados ao bebê em caso da ausência da prestação dos alimentos.

²³³ APELAÇÃO CÍVEL. Ação de indenização por danos materiais e morais. Sentença de improcedência. Manutenção. Hipótese em que a ora ré ajuizou ação de alimentos gravídicos contra o autor. Simples ajuizamento de ação que não gera dever de indenizar. Exercício regular de direito. Recurso não provido. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 0018142-48.2012.8.26.0223. Apelante: Sidnei da Conceição Carmo. Apelada: Ester Tenorio. Relator: José Carlos Ferreira Alves. São Paulo, 20 out. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8904464&cdForo=0>>. Acesso em: 02 dez. 2016.)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo realizar um estudo acerca das medidas cautelares aplicáveis ao Direito de Família, assim como examinar os procedimentos atinentes a cada uma das medidas, analisando a (in)aplicabilidade das cautelares frente a nova legislação processual civil e a considerável modificação quanto às tutelas cautelares. Da mesma forma, pretendeu efetuar uma análise jurisprudencial sobre duas medidas de extrema importância para o Direito de Família: a busca e apreensão de menor e os alimentos gravídicos.

De plano, realizou-se um estudo sobre a origem da família e sua evolução histórica, desde a família consanguínea, passando pelos modelos punaluno, sindiásmico e monogâmico até a concepção de família no Direito Romano e Canônico. Ainda, trabalhou-se o abandono do modelo patriarcal e matrimonial, abordando-se a constituição familiar por meio do afeto, consagrada através da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

Assim sendo, falou-se acerca da importância do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, com a aplicação de diversos princípios constitucionais ao Direito de Família, consolidando-se modificações profundas nas relações familiares, uma vez que passou-se a valorizar o indivíduo em detrimento da instituição familiar. Outrossim, destacou-se a necessidade atual de tutelar direitos sem previsão normativa expressa, mas que diante das múltiplas formas de constituição familiar exigem a proteção do Estado.

Ao final do estudo da família como instituição jurídica, verificou-se, ainda, a estreita relação existente entre o modelo atual de família – ou “famílias” –, os conflitos emergidos do seio familiar e a busca ao Poder Judiciário a fim de obter soluções, na maioria dos casos, emergenciais. Neste contexto, inseriu-se o uso da medida cautelar, utilizada para assegurar direitos patrimoniais e existenciais no âmbito do Direito de Família.

Ainda na primeira parte, adentrou-se na possível conceituação de medida cautelar, asseverando sua finalidade e principais características conforme ensinamentos da doutrina brasileira. Também realizou-se uma análise comparativa entre as tutelas cautelar e antecipada, visto que a primeira tem a função de acautelar o direito material, enquanto a segunda já o garante de plano.

Falou-se, outrossim, na atual unificação destes institutos na tutela de urgência, presente no Novo CPC, sendo uma espécie do gênero tutela provisória, uma vez que a tutela antecipada também pode ser fundada na evidência. Nesse sentido, ressaltou-se o abandono do

tratamento específico às tutelas cautelares, sendo basicamente tratadas de forma genérica no dispositivo legal referente à tutela provisória fundada na urgência e em artigos esparsos.

Embora recente, falou-se acerca dos aspectos negativos e positivos desta alteração, elencando a opinião de processualistas acerca do tema, examinando-se, portanto, as consequências práticas da ausência de procedimento específico para as medidas cautelares no CPC/15. A aplicabilidade de tais medidas, bem como a forma de postulá-las em juízo será delineada pela jurisprudência, mas que deverá sempre atender aos interesses das partes, abandonando o formalismo.

Na segunda parte do trabalho, tratou-se de forma detalhada das características de cada medida cautelar aplicável ao Direito de Família, destacando-se as medidas provisionais, muito utilizadas neste ramo do Direito. Dessa forma, foi tomado como base o Código de Processo Civil de 1973, não excluindo-se, todavia, uma possível analogia com os dispositivos legais da nova legislação.

Por fim, através de análise jurisprudencial, foram examinadas duas medidas de extrema importância aos interesses das crianças e adolescentes, quais sejam, a busca e apreensão de menor e os alimentos gravídicos.

Com a finalidade de contextualizar a medida de busca e apreensão, falou-se do direito de convivência, atribuído aos genitores no caso do ajuste da guarda – unilateral ou compartilhada. Nesse interim, tratou-se do fenômeno da alienação parental, o qual, na maioria dos casos, obstaculiza o direito de convivência ou exorbita o exercício do mesmo.

Após a abordagem destes pontos, introduziu-se o uso desta tutela cautelar para garantir o direito de visitação ou impor limites ao genitor que se mostra resistente no momento da devolução da criança ou adolescente ao detentor da guarda. Sendo assim, tratou-se da possibilidade de formular em juízo o pedido de suspensão de visitas, decisão que deve ser tomada com cautela pelo magistrado, diante de um contexto probatório suficiente, com a finalidade de resguardar os interesses da criança e do adolescente.

Por fim, ainda no tocante à medida cautelar de busca e apreensão, realizou-se uma comparação entre a medida e o cumprimento de sentença de obrigação de fazer na hipótese de descumprimento do que restou acordado em relação à convivência. Neste ponto, destacou-se a celeridade e efetividade da cautelar, em detrimento dos efeitos traumáticos para a criança e o adolescente, em virtude do uso de força policial ou pelo simples fato de ser retirado da companhia de um dos genitores por ordem judicial.

Ao falar-se da disciplina jurídica dos alimentos gravídicos, primeiramente salientou-se a natureza jurídica ainda controversa do instituto. Em que pese parte da doutrina alegue que a

medida é de cunho satisfativo, dispensando a interposição de outra demanda, a inserção deste instituto jurídico no presente trabalho possui relação direta com o caráter emergencial dos alimentos gravídicos e a sua importância para o Direito de Família.

Superada a controvérsia acerca da natureza jurídica dos alimentos gravídicos, alguns aspectos relevantes sobre o tema foram tratados, como a mera comprovação da gravidez e indícios da paternidade para o deferimento dos alimentos, assim como a aplicabilidade pelo TJ/RS do binômio necessidade *versus* possibilidade no momento da fixação da verba alimentar. Ainda, falou-se acerca dos ocupantes dos polos ativo e passivo da demanda, abordando a possibilidade de ajuizar a ação em face de familiares do suposto pai, ponto controvertido em face da lacuna da lei.

Ainda, foram salientados aspectos processuais, ligados à Lei 11.804/08, a qual trata sobre a disciplina jurídica dos alimentos gravídicos. Por derradeiro, realizou-se um exame da possibilidade de responsabilização da gestante em caso da negativa de paternidade do demandado, sendo que a jurisprudência prioriza o direito de ação, esculpido na Constituição Federal, sendo necessário averiguar dolo ou culpa da gestante a fim de responsabilizá-la por danos materiais ou morais.

Assim sendo, as medidas cautelares são de extrema relevância para o Direito de Família, muito embora tenham sido sistematizadas de forma genérica no Novo CPC. Independente de forma, o uso da tutela cautelar deve se manter intacto, alterando-se apenas o fundamento legal para a postulação da mesma. Nesse aspecto, caberá ao magistrado delinear o procedimento e as formas de cumprimento de cada medida, respeitando os ditâmes legais e o direito da parte interessada.

REFERÊNCIAS

BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no Código de Processo Civil: sistematização e exegese**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick. **Direito de Família em perspectiva constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Planalto**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Lei n. 11.804, de 05 de novembro de 2008. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11804.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Planalto**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Planalto**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 maio 2011. DJe 13 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ. Arguinte: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 05 maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela antecipada, tutela cautelares, procedimentos cautelares específicos**. v. 4. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Código de Processo Civil Interpretado**. Coordenação Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2008.

BURGER, Marcelo Luiz Francisco de Macedo. As cautelares e a antecipação da tutela no Direito de Família: notas comparativas entre o Código Buzaid e o Novo Código de Processo Civil sob as lentes do Direito de Família. **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**, Belo Horizonte, v. 13, p. 151-171, jan./fev. 2016.

CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudiosistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires: EBA, 1945.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. III. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. v. 5. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELFINO, Lúcio. **Direito processual civil: artigos e pareceres**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos aos bocados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Direitos das Famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

DILL, Michelle Amaral; CALDERAN, ThanabiBellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em: 29 ago. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família da propriedade privada e do Estado**: Texto Integral. Traduzido por Ciro Mioranza. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, v. 2. 2. ed. rev. São Paulo: Escala, 1984.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos e a Lei 11.804/08**: primeiros reflexos. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero7/alimentos.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família: as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. v. 6. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORON, Lívio Goellner. **Tutela Específica de Urgência**: Antecipação da tutela relativa aos direitos e deveres de fazer e de não fazer. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GUAZZELLI, Mônica. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf. **Direitos fundamentais do direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 321-340.

LUNA, Ana Paula de Jesus Passos. **O novo conceito de família**: evolução e repercussão histórica no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,o-novo-conceito-de-familia-evolucao-historica-e-repercussao-no-ordenamento-juridico-brasileiro,29529.html>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo cautelar**. v. 4. 3. ed. rev. e atual. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

_____; _____. MITIDIERO, Daniel Francisco. **O novo processo civil**: atualizado com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; _____. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Euclides de. Alienação Parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e responsabilidade**: Teoria e Prática do Direito de Família. Porto Alegre: Magister, 2010. p. 231-257.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Das medidas cautelares nas questões de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Cautelares em Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70062782560. Agravante: V.R. Agravado: F.S. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert. Porto Alegre, 12 fev. 2015. DJ 24 fev. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70063381339. Agravante: AG.S. Agravado: S.C. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 26 fev. 2015. DJ 03 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70063385298. Agravante: R.O. Agravado: E.V.S.C. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 29 abr. 2015. DJ 08 maio 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n° 70064656341. Agravante: C.F.I. Agravado: R.T.S. Relator: AlzirFelippeSchmitz, Porto Alegre, 16 jul. 2015. DJ 22 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70064920002. Agravante: J.R.B.B. Agravado: R.H.P.C. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 02 jul. 2015. DJ 08 jul. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70066355751. Agravante: A.A. Agravado: D.S.R. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 12 nov. 2015. DJ 17 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70067550228. Agravante: E.A. Agravado: E.P.O. Relatora: LiselenaSchifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 11 dez. 2015. DJ 15 dez. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70067827527. Agravante: R.R. Agravado: D.O.B. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 16 mar. 2016. DJ 21 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70068227552. Agravante: R.A.F. Agravado: R.M. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 30 jun. 2016. DJ 04 jul. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70068251750. Agravante: C.J. Agravado: L.T.S.N. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 16 mar. 2016. DJ 21 mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70068887611. Agravante: L.R.T.R. Agravado: J.C.F.M. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Porto Alegre, 11 ago. 2016. DJ 17 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70069987790. Agravante: N.T.N. Agravado: L.S.S. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 11 ago. 2016. DJ 16 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70070114772. Agravante: O.F. Agravado: A.C.M.F. Relator: Sandra Brisolará Medeiros. Porto Alegre, 28 set. 2016. DJ 30 set. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70069987790. Agravante: N.T.N. Agravado: L.S.S. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 11 ago. 2016. DJ 16 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70070789995. Agravante: T.C.S. Agravado: W.B.P. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 26 out.2016. DJ 31 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70070948617. Agravante: L.L.P. Agravado: C.L.F. Relator: Rui Portanova. Porto Alegre, 27 out. 2016. DJ 04 nov. 2016.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Tutelas de urgência**: Sistematização das liminares de acordo com o projeto de novo CPC. São Paulo: Atlas, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 0018142-48.2012.8.26.0223. Apelante: Sidnei da Conceição Carmo. Apelada: Ester Tenorio. Relator: José Carlos Ferreira Alves. São Paulo, 20 out. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8904464&cdForo=0>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

SCARPARO, Eduardo. A supressão do processo cautelar como *tertium genus* no Código de Processo Civil de 2015. In: BOECKEL, Fabrício Dani de; ROSA, Karin Regina Rick; SCARPARO, Eduardo Kochenborger (orgs.). **Estudos sobre o novo código de processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 107-132.

SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de Processo Civil**: Processo Cautelar (Tutela de Urgência). v. 3. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Do processo cautelar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VILELLA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: Repensando o direito de família. **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WALD, Arnaldo. **O novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.