

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO

TUTELA ANTECIPADA E ALIMENTOS

VANESSA ULIAN CARDOSO

Presidente Prudente/SP
2003

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO

TUTELA ANTECIPADA E ALIMENTOS

VANESSA ULIAN CARDOSO

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Luciano de Souza Pinheiro.

Presidente Prudente/SP

2003

TUTELA ANTECIPADA E ALIMENTOS

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Luciano de Souza Pinheiro

1º Examinador: Dr. Eduardo Gesse

2º Examinador: Dr. Edson Freitas de Oliveira

Presidente Prudente, 3 de dezembro de 2003.

Temos que lutar para conseguir chegar a nossos objetivos, e temos que nos preparar para os tombos que eventualmente ocorrerem.

Dalai Lama

Agradecimentos

Agradeço a Deus,

por mostrar-me o caminho a ser seguido;

Aos meus pais,

a quem mais amo, por todos os anos de esforços e dedicação e amizade;

Ao meu irmão,

amigo e companheiro, a quem quero bem;

A minha “Vózinha” (in memoriam),

por todas as palavras de incentivo;

Ao mestre, Dr. Gesse, por todos os ensinamentos.

Ao meu orientador, Dr. Luciano,

pelos conhecimentos transmitidos e pelo tempo dedicado à minha orientação.

RESUMO

A presente pesquisa enfoca duas matérias de grande importância no sistema jurídico brasileiro: a tutela antecipada e os alimentos. O primeiro foi inserido em nosso sistema processual com a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, conferindo nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, como forma de garantir a efetividade da tutela jurisdicional final, quando o direito líquido e certo do autor estiver na iminência de sofrer dano grave ou de difícil reparação ou de conduta inaceitável do réu; o segundo, matéria de grande relevância no Direito de Família, haja vista sua finalidade de garantir a subsistência da parte impossibilitada de manter-se por seus próprios meios, desde que esteja presente o binômio necessidade-possibilidade.

Nesta monografia, buscou-se caracterizar, de uma forma geral, ambos os institutos, com seus principais aspectos, natureza jurídica, importância e pressupostos, a fim de iniciar o leitor ao conhecimento da matéria, sem a pretensão de exaurir todas as suas controvérsias.

Ao final, foi dado um enfoque especial aos alimentos provisórios e provisionais, suas diferenças e semelhanças, demonstrando algumas hipóteses de incidência do instituto da antecipação da tutela em sede de alimentos.

Dessa feita, procurou o trabalho proporcionar uma visão panorâmica a respeito de ambos os institutos, investigando a tutela antecipada no que tange aos alimentos provisórios, nos termos da Lei nº 5.478/68, bem como no que concerne aos alimentos provisionais, de acordo com o artigo 852, III, do Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela antecipada; Alimentos; Efetividade; Dano grave; Difícil reparação; Subsistência; Binômio necessidade-possibilidade.

Abstract

The presente research focalize two subjects of huge importance in the brasilien judicial system: the interlocutory injunction and the aliments. The first was introduced in our processual system with the Law n° 8.952, december 13 of 1994, awarding new redaction to the article 273, of the Civil Process Code, like form of guarantee the final jurisdictional protection effectivit, when the liquid and certain right of the author has be in the imminence of suffer serius damage or difficult reparation or unacceptable accused behavior; the second, subject of huge relevance in the Family Right, as long as your finality of guarantee the subsistence of the impossibility part of keep yourself by your own ways, since has be present the binomial necessity-possibility.

In this monograph, was searched characterize, in a general form, both the subjects, with yours essentials aspects, juridical nature, importance and pressuposts, in order of beginning the reader to the subject knowledge, without a pretension of exhaust all the yours controversies.

By the end, was given a special focus to the provisories and provisionals aliments, your differences and similarities, showing some hypothesis of incidence and similarities injunction subject on seat of aliment.

Afterwards, the research looked for provide a panoramic view concerning about both subjects, investigating the interlocutory injunction on the strike to the provisories aliments, on the terms of the Law n 5.478/68, as well as on the concern of the provisionals aliments, according to the article 852, III, of the Civil Process Code.

KEYWORDS: Interlocutory injunction; Aliments; Effectivit; Serius damage; Difficult reparation; Subsistence; Binomial necessity-possibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA	13
2 DA TUTELA ANTECIPADA.....	17
2.1 Considerações gerais.....	17
2.2 Conceito	19
2.3 Breves considerações sobre a antecipação dos efeitos da sentença no ordenamento estrangeiro	21
2.3.1 Na França.....	21
2.3.2 Na Alemanha e na Áustria.....	22
2.3.3 Na Inglaterra e nos Estados Unidos.....	23
2.3.4 Na Itália.....	23
2.4 Origens da tutela antecipatória no direito brasileiro	24
2.5 Justificativa político-jurídica da antecipação da tutela.....	25
2.6 Antecipação da tutela como forma de harmonização entre os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica.....	26
2.7 A antecipação dos efeitos da tutela como instrumento para a efetividade do processo.....	28
2.8 Natureza jurídica	30
2.9 Tutela cautelar e tutela antecipada: diferenças e semelhanças	33
2.10 Fungibilidade das medidas cautelares e satisfativas.....	36
2.11 Requisitos para a concessão	38
2.11.1 Regularidade do processo e condições da ação	39
2.11.2 Requerimento da providência e a outorga “ex officio”	40
2.11.3 Prova inequívoca.....	41
2.11.4 Verossimilhança da alegação.....	43
2.11.5 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação	44
2.11.6 Abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu	46
2.11.7 A tutela antecipada da parte incontroversa	48
2.12 Características.....	51
2.12.1 Urgência.....	51
2.12.2 Sumariedade formal e material	51
2.12.3 Revogabilidade e modificabilidade	52

2.12.4 Satisfatividade fática.....	54
2.12.5 Preventividade	56
2.12.6 Provisoriedade	56
2.12.7 Reversibilidade	58
2.13 A concessão da tutela antecipada	60
2.13.1 Nas ações condenatórias	60
2.13.2 Nas ações constitutivas	61
2.13.3 Nas ações declaratórias	63
2.14 Extensão da tutela antecipatória	65
2.15 Eficácia da antecipação dos efeitos da tutela.....	65
2.16 Momento da antecipação.....	66
2.17 Execução da tutela antecipada.....	71
2.18 Necessidade de fundamentação da decisão antecipatória	72
3 ALIMENTOS	75
3.1 Evolução histórica dos alimentos.....	75
3.1.1 No direito romano	75
3.1.2 No direito canônico.....	76
3.1.3 No direito brasileiro	76
3.2 Conceito de Alimentos	78
3.3 Classificação	80
3.3.1 Quanto à causa jurídica.....	80
3.3.2 Quanto à natureza jurídica	81
3.3.3 Quanto à finalidade	81
3.3.4 Quanto ao momento da prestação.....	84
3.3.5 Quanto às modalidades	85
3.4 Características do direito a alimentos.....	85
3.4.1 Personalíssimo	85
3.4.2 Irrenunciável e preferencial	86
3.4.3 Transmissível	87
3.4.4 Incessível	88
3.4.5 Impenhorável	88
3.4.6 Incompensável	89
3.4.7 Intransacionável	90
3.4.8 Irrestituível.....	90

3.4.9 Imprescritível	90
3.4.10 Atual.....	91
3.4.11 Divisibilidade.....	91
3.4.12 Periodicidade e alternatividade.....	91
3.5 Características da obrigação legal de alimentos	92
3.5.1 Condicionabilidade	92
3.5.2 Variabilidade.....	94
3.5.3 Reciprocidade	95
3.6 Formas de obrigação alimentar.....	96
3.7 Pressupostos da obrigação alimentar.....	97
3.8 Natureza jurídica dos alimentos.....	100
3.9 Modalidades de alimentos.....	103
3.9.1 Parentesco	103
3.9.2 Dissolução da sociedade conjugal	107
3.9.3 Dissolução da união estável.....	109
3.10 Revisão, exoneração e extinção dos alimentos.....	111
3.11 Execução da obrigação alimentar	114
4 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E ALIMENTOS	116
4.1 Alimentos liminares	116
4.2 Alimentos provisórios e provisionais.....	117
4.3 A antecipação dos efeitos da tutela e os alimentos.....	119
4.4 Cabimento da tutela antecipatória de alimentos	123
5 CONCLUSÃO.....	127
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	129

Introdução

Este trabalho reporta-se à análise do instituto da tutela antecipada, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 8.952/94, tendo sido submetido à inovações com a Lei 10.444/02, presente no artigo 273 do Código de Processo Civil.

A inserção da medida antecipatória em nosso sistema processual representou grande evolução na tentativa de superar a morosidade processual reinante. Há tempos, buscava-se um instituto capaz de superar tal problemática.

Por este instituto, é permitido ao juiz, desde que requerido pela parte, bem como preenchidos determinados requisitos indispensáveis, por intermédio de uma cognição sumária, antecipar os efeitos práticos da tutela jurisdicional final, total ou parcialmente, a fim de garantir a efetividade e utilidade do provimento jurisdicional final ao vencedor da lide.

Conjuntamente com a tutela antecipatória, pretende-se também abordar a questão dos alimentos que representa, sem dúvida, um dos contextos mais relevantes no campo jurídico, pois o ser humano, por sua própria natureza, necessita desta proteção para que tenha condições de fazer frente à suas necessidades. Além, é claro, de analisar a sua aplicação e importância no sistema jurídico brasileiro.

Desta forma, na primeira etapa deste trabalho, os estudos foram direcionados para o instituto da tutela antecipada, discorrendo acerca dos requisitos necessários para a sua concessão, suas características, incidência e suas peculiaridades. Em um segundo momento, foi analisado o direito aos alimentos, com sua evolução, conceito, características, bem como os requisitos necessários à sua concessão (binômio necessidade-possibilidade). Ao final, buscou-se estabelecer a distinção entre os alimentos provisórios e os provisionais, assim como uma breve análise sobre a fusão do instituto da tutela antecipada com os alimentos deferidos liminarmente, elencando algumas hipóteses de incidência.

Assim, diante da relevância de ambos os institutos, almejou-se confrontá-los, a fim de se obter a relevância, possibilidades e aplicabilidade que a antecipação da tutela tem perante o Direito de Família, mais precisamente em relação aos alimentos.

Dessa feita, é importante levar ao conhecimento da parte que seu pedido pode ser deferido provisoriamente, mediante uma cognição sumária, desde que preenchidos determinados requisitos, para se garantir, como nos alimentos, o necessário à sua manutenção e permanência no transcurso da demanda, tudo com vista à efetividade do processo.

1 Tutela jurisdicional diferenciada

A jurisdição é a forma pela qual o Estado exerce seu poder, por meio da qual promove a pacificação social, fazendo valer a vontade da lei no caso concreto. E é com essa atitude estatal que surge a tutela jurisdicional, que é a forma de composição dos litígios mediante a intervenção dos órgãos jurisdicionais, substituindo a vontade das partes na decisão do litígio. Ressalte-se que a prestação jurisdicional poderá ocorrer tanto nas hipóteses em que a demanda é extinta sem julgamento de mérito, pela ausência de pressuposto ou condição de admissibilidade, quanto é extinta com a apreciação do mérito.

E é com essas premissas que YARSHELL a designa como sendo o resultado final da atividade jurisdicional, que é prestada a quem efetivamente detenha o direito subjetivo em litígio. E vai mais longo, afirmando que esta tutela não se restringe apenas à busca deste resultado, mas também aos meios despendidos para a sua obtenção, para a garantir a sua efetividade, senão vejamos:

Não parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução – *tutela jurisdicional* – para com ela designar não apenas o *resultado* do processo, mas igualmente os *meios* ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado. A *tutela*, então, pode também ser divisada no próprio *instrumento*, nos atos que o compõem e bem ainda nos “princípios”, “regramentos” ou “garantias” que lhe são inerentes.¹

Também buscando um conceito para o tema, PINTO conceitua a tutela jurisdicional como sendo: “... *o pronunciamento judicial emanado da autoridade competente dado a favor de quem esteja amparado no plano do direito material, de modo a ser útil e efetivo, assegurando-lhe a existência e o exercício*”.²

Desta forma, fica evidenciado que no conceito do aludido doutrinador já se encontra presente o ideal moderno de busca pela efetividade da prestação jurisdicional, colocando à disposição das partes os meios de se obter um resultado útil.

¹ YARSHELL, F. L. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 30-1.

² PINTO, N. L. **A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual**. Revista de processo – 105, p. 46.

Daí surge a idéia da efetividade da tutela jurisdicional como uma garantia fundamental do processo, a ser extraída dos princípios constitucionais que estruturam os fundamentos do sistema processual brasileiro.

Diante dessa visão processualista, é que o Estado coloca à disposição dos litigantes os instrumentos necessários para se alcançar os objetivos desejados de maneira eficiente. São as chamadas tutelas jurisdicionais diferenciadas nas quais, para a satisfação do direito, são aplicadas formas ou tipos especiais de tutela jurisdicional.

BEDAQUE ensina:

A expressão tutela jurisdicional diferenciada pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo.³

Não obstante, é o segundo posicionamento o de melhor aplicabilidade, pois recepciona as modalidades de tutela sumária, bem como dispensam a cognição exauriente, com o intuito de assegurar a concreta e integral satisfação dos direitos postos em juízo.

Deve a tutela jurisdicional, portanto, se adequar às diversas formas de direito material, ou seja, adequar-se à real situação colocada diante do Poder Judiciário, a fim de se levar a efeito a efetividade processual, tendência esta aspirada por toda a doutrina moderna.

Assim, a adaptação da tutela jurisdicional ao objeto da lide recebe a denominação de *tutela jurisdicional diferenciada*, em outras palavras, é a forma com a qual a tutela jurisdicional se reveste para garantir um resultado útil ao processo à parte vencedora, levando-se em consideração a natureza do direito material pleiteado.

Como forma de evolução do direito processual, as últimas reformas pelas quais passou nosso Código de Processo Civil, trouxe à lume novas formas de tutela que agora integram nosso ordenamento, quais sejam, a tutela antecipada, a tutela específica e a tutela monitória.

³ BEDAQUE, J. R. dos S. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23.

Não se deve olvidar que, antes da inserção do instituto da tutela antecipada no Código de Processo Civil, pela Lei nº 8.952/94, propiciando o adiantamento dos efeitos práticos da sentença, as medidas cautelares, cujo escopo é garantir o resultado útil da demanda principal, eram utilizadas indiscriminadamente, visando obter esse mesmo resultado.

Com essa orientação, fica claro que a tutela antecipada é a modalidade mais representativa da tutela jurisdicional diferenciada, já que possibilita maior celeridade para a efetivação do direito substancial, sem prejuízo do processo que assegurará a cognição plena para a solução definitiva da lide, pois permite ao Estado-juiz conceder, antes da decisão definitiva, a providência de direito material pleiteada pelo autor.

Ademais, a tutela jurisdicional diferenciada encontra amparo legal em nossa Constituição Federal, no artigo 5º, XXXV, pertinente a inafastabilidade do Poder Judiciário no que diz respeito à ameaça de algum direito ou apreciação de lesão.

Portanto, a tutela jurisdicional representa para o jurisdicionado o direito de ação, de acesso ao devido processo legal, cuja finalidade é assegurar a solução dos conflitos daqueles que dela necessitem, por meio de um sistema adequado de princípios que garantem o regular desenvolvimento processual, além dos deveres e garantias dos que foram incumbidos de sua condução. E, no trabalho ora focado, demonstrar-se-á que a tutela antecipada é uma das formas de se assegurar a efetividade dessa garantia constitucional, por ser ela o instrumento de realização do direito material.

Ainda, há que se argüir que a tutela jurisdicional não é estabelecida apenas em favor daquele que teve seu direito reconhecido, ou seja, o vencedor, mas o Estado também a coloca à disposição do vencido ao se analisar o resultado final do processo, uma vez que ambas as partes almejam o mesmo bem, qual seja, a tutela de seus interesses, com a solução do litígio e a restauração da pacificação social, sendo estes últimos também considerados como o escopo social do Estado.

Portanto, a tutela jurisdicional deve se adequar ao tipo de provimento pleiteado pela parte. Assim, o direito substancial encontra uma tutela específica à sua defesa que o vincula ao direito de agir.

Concluindo, é a tutela jurisdicional não apenas o resultado buscado no processo, mas também os meios pelos quais busca-se atingir um provimento útil e eficaz para a parte vencedora, tudo assegurado pela nossa Carta Maior, em seu artigo 5º, XXXV,

configurados pelo direito de ação e da inafastabilidade. Assim, para a obtenção da efetiva prestação jurisdicional, poderá a tutela se revestir de diferentes formas, denominadas diferenciadas, amoldando-se ao direito material pleiteado na relação jurídico-processual.

2 DA TUTELA ANTECIPADA

2.1 Considerações gerais

Há tempos o ordenamento jurídico se preocupa em evitar que a morosidade processual torne inócua a tutela jurisdicional ao final da lide.

Com o intuito de fazer valer a efetividade da prestação jurisdicional, surgiram os provimentos antecipatórios, para atender à pretensão da parte que provavelmente tem razão.

O formalismo excessivo e a busca da certeza processual colocam as partes em situação de angústia e descrédito. O tempo despendido pelo autor para conseguir a satisfação de seu direito, quase sempre, implicava em um prêmio para o réu inadimplente e um castigo injustificável para o autor.

Se por um lado a segurança jurídica exige um considerável lapso temporal em busca da verdade real, por outro, para que ocorra a efetividade jurisdicional, faz-se necessário um procedimento célere para solucionar o conflito de interesse que atinge as partes em litígio.

“*Ab initio*”, a tutela jurisdicional (salvo os procedimentos especiais) era prestada na sentença de mérito do processo de conhecimento, após exaustiva instrução. Tendo em foco a celeridade do processo, a prestação foi antecipada, em um primeiro momento, para a fase de saneamento do processo, perfazendo o julgamento antecipado da lide, consagrado no artigo 330 do Código de Processo Civil de 1973. Com um incontestável avanço, a prestação jurisdicional foi deslocada para o início da demanda, fundada em um juízo de probabilidade (artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil).

Desta forma, sob a perspectiva de uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, a Lei nº 8.952/94 concebeu a “antecipação da tutela”.

Com efeito. A antecipação dos efeitos práticos pleiteados no pedido da peça vestibular, seja total ou parcial, prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, denominada pela doutrina de “tutela antecipada”, “tutela antecipatória” ou, ainda, “antecipação da tutela” trouxe grandiosa contribuição para a efetividade processual.

Não obstante, antes da nova redação do artigo 273, a tutela antecipada encontrava-se prevista em outros procedimentos, como por exemplo, nas ações possessórias (artigos 928 e 929), nas ações de nunciação de obra nova (artigo 937), nas ações locatícias (Lei nº 8.245/91, artigo 59, § 1º) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, artigo 213, § 1º). Tem-se, ainda, o pedido de alimentos de natureza cautelar (artigo 852 e seguintes do Código de Processo Civil), cuja finalidade é evitar que a falta de alimentos prejudique a ação principal. Portanto, apesar da cautelaridade e satisfatividade presente também na antecipação de tutela, dessa distingue-se os alimentos cautelares quanto a acessoriedade.

Desta forma, observa-se que aludidas medidas destinam-se a situações específicas, privilegiando direitos patrimoniais, ficando os direitos fundamentais da pessoa como à vida, à saúde, à integridade física, à liberdade, à honra, desprovidos de proteção perante a morosidade processual, uma vez que, para eles, a tutela ressarcitória é medida ineficaz, demonstrando ser imprescindível a previsão de tutelas de urgência, com o escopo de prevenir o dano decorrente da não celeridade do processo de conhecimento.

Além das hipóteses específicas previstas em lei, a prática forense passou a utilizar, antes da nova preceituação do artigo 273, a figura da medida cautelar inominada do artigo 798 do Código de Processo Civil como uma “válvula de escape” para uma prestação jurisdicional mais eficiente e adequada à realidade social.⁴

Em sendo assim, as medidas cautelares se desfiguravam, não visando apenas assegurar o resultado da lide principal, seja ela de conhecimento ou de execução, mas também, buscava atingir o próprio bem da vida pleiteado. Este foi o meio encontrado pelos operadores do direito para suprir as lacunas de nosso sistema que não assegurava a tutela de determinados direitos, chegando a ofender a garantia constitucional do acesso à justiça contemplada no inciso XXXV, do artigo 5º da Carta Magna, tendo em vista que a carência de uma disposição legal específica não pode afastar da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.⁵

Na mesma esteira, consagrou o douto WATANABE:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos

⁴ PAULA AMARAL, J. R. **Tutela antecipatória**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.74.

⁵ FERREIRA, W. S. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.111.

órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos em sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.⁶

No entender de WAMBIER (T. A. A.), a antecipação da tutela consiste em um fenômeno processual de matriz constitucional, pois para a aplicação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, é necessário que a tutela prestada seja efetiva e eficaz.⁷

Assim, com a incerssão do instituto da antecipação de tutela, encerrou-se o uso desordenado da tutela cautelar. Para ZAVASCKI, a antecipação dos efeitos da tutela constitui na *“purificação do processo cautelar, que readquiriu sua finalidade clássica: a de instrumento para obtenção de medidas adequadas a tutelar o direito, sem satisfazelo”*.⁸

Como se observou, a tutela antecipada é uma tutela sumária não exauriente, dando ênfase à celeridade, sem causar lesão às partes, amenizando o problema da morosidade e ineficácia processual, agilizando a prestação jurisdicional, desde que o autor corra risco de ser submetido a um dano irreparável, ou de difícil reparação, ou ainda, quando a parte demandada abuse de seu direito de defesa, ou demonstre manifesto propósito protelatório, ou ainda, naqueles casos em que existe parte incontroversa no pedido.

2.2 Conceito

Denomina-se tutela antecipada, por força do disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, a possibilidade que o juiz tem de, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, preenchidos os requisitos legais.

⁶ Watanabe apud Humberto Theodoro Júnior. **Curso de direito processual civil - Processo de execução e processo cautelar**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 2. v., p.554.

⁷ WAMBIER, T. A. A. Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória. In: WAMBIER, T. A. A. (COORD.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 531.

⁸ ZAVASCKI, T. A. **Medidas cautelares e medidas antecipatórias, técnicas diferentes, função social semelhante**. São Paulo: Revista de Processo, 1996, ano 21, n. 82, p. 56.

THEODORO JÚNIOR aduz que a tutela antecipada é: “*um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou*”.⁹

Para NERY JÚNIOR:

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é provimento que tem natureza jurídica de *execução lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.¹⁰

Desta forma, tem-se por antecipação de tutela toda medida de urgência, de caráter subjetivo processual, a ser aplicada nas hipóteses em que a mera garantia da realização futura do direito não é suficiente, visando tornar efetiva e tempestiva a tutela jurisdicional, concedendo o provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos, através de imediata execução, em compensação à morosidade e deficiências apresentadas pelo instrumento da jurisdição civil, não sendo mais necessária a utilização das denominadas cautelares inominadas satisfativas.

É a antecipação de tutela concedida tanto em ações condenatórias quanto em ações declaratórias e constitutivas uma vez que contém um preceito básico, ou seja, o direito subjetivo do autor que impõe ao réu a proibição de não agir de maneira contrária, ou incompatível com a medida concedida.

Com isso, poderá ser deferida liminarmente em mandado de segurança, a fim de suspender a execução de ato administrativo ilegal ou nulo ou, ainda, a liminar na ação possessória e a indenização nas ações desapropriatórias.

Ao fim, diversas ações permitem a utilização de liminares de natureza antecipatória, tenha ela natureza positiva ou negativa, impondo ao réu vedações e proibições em face do direito provisoriamente concedido ao autor.

⁹ Op. Cit., p. 556.

¹⁰ NERY JÚNIOR, N. Procedimentos e tutela antecipatória. In: WAMBIER, T. A. ^a (COORD.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.383.

2.3 Breves considerações sobre a antecipação dos efeitos da sentença no ordenamento estrangeiro

O instituto da tutela antecipada não é nenhuma novidade dentro do ordenamento jurídico alienígena, como demonstram os breves delineamentos que seguem.

2.3.1 Na França

Na França, o novo Código de Processo Civil adotou as denominadas *Ordonnances de référé*, considerada uma regulamentação de urgência que permite ao juiz não encarregado da ação principal, levar a efeito medidas necessárias à sua efetividade (artigo 484).¹¹

Essas medidas, que são sempre atribuídas ao presidente de algum tribunal, são consideradas verdadeiras antecipações, uma vez que buscam prevenir dano iminente, fazendo cessar turbações ilícitas, para conceder uma provisão ao credor de execução de obrigação, sendo possível a execução provisória (artigo 491).

Não obstante, tais medidas encontram restrições. Nas duas primeiras hipóteses, a antecipação possui natureza conservatória, na medida em que busca prevenir qualquer dano iminente e fazer cessar qualquer turbação ilícita. Nas outras hipóteses de *référé*, a antecipação só será admissível se não houver séria contestação à obrigação reclamada.

Como se observa, as hipóteses alhures mencionadas, sejam as de natureza conservatória ou como as que punem a má conduta do réu em sua resposta, encontram idêntica disciplina em nosso ordenamento processual, como demonstram os incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil, ao tratarem da tutela de urgência e da tutela de evidência, respectivamente.

¹¹ BENASSE, M. A. **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 44; FADEL, S. S. **Antecipação da tutela no processo civil**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 16.

2.3.2 Na Alemanha e na Áustria

Na Alemanha, o § 940 introduzido no Código de Processo Civil (ZPO), regula temporariamente uma relação jurídica, em caso típico de antecipação de tutela. Não é uma garantia da pretensão, mas sim, da relação jurídica litigiosa.

Desta forma, prefalado dispositivo regula provisoriamente um caso específico (*fattispecie*) decorrente de uma relação jurídica controversa, a fim de se evitarem danos ou para impedir uma ameaça de violência.

Ressalte-se que o diploma legal alemão também prevê, em seu § 935, verdadeira medida cautelar atípica, de fim conservativo, pois pretende evitar qualquer forma de alteração ou modificação do objeto da chamada *Individualleistungen*, ou em outras palavras, das prestações dirigidas à dação ou à consignação de um determinado bem ou a um certo fazer ou não fazer do devedor.

De forma didática, resume BENASSE as características e pressupostos de aplicação das medidas provisórias no sistema jurídico germânico da seguinte maneira:

- 1) os parágrafos 935 e 940 não podem ser invocados em todas as hipóteses nas quais é expressamente prevista uma específica medida cautelar;
- 2) não é admissível uma determinação provisória dirigida a paralisar ou, de qualquer modo, contradizer as disposições de uma outra determinação provisória;
- 3) o pressuposto para a aplicação do parágrafo 935 é a existência de um receio, conforme o juízo objetivo de um homem médio, de que, sem a decisão provisória, teria uma modificação do estado existente a frustrar a realização da pretensão, ao passo que, pelo parágrafo 940, a definição provisória da relação jurídica litigiosa mostra-se necessária, sobretudo a fim de prevenir danos substanciais ou uma ameaça de violência;
- 4) em todo o caso, não é jamais possível, através de tais medidas, obter em via cautelar aquilo que não poderia ser obtido nem mesmo com a completa realização da tutela em via ordinária.¹²

Portanto, possui o ordenamento processual germânico a figura do poder geral de cautela do magistrado, mediante o qual poderá ele intervir em uma controversa situação jurídica subjetiva seja para a conservação do direito, seja para a antecipação dos efeitos da futura decisão de mérito.

¹² Op. Cit., p. 43.

No caso da Áustria, não há uma limitação à concessão da tutela antecipatória, exceto na hipótese de o caso “*sub judic*” admitir a execução forçada.

Da mesma forma que o sistema alemão, o austríaco também se caracteriza pelo poder de cautela do juiz diante das várias exigências de forma de tutela preventiva dos direitos.

2.3.3 Na Inglaterra e nos Estados Unidos

Nesse sistema, o juiz pode não apenas ditar provimentos que previnam ou reprimam qualquer ameaça à atividade jurisdicional, como também estabelecer remédios processuais, criando forma de tutela jurisdicional diversa do precedente jurisprudencial ou legislativo, em outras palavras, no caso concreto, poderá o juiz determinar medidas que melhor previnam os direitos da parte em litígio, com o escopo de garantir, como sempre, a efetividade processual.

Como observa BEDAQUE:

Neste último (*sistema da common law*) optou-se por conferir ao juiz o poder de escolha do mecanismo mais adequado ao caso concreto, a fim de garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Não há, em princípio, medidas determinadas. [...] o juiz tem o poder genérico de assegurar a atuação correta da função jurisdicional, reprimindo qualquer tentativa de impedi-la, com fundamento no *contempt of Court*.¹³

Assim, o sistema anglo-saxônico garante e satisfaz o interesse da parte de forma indireta, prestigiando a função jurisdicional da tutela.

2.3.4 Na Itália

Na Itália, até a reforma processual de 1942, não havia previsão de medidas cautelares atípicas. Diante de grande pressão e insatisfação da doutrina e da jurisprudência, foi introduzido no Código de Processo Civil italiano um capítulo próprio a tratar das

¹³ Op. Cit., p. 34.

medidas cautelares, conforme o artigo 700 daquele diploma legal, de modo a evidenciar que a celeridade dos provimentos cautelares é um remédio útil e eficaz para assegurar a medida definitiva e combater a morosidade processual.

Com aludida medida, foi concedido ao juiz um poder de cautela para levar à efeito medidas de urgência, seguramente adequadas às circunstâncias fáticas, e com finalidade de manter imutável o estado de fato durante o transcurso do procedimento ordinário.

Após inúmeras discussões sobre o alcance da antecipação da tutela, entendeu a jurisprudência italiana que a total antecipação dos efeitos da sentença definitiva é plenamente compatível com o disposto nos artigos 700 e seguintes do Código de Processo Civil italiano. Também, após grande esforço, solucionaram os mestres italianos o problema relativo à revogabilidade dos provimentos cautelares, bem como a introdução de sistema de controle dessas medidas por juiz diverso daquele que as concedeu.

Valer trazer a baile uma distinção desse ordenamento ora focado em relação ao nosso sistema processual. É que a lei italiana não consagra a hipótese de medida antecipatória em relação ao abuso do direito de defesa, mas apenas na circunstância de perigo de dano irreparável ao direito do autor. Naquela, a prática italiana recorre às medidas cautelares típicas conservativas.¹⁴

2.4 Origens da tutela antecipatória no direito brasileiro

Em nosso direito, foram as medidas cautelares primeiramente introduzidas, segundo disposições das Ordenações do Reino de Portugal, as quais constituíam a legislação vigente no Brasil até o ano de 1850, ocasião em que surgiu o Regulamento nº 137.

Com o advento da República, foram as medidas cautelares disciplinadas no artigo 675 do Código de Processo Civil de 1939, sendo somente substituídas em 1973, com o advento do atual diploma processual, que trata da matéria nos artigos 798 e 799.

¹⁴ O raciocínio é desenvolvido por BEDAQUE, op. cit., p. 45; FADEL, op. cit., p. 18.

Para ANDRADE (S. M. de), aludido diploma introduziu uma forma especial de tutela antecipatória no artigo 330, com o “julgamento antecipado da lide”.¹⁵

Desta forma, diante do aperfeiçoamento e evolução das medidas cautelares em nosso sistema processual, formou-se o ambiente propício para o surgimento da tutela antecipada (artigos 273 e 461, § 3º), verificado com a Reforma do Código de Processo Civil de 1994.

2.5 Justificativa político-jurídica da antecipação da tutela

O processo, sob a ótica do Direito romano, somente concebia a execução do direito posteriormente à sentença definitiva, após a completa cognição e exigindo, para tanto, a realização de dois processos distintos: um destina a fixar o direito e dizer a quem compete; o segundo, objetivando a concretização do direito conhecido, caso resistisse a desobediência da parte vencida em se submeter à pretensão líquida e certa da parte vitoriosa na demanda cognitiva.

Apesar desse longo percurso, garantia-se ao devedor a não intromissão em sua esfera patrimonial até que a lide fosse exaustivamente conhecida, em contrapartida, submetia-se o credor a uma prolongada espera até conseguir a satisfação de seu direito.

Assim, se para a garantia e efetivação do devido processo legal faz-se necessário um demorado lapso temporal, por outro, causa uma expectativa social para que a lide seja solucionada de forma breve.

Não obstante o Estado Democrático de Direito garanta o devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) como direitos fundamentais, também assegura que nenhuma lesão ou ameaça de direito seja subtraída da apreciação e solução do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Com o escopo de superar essa divergência, foi que a ciência processual se desenvolveu, introduzindo o instituto da tutela antecipada em nosso ordenamento jurídico, com o fulcro de dinamizar e viabilizar a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional.

¹⁵ Andrade apud Benasse (p. 58).

Com essa medida, pode o juiz assegurar a efetividade do provimento definitivo, sem anular o contraditório ou a ampla defesa.

Sobre essa questão, leciona CARREIRA ALVIM (J. E.):

A tutela antecipada, enquanto fenômeno processual, ensejou entre nós, num primeiro passo, o julgamento antecipado da lide, logo após o encerramento fase da postulatória – com o que se sepultaram as provas procrastinatórias – e agora, num passo de gigante antecipa *initio litis* a própria tutela jurisdicional, com o que diminuirá o número das defesas infundadas, também imbuídas de propósitos meramente protelatórios.¹⁶

Apesar de as tutelas de urgência serem aplicadas de acordo com o convencimento do juiz, elas também se submetem às condições e pressupostos indispensáveis que, sem os quais, essa medida se revestiria de arbitrariedade e abuso de direito da autoridade, infringindo as garantias constitucionais ora mencionadas.

Ressalte-se que, essa introdução da tutela antecipatória não foi imediata. Ela passou por um processo evolutivo, sendo primeiramente aplicada como uma medida excepcional relacionada com os procedimentos especiais, concedida pelo juiz de acordo com seu grau de convencimento, atrelado às provas constantes no processo até aquele momento da cognição. Esse era o procedimento adotado com as ações de nunciação de obra nova, com as possessórias, com o mandado de segurança, com a desapropriação, entre outras.

2.6 Antecipação da tutela como forma de harmonização entre os princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, consagra uma série de princípios e garantias fundamentais, seja de forma explícita ou implícita, que podem ser abarcados pelo princípio do devido processo legal.

Ocorre que, por vezes, nem sempre é possível atender o disposto em cada princípio constitucional sem ferir o direito assegurado por outro, ocasião em que surge o conflito de direitos.

¹⁶ Alvim (1995) apud Friede (1996), in **Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, tutela específica e tutela antecipada**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, 3. ed., p. 475.

No campo das tutelas, surge o conflito entre os princípios da efetividade do processo e da segurança jurídica. Àquele consiste no direito de provocar a atuação do Estado para o fim de obter uma decisão eficaz no plano dos fatos e esta, no fato de que ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens, até que se esgote o devido processo legal (incisos LIV e LV, art. 5º, da Constituição Federal), ou seja, até que se perfaça a cognição exauriente.

É desta forma que esses princípios, ambos de ordem constitucional e, portanto, estabelecidos no mesmo grau hierárquico, entram em conflito em função do tempo despendido para a final prestação jurisdicional pelo Estado, uma vez que para o cumprimento da segurança jurídica, há necessidade de um transcurso maior do processo, a fim de não gerar injustiças e ter o juiz pleno conhecimento dos fatos. Todavia, tal medida é perfeitamente incompatível com a efetividade da jurisdição.

Para resolver essa tensão, deve o aplicador do direito sacrificar o mínimo possível de ambas as garantias, mas sempre levando em consideração que nenhum princípio é revestido de uma rigidez absoluta. Dessa forma, deverá o magistrado lançar mão dos princípios da necessidade e da proporcionalidade.

Segundo WAMBIER (T. A. A.): *“O princípio da proporcionalidade é a resposta [...] que se pode dar à tentativa de se solucionar a equação rapidez-segurança, gerada pela possibilidade de que medidas concedidas com base em fumus não fiquem presas à necessidade de reversibilidade”*.¹⁷

Em nosso sistema, a solução para esse conflito de normas encontra-se fundada na outorga de medidas de caráter provisório, em outras palavras, na utilização de tutela cautelar ou antecipatória para preservar o direito em discussão. Assim, a aplicação da tutela antecipatória tornaria efetiva a tutela jurisdicional para aquele que a merece, mediante juízo de probabilidade, relegando para um segundo plano a aplicação do contraditório.

E com esta sobriedade que nos ensina THEODORO JÚNIOR:

Assim, para evitar que o autor se veja completamente desassistido pelo devido processo legal, procede-se a medidas como as cautelares e as antecipações de tutela. Isto se faz logo, porque não há outro caminho para assegurar a tutela de mérito ao litigante que aparenta ser o merecedor da garantia jurisdicional. No

¹⁷ Op. Cit., p. 543.

entanto, o adversário não fica privado do devido processo legal, porque depois da antecipação, que se dá em moldes de provisoriedade, abre-se o pleno contraditório e a ampla defesa, para só afinal dar-se uma solução definitiva à lide. [...] Assim, o que se faz, para harmonizar os dois princípios fundamentais, é apenas uma inversão da seqüência cronológica de aplicação de seus mandamentos.¹⁸

Do exposto, conclui-se que a tutela antecipada é um instituto que permite a harmonização dos princípios da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica, nos casos em que urgência impõe uma providência imediata e provisória fundada em cognição sumária, a fim de apaziguar as situações em que o risco da demora na prestação jurisdicional possa acarretar injustiças, de forma a não suprimir o devido processo legal.

2.7 A antecipação dos efeitos da tutela como instrumento de efetividade do processo

É certo que a morosidade do processo faz nascer na sociedade um sentimento de descrédito no Poder Judiciário, tornando-se uma inimiga do Direito.

Com o intuito de dirimir este problema foi instituída, no artigo 273 do Código de Processo Civil, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional final, que constitui um instrumento hábil para combater a longa espera que o processo exige.

De efeito. Em um primeiro momento foi a tutela antecipada vista como uma medida inconciliável com os direitos e princípios fundamentais previstos em nossa Carta Maior, sendo erroneamente denominada de “cautelar de natureza satisfativa”, apesar de proporcionar a efetividade de que o processo necessita, ou seja, garantir um resultado útil a todos aqueles que necessitam da atividade jurisdicional do Estado, antecipando os efeitos da sentença de mérito.

O processo constitui o instrumento de atuação da ordem judiciária, que visa garantir o acesso à ordem jurídica justa e a adequada prestação jurisdicional, consistindo essa, segundo PINTO, no “*pronunciamento emanado da autoridade competente dado a*

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, H. Tutela Antecipada. In: WAMBIER, T. A. A. (ccord). **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.191-192.

*favor de quem esteja amparado no plano do direito material, de modo a ser útil e efetivo, assegurando-lhe a existência e o exercício”.*¹⁹

Entende-se por tutela jurisdicional não apenas o resultado do processo, mas também todos os meios colocados à disposição da sociedade para que essa venha obter este provimento de forma útil e efetiva. Com este fim é que surgem as denominadas tutelas diferenciadas, que possuem como objeto a eficiência da justiça, encontrando amparo no princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional, sendo elemento primordial do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma é que se conclui que de nada adianta o Estado garantir o acesso à justiça, à ampla defesa, ao contraditório, enfim, ao devido processo legal, sem viabilizar o efetivo exercício do seu resultado.

Conforme nos ensina ZAVASCKI:

Sob a denominação de direito à efetividade da jurisdição queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribui ao indivíduo que, impedido de fazer justiça pela mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática de sua vitória.

Conclui:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.²⁰

Assim, com o intuito de garantir a igualdade entre as partes no processo, em consonância com o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), e o exercício eficaz do direito posto em juízo, foi o nosso ordenamento contemplado com as tutelas cautelares e as tutelas diferenciadas, dentre as quais a

¹⁹ Op. Cit., p. 46.

²⁰ ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais**. In: WAMBIER, T. A. A. **Repertório de jurisprudência sobre liminares**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.84-85.

antecipação da tutela, àquelas de há muito presentes em nosso sistema e estas, inseridas pela Lei 8.952/94.

Sobre o tema, com probidade leciona PINTO:

Até a edição dessa norma, as ações cautelares eram utilizadas indiscriminadamente, não apenas para garantir o resultado útil da demanda principal já aforada ou em vias de sê-lo (cautelar incidente ou cautelar preparatória), mas também como meio de satisfação do resultado prático que somente seria alcançado com a tutela definitiva via de regra “transitada” em julgado, daí surgindo a controvertida questão das ações cautelares de natureza satisfativa. A antecipação da tutela veio resolver essa questão, propiciando o adiantamento dos efeitos práticos da sentença que, anteriormente, somente poderiam ser deferidos após a verificação da formação da coisa julgada [...] A antecipação de tutela tem por objetivo a imediata outorga de parte dos efeitos práticos que somente seriam alcançados com a edição da sentença de mérito, via de regra após o seu trânsito em julgado. Essa tutela diferenciada pode ser deferida quer em razão da urgência na obtenção do resultado prático postulado pela parte, e que somente seria alcançado na sentença, quer em função do abuso do exercício do direito de defesa da parte contrária, e destina-se à própria satisfação da pretensão deduzida em juízo, no plano do direito material.²¹

A concessão das tutelas cautelares ou antecipatórias ficará a critério do juiz, mediante o seu poder geral de cautela, que determinará serem elas eficazes e úteis para gerar a efetividade do acesso à justiça e ao resultado da prestação jurisdicional no caso concreto.

Assim, é a tutela antecipatória mecanismo amparado pela Constituição Federal e garantia fundamental do processo, bem como instrumento eficaz e adequado a garantir a solução das controvérsias postas no Judiciário, superando os obstáculos existentes para o pleno exercício da adequada tutela jurisdicional, atingindo o escopo social do processo, tornando mais efetivo o acesso à ordem jurídica justa.

2.8 Natureza jurídica

Constitui questão controvertida em nosso ordenamento jurídico o fato de ser a natureza jurídica da tutela antecipada cautelar ou não.

²¹ Op. Cit., 50.

Embora sejam ambos os institutos concedidos liminarmente e conjuntamente exigirem a prova do *fumus boni iuris*, pairam sobre eles distinções evidentes. Na medida cautelar, toma-se por primordial a demonstração do *periculum in mora*; enquanto que na tutela antecipada vigora a alternativa de se evidenciar o aludido *periculum in mora* ou a resistência do demandado. Com relação às suas finalidades, a tutela cautelar destina-se a garantir o resultado útil do processo principal, não fazendo juízo de valor em relação ao seu mérito; em contrapartida, busca a tutela antecipatória adiantar o resultado final do processo principal, no todo ou em parte. Ressalte-se que a medida cautelar exige a formação de um processo autônomo para a concessão da providência, enquanto que o deferimento da antecipação da tutela ocorre nos mesmos autos em que é requerida.

O posicionamento majoritário de nossa doutrina entende pela não cautelaridade da medida antecipatória, na medida em que ela não se limita em assegurar o resultado útil do processo, uma vez que satisfaz o próprio direito material postulado, confundindo-se com o resultado final.

Com efeito, sobre a natureza jurídica da antecipação da tutela, cumpre transcrever o magistério de NERY JÚNIOR:

Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de *execução lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no Direito Brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas *cautelares satisfativas*, que constitui em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar.²²

Para FRIEDE, trata-se de “*forma de provimento jurisdicional de conhecimento com a cognição sumária, relativamente exauriente de cunho satisfativo do direito reclamado, ainda que com matizes de restrita provisoriedade e relativa reversibilidade*”.²³

Sobre o assunto, leciona BERMUDEZ que:

Não se trata de medida cautelar, concedida diante das regras e princípios que disciplinam essa espécie do processo civil contencioso. Cuida-se de prestação

²² Op. Cit., p. 383.

²³ Op. Cit., p. 492.

jurisdicional cognitiva, consistente, na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento, a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no *caput* do artigo, nos seus dois incisos e no seu § 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos.²⁴

Em posicionamento adverso, sustentam renomados juristas que as tutelas cautelar e antecipatória são compatíveis.

Sobre esse posicionamento, manifestou-se BEDAQUE:

Mas, se ambas têm a mesma função e são estruturalmente provisórias, por que distingui-las? Inexiste razão histórica ou sistemática para não incluir as antecipatórias no rol das cautelares. A discussão acaba sendo meramente terminológica, pois temos duas categorias de tutelas não definitivas, destinadas ambas a evitar que o tempo necessário à segurança jurídica acabe tornando inútil o resultado do processo, com denominações diversas. (...) Ora, se possuem tantos aspectos que as aproximam, melhor será trata-las em conjunto e submete-las ao mesmo regime jurídico. Esse parece ser o real interesse no estudo comparativo das espécies de tutelas provisórias, as de caráter meramente conservativo e as que possuem conteúdo antecipatório. Dada a similitude existente entre elas, aconselhável recebam o mesmo tratamento jurídico. Irrelevante considerá-las como modalidades de cautelar, ou reservar essa denominação apenas para as conservativas ou não antecipatórias. Importante, sim, é determinar a sua substância e demonstrar que ambas existem com a mesma finalidade e possuem características praticamente iguais.²⁵

Não obstante esse entendimento, entendemos não ter a tutela antecipatória natureza de cautelar, por não ter como fim precípuo garantir a eficácia de provimento judicial a ser concedido na ação principal, mas sim, antecipar os efeitos da tutela jurisdicional do mérito do processo em que se encontra postulada. Por derradeiro, não se trata de sentença o provimento que defere a medida antecipatória, e sim de decisão interlocutória, uma vez que não põe fim ao processo, sendo passível de recurso de agravo.

²⁴ Bermudes (1995) apud Friede (1996; p. 494-495).

²⁵ Op. Cit., p. 284-285.

2.9 Tutela cautelar e tutela antecipada: diferenças e semelhanças

Antes da reforma processual de 1994, com a Lei 8.952, que trouxe nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil estatuinto a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, a tutela cautelar era utilizada de forma indiscriminada, por vezes fugindo de seus requisitos basilares. Com o advento desta lei, as cautelares readquiriram sua finalidade primordial, qual seja, a de instrumento adequado para assegurar o resultado útil da lide principal, sem satisfazê-lo.

É certo que a tutela antecipada e a cautelar não se confundem, não apresentam a mesma natureza jurídica, apesar de ambas possuírem em seu bojo o caráter provisório, pois não regulam em definitivo a relação controvertida, além de serem concedidas, normalmente, em momento distinto daquele que reconhece o direito da parte, qual seja, a sentença.

Desta forma ensina MARINS:

A provisoriedade das decisões (ou provimentos) liminares ou interlocutórios sobre o objeto litigioso adquire caráter dogmático, tal a sua importância. Nenhuma liminar ou decisão interlocutória que interceda no objeto do litígio [...] têm o condão de *declarar, criar, modificar, extinguir, executar*, o direito controvertido no processo, ou *condenar* o réu a prestá-lo. Elas têm a virtude de atender a necessidade do processo proporcionando mais equilíbrio ou igualdade entre as partes para que, sobrevindo a decisão final, o autor, em caso de procedência da demanda, obtenha do juiz "aquilo e tudo aquilo a que tenha direito..."²⁶

Outro ponto em comum é o aspecto sumário da cognição, pois ambas são fundadas em juízo de probabilidade em decorrência da urgência do provimento a que se destinam. Assim, o que existe é um juízo de aparência, posto que o juiz não tem a certeza do direito afirmado pela parte, não emitindo juízo de certeza, definitivamente, mas apenas decidindo provisoriamente.

Também a revogabilidade e a modificabilidade são características que se apresentam nas duas modalidades. Tomando o juiz conhecimento de uma situação fática que altera o juízo de aparência que ensejou a concessão da medida, poderá ele revogar ou

²⁶ MARINS, V. A. A. B. Antecipação da Tutela e Tutela Cautelar. In: WAMBIER, T. A. A. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 564.

modificar, a qualquer tempo, a tutela cautelar (artigo 807) e a antecipatória (artigo 273, § 4º). Frise-se que, no que se refere à antecipação da tutela, a modificabilidade do provimento não pode ultrapassar o exposto no pedido inicial, consoante o princípio da congruência, o qual vincula o conteúdo do pedido e a sentença.

A reversibilidade fática também constitui ponto fundamental das tutelas, em razão de não ser admissível impor prejuízo ao réu. Em sendo assim, deverá este sempre ter a possibilidade de retornar ao “*status quo ante*”. Todavia, como adiante será analisado, a reversibilidade nem sempre será a regra, uma vez que existirão situações que, em decorrência da proporcionalidade e da probabilidade, deverá o juiz antecipar os efeitos da tutela jurisdicional final.

Por derradeiro tem-se a preventividade dessas medidas. Isto é, encontra-se ela intimamente relacionada com a urgência de se não permitir que o direito material discutido no pleito judicial sofra um dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 273) ou lesão grave e de difícil reparação (artigo 798).

Ressalte-se, também, que ambas contribuem para a efetividade do processo, mas de diferentes formas, pois o provimento acautelatório assegura a idoneidade do processo, enquanto que o antecipatório adianta o provimento prático pleiteado pelo autor, bem como não produzem coisa julgada material, em face à sua cognição sumária.

A tutela antecipatória possui índole satisfativa, realizando de imediato a pretensão, razão pela qual ela se processa nos próprios autos da ação principal, sendo concedida por meio de decisão interlocutória. De outra parte, para que se obtenha a pretensão cautelar, há de ser instaurado um processo cautelar incidente ou preparatório, em razão de sua não satisfatividade, além de ser uma ação funcional e estruturalmente autônoma.

Este é o entender do professor MARINS:

A autonomia processual é ponto marcante no perfil da tutela acautelatória, mas inexistente na antecipação [...] Trata-se de processo funcional e estruturalmente autônomo. A ligação de acessoriedade existente com o processo satisfativo, marcadamente finalística, não retira do Processo Cautelar a nota de autonomia. De outra parte, inexistente autonomia na antecipação da tutela, visto como só pode ser deferida por decisão interlocutória, inserida em processo satisfativo, vale dizer, vinculada a um pedido e a uma sentença.²⁷

²⁷ Op. Cit., p. 568.

Tem a tutela antecipada como finalidade conceder os efeitos do provimento jurisdicional pleiteado, viabilizando sua execução provisória. Ao contrário, possui a tutela cautelar o objetivo de assegurar o resultado útil do processo principal, viabilizando o direito afirmado pelo autor.

Com muita propriedade, leciona WATANABE:

A tutela antecipatória é satisfativa, parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas a concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procuram preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal. Não é dotado, assim, de *caráter satisfativo*.²⁸

Importante acrescentar que os requisitos para a concessão da antecipação da tutela são bem mais rigorosos dos que aqueles previstos para o deferimento da medida cautelar. Assim, para estes basta a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, enquanto a antecipação dos efeitos da sentença exige a presença dos requisitos genéricos, quais sejam, a prova inequívoca e a verossimilhança da alegação, e de um dos requisitos específicos que são o dano irreparável ou de difícil reparação, ou o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, que serão oportunamente analisados.

Outro ponto marcante de distinção entre ambas as providências consiste no fato de que a tutela cautelar pode ser pleiteada tanto pelo autor como pelo réu, bem como determinada de ofício pelo juiz, como dispõe o artigo 797 do Código de Processo Civil. Em contrapartida, a tutela antecipada necessita, em regra, do deferimento do autor, salvo no caso de ação dúplice.

Por derradeiro, temos que o caráter de urgência encontra-se presente em todos os casos de natureza acautelatória, por ser elemento essencial à sua concessão, porém, não nos antecipatórios. Isto ocorre em virtude de sua não incidência na hipótese prevista no inciso II, do artigo 273, uma vez que o abuso nada tem a ver com a questão da urgência.

²⁸ Watanabe apud Theodoro Júnior (p. 564).

2.10 Fungibilidade das medidas cautelares e satisfativas

O artigo 273 do Código de Processo Civil introduziu em nosso ordenamento jurídico o instituto da tutela antecipada, embora a prática de dita medida seja de longa data.

Este instituto tem por finalidade concretizar a efetividade da prestação jurisdicional, na medida em que antecipa os seus efeitos, fazendo com que o autor não sofra os encargos da demora processual e o réu dela não se beneficie.

Tanto a tutela antecipatória quanto a tutela cautelar exercem funções distintas em nosso regime jurídico processual, apesar de fazerem parte das denominadas tutelas de urgência, cujo objetivo é conjurar o perigo de dano pela demora do processo.

As medidas cautelares reclamam apenas uma aparência do direito do autor, enquanto que as medidas de antecipação da tutela exigem um direito mais aparente, expressivo, para que sejam concedidas.

O objetivo das medidas antecipatórias é mais amplo e profundo do que das medidas cautelares por anteciparem, total ou parcialmente, os efeitos da tutela jurisdicional final, enquanto que aquelas visam apenas assegurar o resultado útil e prático do processo principal através de ação autônoma.

Sobre a distinção funcional que ocorre entre as medidas antecipatórias e cautelares, ensina FABRÍCIO:

Ao passo que a função cautelar se exaure na assegurar do resultado prático de outro pedido, sem solucionar sequer provisoriamente as questões pertinentes ao mérito deste, a antecipação da tutela supõe necessariamente uma tal solução, no sentido de tomada de posição do juiz, ainda que sem compromisso definitivo, relativamente à postulação do autor no que se costuma denominar “processo principal” (no caso, o único existente).²⁹

Afirmou, ainda, BEDAQUE que a estrutura formal (autônoma ou incidental) da tutela de urgência pleiteada, em nada influi na natureza da tutela.

E continua o ilustre jurista, argüindo que:

²⁹ FABRÍCIO, A. F. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares.** Revista Ajuris, vol. 66, ps. 5-18.

... o pedido de sustação de protesto, que tem nítido caráter antecipatório de efeitos do futuro provimento sobre a invalidade da cambial, pode ser pleiteado de forma autônoma, pois muitas vezes a parte interessada ainda não possui todos os elementos necessários para a propositura da demanda principal. Ainda que requerida no bojo do processo cognitivo, caracteriza-se como cautelar incidental. Além do mais, não se pode excluir definitivamente seja a antecipação requerida em procedimento autônomo. Desde que necessária a utilização dessa técnica em determinada situação concreta, a fim de assegurar a efetividade da tutela, deve ser admitida. Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos”.³⁰

Nem sempre é possível distinguir se o que o autor pleiteia é uma medida antecipatória ou uma cautelar.

O § 7º do artigo 273 consagrou que, com a reforma introduzida pela Lei 10.444, de 07.05.2002, quando o autor requerer, a título de antecipação de tutela, providência cuja natureza seja cautelar, essa pode ser concedida em caráter incidental, no processo de conhecimento, ocorrendo o seu processamento em autos apartados.

Assim, não é por uma questão formal que denegará o magistrado a tutela de urgência, deixando o litigante privado da efetividade processual, garantia essa de natureza constitucional. Até mesmo porque é dever do Estado prestar a jurisdição, de forma efetiva e eficaz.

Este é o raciocínio exposto por THEODORO JÚNIOR:

Ora, tanto na tutela cautelar como na antecipatória, a parte pede uma providência urgente para fugir das conseqüências indesejáveis do perigo de dano enquanto pende o processo de solução de mérito. E o que distingue o procedimento de um e outro pedido de tutela de urgência é a circunstância formal de que o pedido cautelar deve ser processado à parte do feito principal enquanto o pedido antecipatório se dá dentro do próprio processo de mérito. Formular, portanto, um pedido de natureza antecipatória ou outro de natureza cautelar em desacordo com o procedimento traçado pela lei processual, como, por exemplo, uma medida antecipatória em petição separada, sob o rótulo de medida cautelar atípica, não passa de simples equívoco formal ou procedimental.³¹

O importante, portanto, é reprimir o *periculum in mora* que incide sobre o direito material do autor, não importando a classificação que se dê à medida de urgência, isso, é claro, desde que não esteja incidindo em má-fé ou fraude à lei.

³⁰ Op. Cit, p. 388.

³¹ THEODORO JÚNIOR, H. **Tutela jurisdicional de urgência**. Rio de Janeiro: América jurídica, 2. ed., 2001. p. 21.

Daí a lição de ASSIS:

A toda evidência, o equívoco da parte em pleitear sob forma autônoma providência satisfativa, ou vice-versa, não importa inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro, a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos.³²

Todavia, há de se argumentar que a fungibilidade dos procedimentos só poderá ocorrer estando preenchidos os pressupostos ensejadores da medida de urgência de forma correta. Assim, eleito o procedimento impróprio, a flexibilização somente será possível se os requisitos da via adequada se fizerem presentes. Saliente-se que, os princípios que norteiam a fungibilidade das tutelas de urgências, são as mesmas que se aplicam à matéria recursal, quais sejam, a efetividade da tutela, instrumentalidade das formas, economia processual e proteção à boa-fé.

A fungibilidade terá cabimento tanto na situação de se ter adotado o procedimento cautelar quando na verdade se deveria ter lançado mão da antecipação da tutela, quanto em hipótese contrária.

2.11 Requisitos para a concessão

Ao adentrar no estudo dos requisitos para o deferimento da medida antecipatória, há de se ter em mente que existem os requisitos genéricos, quais sejam, aqueles dispostos no “*caput*” do artigo 273 do Código de Processo Civil (requerimento da parte e prova inequívoca e verossimilhança das alegações) e que obrigatoriamente devem ser observados e, a existência de um dos requisitos genéricos, que correspondem ao dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso do direito de defesa ou o propósito protelatório, elencados nos incisos I e II do dispositivo legal alhures mencionado.

³² ASSIS, A. **Fungibilidade das medidas cautelares e satisfativas**. Revista de processo, vol. 100, ps. 33-69.

2.11.1 Regularidade do processo e condições da ação

Para que se forme a relação jurídica processual e a parte interessada tenha acesso a uma efetiva e regular prestação da tutela jurisdicional, é primordial que se encontrem presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Em senso assim, sem tais requisitos, a tutela reclamada não poderá ser antecipada, uma vez que a relação processual entre as partes e o juiz não estará formada.

É dessa forma que se deve analisar esta questão, haja vista que a decisão que concede a antecipação da tutela é decisão de mérito, o qual somente será analisado pelo juiz diante da regularidade processual.

Assim, para o desenvolvimento válido da relação processual entre os interessados e o juiz, deve-se observar a capacidade da parte, a representação por advogado, a competência do juízo e a adequação procedimental.

Não obstante, para que o processo atinja sua finalidade, torna-se essencial a presença das condições da ação, sem as quais ou com a ausência de qualquer uma delas, leva à carência da ação.

Entende-se por condições da ação, segundo Arruda Alvim, “*as categorias lógico-jurídicas, existentes na doutrina e, muitas vezes na lei (como é claramente o caso do direito vigente), mediante as quais se admite que alguém chegue à obtenção da sentença judicial*”.³³

São seus requisitos: a possibilidade jurídica do pedido (é o pedido imediato formulado em face do Estado e que encontra amparo no ordenamento jurídico); o interesse de agir (é estampada no binômio necessidade-adequação: é a necessidade de intervenção estatal, tendo em vista evitar ou remediar um prejuízo decorrente do desrespeito ao direito objetivo, aplicável no caso concreto e adequada, na medida em que a prestação reclamada for apropriada para evitar a lesão e apta a compor o litígio); e, a legitimidade das partes (corresponde aos titulares do interesse em conflito que possuem legitimidade para estar em juízo).

Portanto, sua ausência leva ao indeferimento da inicial, conforme dispõe o artigo 295, do Código de Processo Civil. Todavia, tais ausências poderão ser supridas com a emenda à inicial, contemplada no artigo 284, do mesmo diploma legal, após a qual,

³³ Arruda Alvim apud Theodoro Júnior (p. 47).

preenchidos os pressupostos e as condições da ação, poderá o juiz analisar o pedido de antecipação de tutela.

Ressalte-se que a ausência de alguma dessas condições leva à extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil).

2.11.2 Requerimento da providência e a outorga “ex officio”

Dispõe o “caput” do artigo 271 do Código de Processo Civil que o juiz poderá deferir a tutela mediante requerimento da parte. Com isso, grande parte da doutrina entende que o juiz não poderá conceder a antecipação da tutela jurisdicional sem ferir o princípio dispositivo (artigo 262, do Código de Processo Civil), ao princípio da inércia da jurisdição (artigo 2º, do Código de Processo Civil) e ao princípio da adstrição (artigo 128, do Código de Processo Civil).

Aliás, esse foi o entendimento unânime da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“Tutela antecipatória – Concessão de ofício pelo Magistrado – Inadmissibilidade – Necessidade de pedido exposto da parte autora – Observância do princípio da adstrição do Juiz no pedido – Inteligência dos arts. 2º, 128 e 273 do CPC.

A antecipação da tutela, nos termos do ‘caput’ do art. 273 do CPC, exige pedido exposto da parte autora. Sua concessão de ofício traz ofensa expressa a essa regra processual, além de hostilizar o princípio da adstrição do Juiz ao pedido, conforme disposto nos arts. 2º e 128 do Diploma Processual”. (Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AgIn 1997.01.00.018994-8/DF, 1ª Turma, j. 18-8-1998, rel. convocado Velasco Nascimento, DJU, 24-9-1998)³⁴

Entende-se que a legitimidade para pleitear a medida antecipatória e estendida a todos aqueles que deduzem pretensão em juízo. Desta forma, encontram-se legitimados, além do autor, o denunciante, na denunciação da lide; ao oponente; ao autor da ação declaratória incidental; pelo reconvinte; o Ministério Público quando presente como “*custus legis*” e a benefício da pessoa assistida ou protegida; o assistente simples, desde que a isso não se oponha o assistido (quando a assistência for litisconsorcial e no pólo ativo, a tutela antecipada poderá ser requerida independentemente da anuência do

³⁴ RT, São Paulo, ano 88, n. 760, p. 425, 1999.

assistido); e o réu, nas hipóteses de ações dúplices. Todavia, em relação ao réu, TEIXEIRA FILHO entende não ter ele legitimidade, uma vez que não pode cumprir os requisitos estabelecidos no art. 273, incisos I e II do Código de Processo Civil. Ademais, argüi que, se assim não fosse, não existiria razão para existência do pressuposto negativo do perigo de irreversibilidade do provimento antecipatório, estampado no § 2º do art. 273.³⁵

Como parte da doutrina que entende não ter o juiz legitimidade para conceder a medida de ofício, NERY JÚNIOR é categórico ao afirmar que: “*É vedado ao juiz conceder ex officio a antecipação da tutela, como decorre do texto expresso do art. 273, caput, do CPC. Somente diante de pedido expresso do autor é que pode o juiz conceder a medida*”.³⁶

Não obstante o entendimento dos doutrinadores por ocasião citados, existem posicionamentos contrários, os quais admitem ser a tutela antecipada concedida de ofício pelo juiz.

Chega-se a esse entendimento diante de uma interpretação literal do *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil o qual aduz que “*o juiz poderá ... antecipar ... os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial*”.

Mas na realidade, essa locução pretende demonstrar que o magistrado possui o dever de conceder a medida liminar todas as vezes que os requisitos legais se mostrarem presentes, pelo fato de se configurar um direito subjetivo da parte.

Desta maneira, deve o juiz aguardar a iniciativa da parte, o que poderá ocorrer inicialmente, junto à petição ou, incidentalmente.

2.11.3 Prova inequívoca

Para a concessão da tutela antecipada basta a realização da cognição sumária, a qual se baseia em prova inequívoca.

Em seu sentido literal, a prova inequívoca não admite contestação e não enseja a ocorrência em erro, ou seja, sua existência não pode levantar dúvida, mas sim, atua

³⁵ Teixeira Filho apud Amaral (p. 93).

³⁶ Op. Cit., p. 390.

positivamente no convencimento do juiz. Observe-se que tal prova não precisa ter o status de documental, podendo ser ela testemunhal, pericial, dentre outras.

No entender de DE PLÁCIDO E SILVA, o vocábulo “prova”, que se origina do latim “*proba*”, que por sua vez deriva do verbo *probare*, cujo significado é demonstrar, reconhecer, formar juízo, consiste na “*demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta*”.³⁷

De outra parte, entende o mencionado jurista que “*inequívoco*” é tudo aquilo que não gera dúvidas, conferindo aos atos jurídicos a condição de irrefutáveis.

Para THEODORO JÚNIOR, configura-se este requisito como senso: “... *a prova capaz, no momento processual, de autorizar uma sentença de mérito favorável à parte que invoca a tutela antecipada, caso pudesse a causa ser julgada desde logo*”.³⁸

Segundo entendimento de FUX:

... a exegese imposta é a de que “prova inequívoca” para a concessão da tutela antecipada é alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do *mandamus*. É a prova extreme de dúvidas, aquela cuja produção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada.

E continua o mesmo doutrinador:

Considera-se, ainda, que se revela em prova inequívoca alegação calcada em fatos notórios, incontroversos ou confessados noutro feito entre as partes, bem como aquela fundada em presunção *jure et de jure*, haja vista que a presunção relativa admite, em princípio, prova em contrário e por isso mesmo não é inequívoca.³⁹

No mesmo sentido, tem-se a lição de BENASSE:

... pode-se concluir que “prova inequívoca” deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal, que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável; ou, em outros termos, aquela prova cuja autenticidade ou veracidade seja provável.⁴⁰

³⁷ De Plácido e Silva apud Amaral (2001; p. 94).

³⁸ Op. Cit., p. 560.

³⁹ FUX, L. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 348-349.

⁴⁰ Op. Cit., p.110.

Há, todavia, exagero do legislador ao empregar o vocábulo “inequívoca”, uma vez que o juiz somente terá condições de interpreta-la com tal qualidade, mediante cognição exauriente, ou seja, no final da lide, ao proferir a sentença definitiva, e não na fase em que a medida é concedida, qual seja, cognição sumária. Assim, não é a prova inequívoca suficiente para o acolhimento do pedido constante da petição inicial, em razão da existência de controvérsia fática sobre a questão em litígio, a ser dirimida no decorrer da relação jurídica processual.

Para CALMON DE PASSOS, para que a antecipação da tutela seja deferida, é primordial que se torne possível a decisão de mérito no processo em que ela é postulada. Entende a maioria da doutrina, que não assiste razão o entendimento do renomado jurista, haja vista que a medida antecipatória encontra-se vinculada a um juízo de probabilidade.

A prova inequívoca necessária para a concessão da tutela antecipatória, não é aquela suficiente para gerar um juízo de certeza, uma vez que essa medida encontra-se no campo da probabilidade, permitindo ao autor desfrutar de seu provável direito ou garantir a eficácia deste, antes do reconhecimento judicial de sua existência e validade.

Em sendo assim, a prova inequívoca é aquela necessária para demonstrar a verossimilhança das alegações do autor, a qual passarei a demonstrar.

2.11.4 Verossimilhança da alegação

Dispõe o artigo 273, em seu *caput*, que é requisito da antecipação da tutela a existência de prova inequívoca, suficiente para convencer o juiz da verossimilhança da alegação.

Para que a medida antecipatória se faça presente, há a necessidade de um juízo de deliberação, o qual consiste em valorar os fatos e o direito existente na lide, a fim de se certificar da probabilidade de êxito da causa.

A verossimilhança exigida no diploma legal refere-se ao juízo de probabilidade, ou plausibilidade, do direito alegado em relação à parte adversa.

Para THEODORO JÚNIOR, refere a verossimilhança da alegação:

... ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação da tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.⁴¹

Diante desse fato, deve-se afirmar que o pedido do autor há de ser-lhe antecipado, todas as vezes que se encontrar acompanhado de elementos suficientes (prova inequívoca) para torná-lo verossímil, diante da cognição sumária realizada até o momento de seu deferimento e da análise realizada pelo magistrado dos motivos que são favoráveis e dos que são contrários à sua realização.

2.11.5 Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação

Tais requisitos encontram-se expostos no inciso I do artigo 273, do Código de Processo Civil, e fazem com que tal modalidade de tutela antecipatória receba da doutrina a denominação de Tutela de Urgência. Observe-se que esse fundado receio a que aduz o Código, não corresponde exclusivamente ao temor subjetivo da parte, ao contrário, deve estar envolto de provas concretas e capazes de permitir o juízo de verossimilhança no que concerne à apreensão de sofrer um dano grave ou de difícil reparação.

Ressalte-se que as circunstâncias por ora analisadas não são novas em nosso ordenamento jurídico, uma vez estando presente situação análoga no artigo 798 do Código de Processo Civil, ao dispor sobre “lesão grave e de difícil reparação” no processo cautelar.

Para uma melhor compreensão da matéria, é oportuno o pronunciamento de MARINONI acerca do entendimento sobre a expressão “dano irreparável ou de difícil reparação”:

... há “irreparabilidade” quando os efeitos do dano não são reversíveis e, também, no caso de direito patrimonial que não pode ser reintegrado. Por sua vez, o dano é de “difícil reparação” se as condições econômicas do réu não autorizam supor que o dano será efetivamente reparado.⁴²

⁴¹ Op. Cit., p. 560.

⁴² MARINONI, L. G. **Observações sobre a tutela antecipatória.** Revista de Processo, São Paulo, n. 79, p. 111, jul./set. 1995.

Continuando, conclui o ilustre jurista afirmando que: “*trata-se de difícil reparação o dano que dificilmente poderá ser individualizado ou quantificado*”.

O dano irreparável seria, portanto, aquele que não permite à parte voltar ao *status quo ante*, por ser impossível remediar o dano causado e, de outra parte, o dano de difícil reparação seria aquele que, embora seja realizável o retorno ao *status quo ante*, a situação econômico-financeira da parte adversa não permite que se tenha essa certeza.

São, as hipóteses aqui tratadas, medidas para se evitar a existência de riscos para a efetividade da tutela jurisdicional. Sobreleve-se que tais circunstâncias encontrar-se-ão caracterizadas, na medida em que estiverem fundadas em situações fáticas que demonstram que a demora na prestação jurisdicional ocasionará prejuízos ao direito material do autor. Essa antecipação, não obstante, deverá se limitar ao estritamente necessário para se evitar o dano.

Por sua vez, também o direito que já sofreu o dano é passível de ser tutelado de forma antecipada, tendo-se em mira o não agravamento ou consumação do fato danoso.

Com esse entender, COSTA MACHADO proclamou:

A conclusão a que chegamos, assim, em face da redação do inciso I do art. 273, é a de que a preventividade da tutela antecipatória neste caso significa mais do que o impedimento a que um prejuízo aconteça, mas também o impedimento a que um dano se repita ou se agrave.⁴³

Portanto, o temor da parte deverá ser fundado em circunstâncias fáticas que o justifiquem, demonstrando que a procrastinação da prestação jurisdicional acarretar-lhe-á um dano grave ou de improvável ressarcimento ou, um agravamento ou repetição de uma situação danosa já levada a efeito. Observe-se que o requerimento da medida deverá ocorrer assim que alguma de tais hipóteses se insurgirem.

⁴³ COSTA MACHADO, A. C. **Tutela antecipada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 467.

2.11.6 Abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu

O abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu constitui um dos requisitos alternativos necessários para a concessão dessa espécie de tutela antecipatória qual seja, a Tutela de Evidência, visando a efetividade processual, estando contemplada no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Possui divergência doutrinária o significado de mencionadas expressões, no que concerne serem sinônimas ou não.

Parte da doutrina às considera como sendo expressões redundantes, devido à intenção de retardar o andamento do processo, o que caracterizaria o abuso do direito de defesa. Esse é o entendimento adotado por FADEL, assim exposto:

Utilizou-se aqui o legislador, enfaticamente, para permitir ao juiz prover de imediato atendendo a pretensão do autor, de expressões redundantes, pois, na verdade, o intuito protelatório do réu não deixa de ser uma espécie do gênero “abuso do direito de defesa”.⁴⁴

Valendo-se de outro entendimento, pronunciou-se PAULA AMARAL:

O inciso II do art. 273 do CPC faz menção ao *abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu*. Não obstante as atitudes derivadas das expressões adotadas pela lei serem muito semelhantes, não parece razoável que tenham sido inseridas como sendo expressões sinônimas, pois, se assim fosse, o legislador poderia tê-las substituído pela expressão *resistência injustificada do réu*. Considerando-se, porém, que o legislador preferiu não proceder de tal forma e que a lei não contém palavras inúteis, é possível acreditar que ambas as expressões possuem significado distinto.⁴⁵

Independente do entendimento que se adote, o certo é que o intuito protelatório do réu ou o abuso do direito de defesa deverão estar manifestamente estampados no processo para se evitar uma avaliação equivocada, uma vez que dependerá do critério subjetivo do julgador e o que constitui abuso para uns, pode não ser para outros. Deverá, portanto, sempre se ter em foco o caso concreto.

⁴⁴ Op. Cit., p. 31.

⁴⁵ Op. Cit., p. 107.

Na verdade, o importante é saber qual o entendimento adotado pela doutrina quanto à acepção do abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu.

Em sendo assim, COSTA MACHADO definiu o abuso do direito de defesa como sendo:

... o uso excessivo e exorbitante das faculdades que compõem o direito de contestar (a mais típica manifestação do direito de defesa no processo civil), como a apresentação de várias objeções processuais, ou defesas de mérito diretas ou indiretas, sem razoável fundamento ou articulação, mas (...) em relação à articulação entre as defesas, o juiz deveria ser cuidadoso na sua avaliação, tendo em conta os princípios da concentração e da eventualidade no art. 300 do Código de Processo Civil.⁴⁶

Desta maneira, constitui o abuso do direito de defesa o ardil utilizado pelo réu para retardar a solução final do litígio, lançando mão de argumentos frágeis e inaplicáveis ao caso *sub judice*.

Ocorre que, na prática, a configuração do abuso do direito de defesa é de extrema dificuldade, diante do fato desse direito ser garantido constitucionalmente no inciso LV do artigo 5º da Carta Magna. Todavia, ressalte-se que essa garantia não é ilimitada, podendo se submeter, por exemplo, a limitações processuais. Observe-se, também, que o princípio do contraditório e da ampla defesa está diretamente relacionado com o da igualdade entre as partes, colocando à disposição do réu os mesmos elementos utilizados pelo autor para o convencimento do juiz a respeito do direito material em litígio. Percebe-se, assim, que a sua utilização maliciosa pelo réu implicaria na quebra desse princípio, propiciando sua correção através do processo, a fim de restabelecer entre as partes o status de igualdade com o emprego das hipóteses sob estudo (inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil).

No que tange ao manifesto propósito protelatório do réu, entende-se ser aqueles atos que objetivam retardar o andamento processual.

Embora também haja posicionamento em sentido adverso como o de BEDAQUE, para quem as hipóteses aqui estudadas se caracterizam como uma “*sanção ao sujeito passivo da relação processual, ante seu comportamento inadequado*”⁴⁷, o certo é que tais

⁴⁶ Op. cit., p. 423.

⁴⁷ Op. Cit., p. 312.

circunstâncias não se confundem com a litigância de má-fé, albergadas nos artigos 16 a 18 do Código de Processo Civil.

Assim é o magistério de BAPTISTA DA SILVA:

O que o legislador quis significar, quando outorgou ao juiz a faculdade de antecipar os efeitos da tutela, nos casos do inc. II do art. 273, não foi, de modo algum, a consideração de que essa antecipação teria caráter punitivo contra a litigância temerária. O que se dá, com a conduta do réu, nestes casos, é que o índice de verossimilhança do direito do autor eleva-se para um grau que o aproxima da certeza. Se o juiz já se inclinara por considerar verossímil o direito, agora, frente à conduta protelatória do réu, ou ante o exercício abusivo do direito de defesa, fortalece-se a conclusão de que o demandado realmente não dispõe de nenhuma contestação séria a opor ao direito do autor. Daí a legitimidade da antecipação da tutela.⁴⁸

Desta forma, a antecipação da tutela se faria possível diante da frágil defesa do réu propiciar ao magistrado a verificação da probabilidade do direito invocado pelo autor, sendo injusta a espera para a verificação de seu direito.

Por derradeiro, frise-se que pode ocorrer a um só tempo as situações dos incisos I e II do artigo 273, muito embora, para a concessão da medida antecipatória, seja necessária a presença de apenas uma dessas hipóteses, como deixou claro o legislador ao empregar a conjunção alternativa “ou”.

O pedido da medida antecipatória feito pelo autor poderá ser levado à efeito assim que se verificarem que os atos do réu são considerados protelatórios ou praticados com abuso do direito de defesa.

2.11.7 A tutela antecipada da parte incontroversa

A Lei 10.444, de 07 de maio de 2002, inseriu o § 6º ao art. 273, permitindo antecipar os efeitos da tutela jurisdicional, quando houver incontrovérsia quanto a uma parte da demanda, em virtude do fato dela gerar um juízo de certeza, baseado em uma cognição exauriente, fulminando com a caracterização da coisa julgada material, em outras palavras, permite construir uma segura convicção quanto a uma parcela do pedido presente na demanda.

Na lição do professor DINAMARCO:

⁴⁸ BAPTISTA DA SILVA, O. A. **Curso de processo civil**. 6. ed. rer. e atul. Com a Leis 10.352, 10.357/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 1. v., p.143.

A incontrovérsia, tornada pelo novo parágrafo como fundamento para antecipar a tutela, consiste na ausência de um confronto de afirmações em torno de um fato alegado pelo autor. Se afirmo um fato e o réu o nega, a controvérsia assim instaurada gera uma questão de fato; se afirmo e o réu não nega, não haverá questão alguma a respeito e esse ponto, por ser pacífico, terá a seu favor a presunção de corresponder a verdade (art. 302). O juiz reputa existente o fato confessado ou ao menos não impugnado, sem necessidade de prova (ônus da impugnação específica dos fatos: art. 302 c/c art. 334, incs. II e III).⁴⁹

A tutela é antecipada porque o magistrado, em juízo de deliberação, consegue perceber o provável desfecho que terá a lide, não subsistindo razões para protelar a entrega das prestações jurisdicionais, ainda que não integral. Ademais, a antecipação fundada na incontrovérsia permite que seja afastada a incidência do disposto no § 2º do artigo 273, que proíbe a antecipação da tutela de efeitos irreversíveis, bem como dispensar a exigência do *periculum in mora*, ou fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pelo fato de não haver litígio no que concerne a esta parte da demanda.

Em sendo assim, leciona ARRUDA ALVIM da seguinte forma:

Pelo § 6º, acrescentado ao art. 273, é admitida a tutela antecipada – e, ao que nos parece, apesar de o § 6º ser um parágrafo do art. 273 – independentemente dos requisitos a que se refere o art. 273, I, dado que, se não há controvérsia, e, se o quadro dialético do processo, não suscita dúvida no espírito do julgador – justamente porque há ausência de controvérsia -, não se justifica que se deixe de decidir favoravelmente ao autor.⁵⁰

Conquanto, seja em razão da revelia ou diante da ausência de impugnação em relação a algum ponto suscitado na petição inicial, haverá a incontrovérsia, a qual somente deixará de se caracterizar perante as hipóteses elencadas nos incisos dos artigos 302 e 320 do Código de Processo Civil.

Assim, diante da incontrovérsia de um fato, torna-se desnecessária a produção de provas a ele pertinente (artigo 334, III, do Código de Processo Civil), em razão de formar-se uma certeza do magistrado acerca da lide, a qual somente seria obtida por meio de uma cognição exauriente, apta à formação da coisa julgada material.

⁴⁹ DINAMARCO, C. R. **Breve análise das Principais Alterações Efetuadas no CPC pela Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002.** Disponível em: <<http://bandeirademello.com.br/cpc2.htm>>. Acessado em: 22 jun. 2003.

⁵⁰ ARRUDA ALVIM. **Notas sobre a disciplina da antecipação de tutela na Lei 10.444, de 07 de maio de 2002.** Revista de Processo, n. 108, p. 110.

Com uma leitura superficial, poder-se-ia imaginar que a antecipação de tutela somente ocorre nos casos em que o autor da demanda pleiteia dois ou mais pedidos cumulados, o que não é verdade, haja vista ser perfeitamente possível a parcial antecipação dos efeitos da tutela quando apenas parte do único pedido mostrar-se incontroverso.

Saliente-se que, além da incontrovérsia, faz-se necessário o requerimento expresso da parte interessada, não podendo o magistrado aplica-la de ofício, até mesmo por ser uma exigência estampada no *caput* da norma processual.

Desta forma, existindo a parte incontroversa e diante do requerimento da parte, torna-se efetivo o acolhimento do provimento antecipatório, resolvendo-se parte do mérito. Todavia, não há que se falar em julgamento antecipado de parte da lide, pois o procedimento jurisdicional de primeira instância ainda não está encerrado, devendo prosseguir para a resolução da parte do pedido ou dos pedidos que ainda não foram objeto de exame. É oportuno mencionar que o ordenamento processual civil brasileiro não admite o julgamento antecipado da lide quando apenas um ou alguns dos fatos forem incontroversos, embora existam posicionamentos contrários que afirmam que nosso sistema processual admite um fracionamento de julgamentos, como em hipóteses arroladas no artigo 267 do Código de Processo Civil. Como exemplo, em uma ação ajuizada por duas pessoas, em litisconsórcio facultativo, se o juiz indeferir a inicial em relação a um dos postulantes por ilegitimidade *ad causam*, poderá determinar o prosseguimento do feito em relação ao outro litisconsorte.

No que concerne à execução dessa decisão, por não possuir um caráter definitivo, terá apenas cunho provisório. Isso ocorre porque, sendo uma decisão interlocutória, não está elencada nas hipóteses dos artigos 584 e 585 do Código de Processo Civil, como sendo título executivo. Com isso, segundo artigo publicado pelo mestre CARNEIRO DA CUNHA⁵¹, surge um novo princípio denominado de Princípio da Execução Sem Título Permitida, viabilizando o ajuizamento de uma ação de execução sem título permitido em lei.

Por derradeiro, em se tratando de decisão interlocutória, por certo existe a opção de se interpor recurso de agravo, seguindo o procedimento disposto no artigo 527 do Código de Processo Civil.

⁵¹ CARNEIRO DA CUNHA, L. J. **O § 6º do art. 273 do CPC: Tutela Antecipada Parcial ou Julgamento Antecipado da Lide?** Disponível em: <<http://www.cpc.adv.br/doutrina/Processual>>. Acesso em: 21 jun. 2003.

2.12 Características

A tutela antecipada como instituto capaz de garantir maior efetividade e agilidade ao processo, possui algumas características que não lhe são exclusivas, quais sejam, a urgência, sumariedade formal e material, revogabilidade e modificabilidade, satisfatividade fática, preventividade, provisoriedade e reversibilidade, sendo as duas últimas consideradas essenciais.

2.12.1 Urgência

A antecipação de tutela é uma das modalidades de tutela de urgência. Entende-se por *urgência*, a condição daquilo que deve ser feito com rapidez, sem delonga.⁵²

Ela possui esta característica uma vez que, para sua concessão, faz-se necessária a presença de um fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, como disposto no inciso I, do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Entretanto, há casos em que a lei possibilita o juiz conceder a tutela antecipada em caráter não emergencial, sem a presença dos requisitos alhures mencionados, estando presente as hipóteses do inciso II do mesmo artigo, quais sejam, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, em virtude de se presumir que os atos protelatórios levados a efeito pelo réu ocasionam a morosidade processual, fulminando com a injusta espera à prestação jurisdicional, permitindo a antecipação dos efeitos da tutela.

2.12.2 Sumariedade formal e material

A sumariedade é palavra derivada do latim *summarium*, cujo significado é resumo ou compêndio. Para SIDOU⁵³, diz-se sumário aquilo que é simples, sem formalismo.

⁵² SIDOU, J. M. O. **Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 810.

⁵³ Op. Cit., p. 761.

Atente que, a sumariedade está estreitamente relacionada com a efetividade e urgência com que se deve tutelar o direito material invocado, a fim de não lhe ocasionar um dano irreparável.

Em sendo assim, pode essa característica ser classificada em formal e material, senão vejamos.

Entende-se por sumariedade formal aquela pertinente ao procedimento adotado para a antecipação dos efeitos da tutela. Portanto, há de ser o procedimento ordinário abreviado com o fulcro de se atender ao autor com a urgência apropriada, combatendo a morosidade e a falta de efetividade processual.

De outra forma, atenta a sumariedade material para a cognição. Aqui, as questões suscitadas na cognição sumária são apreciadas apenas superficialmente, almejando um juízo de probabilidade e verossimilhança.

Deferida ou não a antecipação da tutela, deverá o processo prosseguir até final julgamento, perante uma cognição plena e exauriente, conforme disposição do § 5º, artigo 273, do Código de Processo Civil, não de olvidando que, concedida a medida, poderá ela ser revogada ou modificada a qualquer momento.

Assim, fazem a sumariedade formal e material parte das características da tutela antecipatória, em virtude da urgência do provimento jurisdicional.

2.12.3 Revogabilidade e modificabilidade

A revogação e a modificação dos efeitos da tutela concedida encontra previsão no § 4º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, ao dispor que aludidas medidas poderão ser utilizadas a qualquer tempo, desde que não encerrada a prestação jurisdicional, e por decisão fundamentada, pelo mesmo juízo que a deferiu.

Para FADEL, revogação “*significa volta à situação anterior com a cessação dos efeitos ou dos atos que provocaram alteração na situação de fato, devendo ela retornar ao estado em que se encontrava antes da decisão antecipatória*”.⁵⁴

⁵⁴ Op. Cit., p.58.

Por isso, haverá revogação toda vez que, em virtude de novos fatos, equívoco ou em caso de desaparecimento da verossimilhança das alegações do autor, não puder a medida concedida subsistir sem acarretar prejuízo ao réu.

Sobreleve-se que, em havendo a revogação da medida antecipatória, essa decisão produzirá efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagirá à data da concessão, devendo a situação ser restabelecida ao estado *a quo*. Ressalte-se que, nem sempre isso será possível, pois, embora em harmonia com a reversibilidade da tutela, haverá situações em que será difícil, quando não impossível, o restabelecimento do estado inicial. Em ocorrendo essas situações, há de prevalecer o entendimento pelo descabimento da antecipação da tutela.

No que concerne à modificação, aduz o mesmo autor que esta significa o ato do juiz que substitui a “*tutela antes deferida por outra, mais adequada a satisfazer o pedido do autor ou a não prejudicar demasiadamente o réu*”.⁵⁵

A distinção de ambas as medidas encontra-se na circunstância de que, a revogação é a subtração da eficácia da medida deferida por não mais persistirem as razões que a determinaram, enquanto que a modificação é um provimento que tem por fim último substituir a medida ou converte-la em outra.

Como alhures mencionado, para que a revogação ou modificação da antecipação da tutela se torne possível, faz-se necessário um motivo ensejar, a fim de se fundamentar a decisão.

Para melhor esclarecimento, leciona MARINONI que:

As razões que permitem a revogação ou modificação da tutela, quando não interposto o agravo, são as “novas circunstâncias”, vale dizer, são “outras razões”. Não é somente a alteração da situação de fato objeto da lide que permite a modificação ou revogação da tutela, mas também o surgimento, derivado do desenvolvimento do contraditório, de uma outra evidência sobre a situação de fato. É o caso da produção de prova que pode alterar a convicção do julgador acerca da situação fática.⁵⁶

Nesse seguimento, pode-se extrair duas situações em que a revogação e a modificação se fazem possíveis. A primeira, relacionada ao desaparecimento ou à inexistência do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; o segundo,

⁵⁵ Ibidem, p. 60.

⁵⁶ Marinoni (1998) apud Amaral, Júlio Ricardo de Paula (2001; p. 81).

surgindo através da cognição do juiz acerca dos fatos narrados, em virtude de tomar ciência das razões do réu pela sua defesa.

Um ponto interessante dentro dessa característica é o fato de saber se o juiz poderá revogar ou modificar a antecipação da tutela de ofício. Entende-se que tal providência não se torna possível, na medida em que para a concessão dessa tutela de urgência urge o requerimento da parte e, desta forma, para que a revogação ou modificação venha a efeito, faz-se necessária a formulação de um pedido nesse sentido pelo interessado. Em sentido oposto, posiciona-se COSTA MACHADO, argüindo que:

... tanto a revogação, como a modificação, da tutela antecipada, seja ela acautelatória, seja ela sancionatória, sempre pode ser decretada *ex officio* pelo juiz ou relator. Afinal de contas, a antecipação da tutela corresponde a modalidades excepcionais de prestação jurisdicional que são estabelecidas pela lei não apenas como benefício a favor dos demandantes, mas também como benefício a favor do próprio processo.⁵⁷

Em senso assim, considerando que a concessão da tutela antecipatória é meio de fomento da efetividade e da credibilidade do Judiciário, sua outorga arbitrária equipara-se à uma sentença injusta, tornando o Estado o maior interessado em sua revogação, não necessitando aguardar o requerimento do réu para a eliminação da medida arbitrária.

Acerca do exposto, conclui-se que para a ocorrência de tais medidas, além da provocação da parte, é primordial a existência de novos fatos passíveis de alterar a situação fática ou modificar o entendimento do magistrado acerca daquela que ocasionou o deferimento da tutela antecipada.

2.12.4 Satisfatividade fática

Existem controvérsias no tocante a saber se constitui a tutela antecipada medida satisfativa ou não.

Para alguns autores, com o fulcro de se chegar a uma conclusão mais próxima do real caráter da medida antecipatória, faz-se necessária uma distinção entre satisfatividade fática e satisfatividade jurídica. Na primeira, a satisfação do direito coincide com a sua

⁵⁷ Op. Cit., p. 581.

realização no plano social; na segunda, a satisfação é obtida por meio de processo com sentença declarando a existência do direito invocado, solucionando a controvérsia, ocorrendo a satisfação sem a necessidade de qualquer outro provimento.

Desta forma, há aqueles que acreditam ser a tutela antecipatória medida de caráter satisfativo, seja por fazer parte da satisfatividade fática, seja por não fazer distinção entre esta e a jurídica.

Compartilhando desta linha de raciocínio, WAMBIER (T. A. A.) aduz:

Trata-se de tutela satisfativa no sentido de que o que se concede ao autor liminarmente coincide, em termos práticos e no plano dos fatos (embora reversível e provisoriamente), com o que está sendo pleiteado “principaliter”. É importante que se observe que a expressão “satisfatividade” comporta vários sentidos. Um deles é o que se mencionou acima. Outro diz respeito à irreversibilidade da medida concedida, no plano empírico. Outro, ainda, está ligado à prescindibilidade da ação principal (ou de outra decisão, posterior, que confirme ou infirme a medida concedida). Só no primeiro sentido é que se pode considerar satisfativa a tutela antecipatória.⁵⁸

Essa também é a opinião de DINAMARCO, argüindo que a tutela antecipatória possui caráter satisfativo, tendo em vista que as medidas antecipatórias *“incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais para ampará-lo, como se dá com as cautelares”*.⁵⁹

De outra parte, há aqueles que afirmam que a tutela antecipada não é modalidade de tutela jurisdicional satisfativa, pois, como vislumbra PAULA AMARAL, ela não possui *“o condão de satisfazer o direito invocado em juízo, tendo em vista que se trata de medida concedida em caráter provisório, fundada em cognição sumária e passível de revogação ou modificação”*.⁶⁰

O mesmo entendimento é despendido por BEDAQUE ao ensinar que:

Na tutela satisfativa final pretende-se a solução definitiva da controvérsia, bem como que se tornem definitivos os efeitos antecipados provisoriamente, antecipação, essa, destinada apenas a dotar de utilidade o resultado do processo. Por isso é que a tutela antecipada “precipita no tempo” o possível resultado final e definitivo do processo, que deverá prosseguir até que este seja alcançado.

⁵⁸ Op. Cit., p. 536.

⁵⁹ Dinamarco apud Amaral (2001; p. 83).

⁶⁰ Op. Cit., p. 87.

Inadmissível, pois, a satisfação definitiva do direito com a tutela antecipada. Essa tem por objeto assegurar o resultado, antecipando-o provisoriamente.⁶¹

Portanto, frise-se que a antecipação dos efeitos da tutela possui caráter provisório, na medida em que aguarda a tutela jurisdicional final ou satisfativa.

No mais, são as tutelas antecipatórias concedidas por meio das decisões interlocutórias, que nitidamente possuem caráter provisório, tendo como fonte geratriz a cognição sumária, podendo ser confirmada ou infirmada posteriormente. Por não atingirem o mérito da questão posta em litígio, uma vez que não se constituem em sentença (pronunciamento judicial definitivo), não podem tutelar os direitos de forma satisfativa.

2.12.5 Preventividade

A preventividade da antecipação da tutela está previamente relacionada com a sua urgência.

Insurge-se quando a antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela jurisdicional, ocasiona a prevenção de um dano irreparável ou de difícil reparação, decorrente da morosidade do processo, ou de atos manifestamente protelatórios do réu, evitando a injusta espera do autor para a realização de seu direito material.

2.12.6 Provisoriedade

Como dito no início do presente estudo sobre as características da tutela antecipada, constitui a provisoriedade uma de suas principais particularidades, afinal não possui este provimento jurisdicional o objetivo de regular a controvérsia estabelecida no processo definitivamente.

Está a tutela antecipatória sujeita ao regime das “execuções provisórias”, conforme estabelecido no § 3º, do artigo 273, do Código de Processo Civil, sendo passível a

⁶¹ Op. Cit., p. 287-288.

revogação ou modificação a qualquer momento, desde que por meio de decisão fundamentada (artigo 273, § 4º).

Urge salientar que encontra presente na doutrina discussão quanto à distinção dos vocábulos temporário e provisório, no tocante à sua aplicação na antecipação dos efeitos da tutela.

Para BARBOSA MOREIRA, não há que se falar em divergência terminológica entre os aludidos termos, haja vista que a tutela “*não se destina a durar indefinidamente: só se justifica enquanto subsistem as razões que a determinaram, e de modo particular enquanto não se dispense a tutela satisfativa*”.⁶²

Todavia, para CALAMANDREI há distinção entre temporal e provisório, como se depreende de seu ensinamento:

Temporal é, simplesmente, o que não dura para sempre; o que independentemente de sobrevir outro evento, tem por si a mesma duração limitada; provisório é, ao contrário, o que está destinado a durar até que sobrevenha um evento sucessivo, em razão do qual o estado de provisoriedade subsiste durante o tempo intermediário.⁶³

Assim, possui a temporariedade do prazo determinado, não ficando a mercê de provimento superveniente; ao contrário, o provimento provisório vigorará até que sobrevenha um julgamento que fará cessar a provisoriedade, já que este possui traços de definitividade.

Ademais, determina o § 5º, do artigo 273 que, independente de ter sido concedida a medida antecipatória, prosseguirá o processo até seu final julgamento.

Para THEODORO JÚNIOR, de seu caráter provisório, emergem as seguintes conseqüências:

a) a medida será prontamente executada, nos próprios autos da ação de conhecimento;

b) a lei não exige prestação de caução para o deferimento da medida, todavia, poderá o juiz exigi-la se as circunstâncias aconselharem tal contracautela, aplicando-se analogicamente o artigo 804 do Código de Processo Civil; e

⁶² Moreira (1996) apud Amaral (2001; p. 87).

⁶³ Calamendrei (1945) apud Amaral (2001; p. 88).

c) por ser provisória, a execução da antecipação dos efeitos da tutela correm por conta e risco do promovente, não sendo permitida a transferência do bem em litígio, nem levantamento de dinheiro, sem que seja prestada caução.

A antecipação dos efeitos da tutela surge no processo sem a pretensão de ter permanente duração, mas com a certeza de que um futuro provimento definitivo irá substituí-la.

2.12.7 Reversibilidade

Procura a lei evitar a concessão do provimento antecipatório quando houver receio de que seus efeitos tornem-se irreversíveis, causando evidente prejuízo para o réu. Aludida restrição encontra seu fundamento legal no § 2º do artigo 273 do Código de Processo Civil. Ademais a irreversibilidade vai de encontro com o caráter sumário do instituto.

Com a mesma orientação, encontra-se alusão a essa proibição à irreversibilidade também no texto constitucional ao prever, no inciso LIV da Carta Magna de 1988, que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. A concessão da antecipação da tutela, com caráter definitivo e, portanto, irreversível, aduz evidente ofensa à adequada e justa prestação jurisdicional.

Não obstante a má dicção do texto legal se dirija ao provimento antecipatório, é certo que a reversibilidade é destinada aos efeitos dessa medida.

Com esse posicionamento, afirma BARBOSA MOREIRA que “*o que deve ser reversível, ou o que não pode ser irreversível, para que a tutela possa ser antecipada é a situação criada pelo provimento, ou seja, o conjunto de efeitos que esse provimento produz*”.⁶⁴

É importante que a reversibilidade seja estabelecida dentro dos limites do processo em que o direito está sendo discutido, possibilitando ao juiz restabelecer plenamente o estado *a quo* das partes, por ser inconcebível onerar irremediavelmente o réu em benefício do autor.

⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C. **A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil**. Revista de Processo. São Paulo, ano 21, n.81, p.204, 1996.

Há que se analisar, ainda, que existem situações que não permitem a reversibilidade da medida, embora exija uma imediata tutela jurisdicional. Em casos tais, deverá o magistrado lançar mão do princípio da proporcionalidade diante do qual, analisando os valores em jogo, concederá ou não a medida antecipatória, podendo exigir a prestação de contracautela para garantir futura indenização, se for o caso.

O princípio da proporcionalidade, como explica KARL LAREZ, exige uma ponderação dos direitos ou dos bens jurídicos que estão em jogo, conforme o peso que é conferido a determinado bem na respectiva situação.⁶⁵

Neste sentido, o antigo Código de Processo Civil português de 1939 já dispunha em seu artigo 406, § 3º que: “*O Tribunal procurará manter o justo equilíbrio entre os dois prejuízos, o que a providência (cautelar) pode causar e o que pode evitar*”.

Não pode a irreversibilidade constituir-se em óbice à concessão da tutela antecipatória lembrando que, além da análise dos interesses em conflito, depende a antecipação da verossimilhança do direito alegado pelo autor, além de uma superioridade argumentativa e probatória, em outras palavras, não está a tutela antecipada sujeita apenas à questão da irreversibilidade dos efeitos fáticos da medida, mas também a outros requisitos previstos legalmente que, analisados conjuntamente, restringem demasiadamente as hipóteses de incidência da medida antecipatória.

Aliás, é o que ocorre nos casos de alimentos provisionais e outras medidas tutelares, no âmbito do direito de família, nos quais o caráter provisório nunca foi obstáculo para o deferimento de medidas satisfativas de natureza irreversível.

Para outros doutrinadores, como DINAMARCO, o deferimento da medida antecipatória não poderá gerar efeitos irreversíveis, sob pena de se contrariar preceitos constitucionais, tais como o do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, além de gerar efeitos definitivos a uma medida provisória e de cognição sumária.

Com o mesmo raciocínio, aduz COSTA MACHADO que:

... admitir-se a idéia de que o juiz em sede liminar ou antes de cumprida todas as providências preliminares exigidas para o julgamento conforme o estado do processo, possa prever irreversivelmente acerca da pretensão do demandante é o mesmo que admitir o seu poder para julgar procedente, de forma definitiva, o

⁶⁵ Larez apud Benasse (p. 451).

pedido do autor sem que se tenha assegurado ao réu o exercício pleno dos direitos processuais que a Constituição lhe confere.⁶⁶

No momento de sua decisão, deverá o magistrado ter em mente o direito à efetiva prestação jurisdicional de um lado e, de outro, o direito à certeza e à segurança jurídica, a fim de se chegar a uma solução mais justa, embora seja necessário o sacrifício de um direito menos provável em benefício de um dotado de maior preeminência.

2.13 A concessão da tutela antecipada

Como anteriormente exposto, a tutela antecipatória do art. 273 do Código de Processo Civil, tem por objeto a antecipação dos efeitos da sentença de mérito de qualquer ação de conhecimento, mediante o preenchimento de alguns requisitos.

Desta forma, passaremos a analisar o cabimento da antecipação de tutela nas diversas modalidades de sentença: condenatória, constitutiva ou declaratória.

2.13.1 Nas ações condenatórias

Nas ações condenatórias reside o núcleo da tutela antecipada, comportando execução plena, uma vez que o autor não pleiteia apenas o reconhecimento de seu direito, mas também a imposição de uma sanção para o réu. Sendo assim, o que se antecipa é o efeito da condenação pedida pelo autor.

Há de se esclarecer que, as ações condenatórias são, antes de mais nada, declaratórias. Portanto, só poderia ocorrer a condenação, após declarada a relação jurídica. Todavia, tal comportamento deixaria ao desamparo as vítimas do fato perpetrado.

De efeito. A fim de se evitar injustiças, entendeu por bem a jurisprudência não antecipar a condenação, mas sim, apenas seus efeitos executivos, evitando prejuízos graves ao réu.

⁶⁶ Op. Cit., p. 474.

Exemplifica COSTA MACHADO, casos em que a antecipação da tutela se mostra viável:

... vejamos que demandas, concretamente, podem ilustrar o cabimento da antecipação de efeitos fáticos condenatórios. Registre-se o seguinte elenco: 1) ação de indenização movida por viúva grávida por morte de seu marido, em acidente de trânsito, com pedido de antecipado de alimentos provisionais contra a Prefeitura Municipal; 2) ação de indenização movida por profissional que fica impossibilitado de manter o sustento próprio e da família, em razão da destruição de seu veículo em acidente; 3) ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, pelo procedimento ordinário onde se requeira a antecipação de alimentos provisionais...⁶⁷

Destarte, não há discussões sobre a possibilidade de concessão da medida antecipatória, pelo fato de que a dicção do § 3º, do artigo 273, faz referência ao artigo 588, ambos do Código de Processo Civil, que trata da execução provisória da sentença.

2.13.2 Nas ações constitutivas

As ações constitutivas, assim como as condenatórias, também apresentam uma carga declaratória além, é claro, do reconhecimento da procedência do pedido, para modificar, criar ou extinguir uma relação jurídica.

Não se pode afirmar ou negar, de forma absoluta, o seu cabimento, devendo-se examinar o caso concreto.

Os argumentos utilizados por aqueles que não admitem a sua ocorrência, se fundamentam no fato de que estas ações têm por finalidade a alteração de uma situação jurídica, bem como de sua falta de aptidão para a produção de atos de execução forçada. Para eles, a formação de uma nova relação jurídica apenas poderá ser deferida após uma cognição exauriente, em sentença definitiva de mérito.

Com esta assertiva, proclamou FADEL:

... o que o juiz antecipa com base no art. 273 do CPC, é, parcial ou totalmente, o pedido do autor, e não o efeito da sentença, resulta claro, num primeiro

⁶⁷ Op. Cit., p. 500

exame, que será impossível a antecipação de tutela, nas demandas constitutivas, principalmente nas negativas, quando tal providência a lei reserve com exclusividade à sentença de mérito. [...] Como o juiz não pode antecipar o efeito da sentença, mas tão somente tutelar o pedido do autor, não há como antecipá-lo quando ele (o pedido) somente pode ser alcançado pela sentença de mérito, por disposição expressa da lei.⁶⁸

Não obstante o entendimento do insigne jurista, não é este o posicionamento corroborado pela maior parte da doutrina, fincada na efetividade da jurisdição para conceder ao titular da pretensão efeitos práticos ao direito almejado, com o amparo do provimento judicial. Busca a tutela antecipada inibir a concretização de um dano perante o direito substancial do autor, antecipando apenas os efeitos práticos dessa pretensão, e não o seu efeito constitutivo definitivo.

A antecipação da tutela contém em seu bojo um preceito que se dirige à parte adversa, proibindo-a de adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo do autor. E a sujeição do réu a esse *mandamus*, conferido pela tutela antecipatória, pode ser determinado tanto nas sentenças condenatórias, quanto nas constitutivas ou declaratórias.

Não é crível argumentar que se torna impossível a antecipação do exercício de um direito que ainda poderá ser constituído. Ocorre que, adotando este pensamento, estaríamos delimitando o alcance do direito contemporâneo, qual seja, a efetividade do serviço forense, negando-lhe, quem sabe, eficácia. Assim, para uma melhor visualização, é de bom alvitre implantar a antecipação da eficácia constitutiva da sentença no caso concreto, através de um exemplo retirado da obra de MARINONI:

Pense-se apenas na tutela antecipatória de fixação provisória de aluguel, expressamente admitida na ação revisional do valor da locação. A tutela que fixa provisoriamente o aluguel não antecipa qualquer efeito executivo ou mandamental. Com a fixação provisória do aluguel não se objetiva abrir ao autor o caminho da execução forçada, até porque sequer se supõe inadimplemento na ação revisional; nesse caso há somente a modificação provisória do valor do aluguel. É certo que tal mutação provisória poderia não ter utilidade se, por exemplo, o locador não pudesse propor ação de despejo com base em falta de pagamento do aluguel fixado provisoriamente. Observe-se, contudo, que o fato de ser possível a utilização da ação de despejo nada tem a ver com a (im)possibilidade técnico-processual da provisoriedade da constituição, mas apenas com a sua efetividade. Quando é possível extrair da constituição provisória alguma pretensão condenatória, mandamental ou executiva, dá-se

⁶⁸ Op. Cit., p. 45.

vida, em caso de inobservância da tutela antecipatória, à provisoriedade, que, em outro caso, poderia se transformar em algo sem muita utilidade.⁶⁹

Portanto, em atenção à efetividade da tutela jurisdicional, é perfeitamente possível adiantar os efeitos práticos vinculados à sentença final constitutiva, uma vez que essa antecipação prende-se a aspectos provisórios, e não satisfativos da sentença constitutiva propriamente dita.

2.13.3 Nas ações declaratórias

As ações declaratórias têm como finalidade a obtenção de uma certeza quanto à existência ou inexistência de uma relação jurídica, bem como no que concerne à autenticidade ou falsidade de um documento. Tais objetivos são alcançados após uma cognição exauriente, formando a coisa julgada material. Desta forma, as sentenças declaratórias exaurem, em si mesmas, toda a tutela jurisdicional pretendida.

Aqui, assim como nas ações de natureza constitutiva, existe divergência doutrinária quanto à possibilidade de deferimento da tutela antecipada em seu bojo ou não, baseados, ainda, na impossibilidade de execução do provimento e na impossibilidade de se deferir uma certeza de caráter provisório.

Não obstante esse raciocínio, adverte o mestre THEODORO JÚNIOR:

Se não é razoável antecipar-se a declaração provisória de certeza, é irrecusável que se pode formar um juízo de verossimilhança a seu respeito e a partir dele analisarem-se *atos do titular* que seriam legítimos em função da situação pendente de acerto e que se não assegurados desde logo acarretar-lhe lesão irreparável ou dificilmente reparável.⁷⁰

Ademais, conforme disposto no § 2º do artigo 273, não é permitida a antecipação de tutelas em situações irreversíveis que pudessem acarretar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao réu. Ainda assim, há que se ressaltar que não existe tutela meramente

⁶⁹ MARINONI, L. G. Ações declaratórias e constitutivas. In: WAMBIER, T. A. A. (coord). **Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 275.

⁷⁰ Op. Cit., p. 574-575.

declaratória que seja irreversível, haja vista que não provoca nenhuma modificação prejudicial ao réu.

Com este entender, proclamou FRIAS: “...como a sentença de cunho meramente declaratório não admite execução, porque o autor se contenta com o mero acerto do direito litigioso, claro que quando o pedido tiver sido de tal espécie, não tem cabimento pretensão antecipatória...”.⁷¹

Ocorre que, a execução embasada pela antecipação de tutela não é a execução em seu sentido técnico, tendo como fundamento um título executivo. Ela apenas almeja impedir que ocorra algum dano no direito substancial do autor, impossibilitando sua efetividade, sua realização.

Com toda a probidade, ensina o professor THEODORO JÚNIOR:

Qualquer sentença, mesmo as declaratórias e constitutivas, contém um preceito básico, que se dirige ao vencido e que se traduz na necessidade de não adotar um comportamento que seja contrário ao direito subjetivo reconhecido e declarado ou constituído em favor do vencedor, É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas.⁷²

Seguinte esta orientação, também proclamou BAPTISTA DA SILVA:

A análise precedente autoriza-nos a concluir que o campo de incidência das liminares antecipatórias previstas no art. 273, em sua nova redação, coincide com os efeitos – nunca com o conteúdo – de qualquer uma dessas três ações (declaratórias, constitutivas e condenatórias) que se caracterizam por sua natureza de efeitos práticos, não normativos, o que corresponde a afirmar que os efeitos que poderão ser antecipados serão sempre, e exclusivamente, os efeitos normativos da sentença (declarar e constituir) não podem ser (provisoriamente) antecipados.⁷³

Assim, as mais diversas ações permitem a concessão da tutela antecipatória, seja em sentido negativo, ou seja, sujeitando o réu a determinadas proibições, ou em caráter positivo, permitindo ao autor a prática de atos executórios para a defesa de seu direito.

⁷¹ FRIAS, J. E. S. RT, ano 85, v. 728, junho de 1996, p. 72 a 77.

⁷² Op. Cit., p. 573.

⁷³ Baptista da Silva apud Ernani Fidélis dos Santos. **Antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência.** Revista de Processo, n. 97, p. 198.

Para que ocorra o seu deferimento, faz-se necessário que o autor demonstre o seu interesse na medida, com o fim de garantir os efeitos de um futuro provimento final à seu favor.

2.14 Extensão da tutela antecipatória

Permite a lei que os efeitos da antecipação da tutela sejam deferidos no todo ou em parte, conforme o “*caput*” do artigo 273.

A extensão da antecipação não se configura como um ato discricionário do juiz, devendo ele ater-se aos princípios da necessidade, de forma a garantir a efetividade da tutela jurisdicional, e da adstrição, não concedendo a medida fora ou além do almejado pelo autor no pedido inicial. Com esse entendimento, proclamou FADEL que: “*se o juiz pode antecipar, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida no ‘pedido inicial’ é certo que nada além, estranho ou fora do pedido, pode ser objeto da antecipação*”.⁷⁴

Aduz BARBOSA MOREIRA que, nada impede que o juiz conceda uma medida menos ampla, ou seja, de abrangência menor do que aquela que constitui o objeto do pedido, não configurando julgamento *citra petita*.⁷⁵

Assim, a antecipação somente incidirá sobre aquele pedido que esteja correndo o risco de se tornar inócuo diante da demora na prestação da tutela jurisdicional.

Reafirme-se, aqui, que a antecipação dos efeitos da sentença não é ato discricionário do juiz, pelo fato de que sua decisão deverá ser fundamentada, conforme imposição do § 1º do artigo 273 do Código de Processo Civil. Deverá o magistrado esclarecer que estão presentes os requisitos genéricos e específicos, bem como não demonstrar a medida natureza de irreversibilidade.

2.15 Eficácia da antecipação dos efeitos da tutela

O provimento jurisdicional que antecipa os efeitos da tutela pode ter caráter mandamental ou executivo *latu sensu*.

⁷⁴ Op. Cit., p. 51.

⁷⁵ Op. Cit., p. 209.

Primeiramente, tem-se por eficaz o ato que possui capacidade para produzir efeitos tanto no mundo jurídico como no mundo fático.

Para NERY JÚNIOR, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional configura-se em: “*providência que tem natureza jurídica de execução ‘lato sensu’(...) já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida pretendido com a ação de conhecimento*”.⁷⁶

De contrapartida, assevera BAPTISTA DA SILVA que esse provimento tem eficácia executiva e mandamental. Segundo esse ilustre jurista:

... as sentenças executivas buscam a realização de um ato originariamente devido pelo demandado, enquanto a sentença mandamental expressa uma determinação imperativa, inerente e exclusiva do magistrado, enquanto representante do poder estatal.⁷⁷

Pelo mesmo raciocínio, ensina MARINONI:

A tutela antecipatória poderá ter perfil mandamental, quando o juiz dará uma ordem determinando um não fazer ou um fazer fungível ou infungível. (...) Em outros casos o provimento assumirá natureza executiva. (...) A decisão liminar antecipatória que assume natureza executiva decreta a execução. (...) Tendo natureza mandamental ou executiva, a decisão antecipatória será sempre provisória, ou seja, perdurará até que a sentença a confirme ou revogue.⁷⁸

Conclui-se, dessa forma, que o provimento jurisdicional que antecipa os efeitos da tutela pode ter tanto a eficácia mandamental, na medida em que a ordem judicial é suficiente para tornar efetiva a decisão antecipatória, como executiva “*lato sensu*”, por não ser a ordem judicial, por si só, eficaz para compelir a parte contrária a cumprir espontaneamente o ato decisório.

2.16 Momento da antecipação

Questão bastante controvertida em nosso ordenamento jurídico é saber em que oportunidade poderá a antecipação dos efeitos da tutela ser deferida pelo magistrado,

⁷⁶ Op. Cit., p. 383.

⁷⁷ BAPTISTA DA SILVA, O. A. O processo civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, T. A. A. **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 420-421.

⁷⁸ Marinoni apud Amaral (p. 138-139).

devido ao fato de não haver na lei, disposição expressa a esse respeito. Na verdade, o dispositivo legal apenas autorizou a concessão da medida nos casos em que os requisitos previstos no artigo 273 estiverem presentes e, em caso do autor da demanda, provável detentor do direito em litígio, estar sob a ameaça de sofrer um dano ou em virtude do propósito protelatório do réu.

A grande maioria da doutrina, atendendo o anseio da justiça em oferecer maior efetividade ao processo, têm entendido que o momento para a concessão da antecipação da tutela deve ser estendido a qualquer tempo, inclusive na fase recursal.

Com esse entendimento, leciona THEODORO JÚNIOR:

O que realmente quis o art. 273 do CPC foi deixar a matéria sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para a postulação e deferimento da antecipação de tutela. Poderá tal ocorrer no despacho inicial, mas poderá também se dar ulteriormente, conforme o desenvolvimento da marcha processual e a superveniência de condições que justifiquem a providência antecipatória... Mesmo após a sentença e na pendência de recurso, será cabível a antecipação da tutela, caso em que a medida será endereçada ao Tribunal, cabendo ao relator deferi-la, se presentes os seus pressupostos... Da mesma forma, se o juiz de primeiro grau a indeferir, a parte poderá manejar o agravo de instrumento e, de plano, terá condições de obter liminar junto ao relator, se puder demonstrar a urgência da medida e a configuração de todos os seus pressupostos legais.⁷⁹

Assim, poderá haver o deferimento da medida em qualquer fase processual, desde que as provas colhidas ao longo da demanda não tenham a exclusiva finalidade antecipatória e presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Desta forma, havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, será permitida a concessão da medida *in limine litis*, em outras palavras, presentes os pressupostos legais no momento da propositura da demanda judicial, a tutela antecipatória poderá ser concedida *inaudita altera pars*, sem qualquer forma de óbice legal, desde que haja extrema urgência.

Conforme anotou NERY JÚNIOR:

Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, que não constitui ofensa, mas sim *limitação*

⁷⁹ Op. Cit., p. 562.

imane do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento.⁸⁰

No dizer de MARINONI, a concessão liminar da medida antecipatória recebe a denominação de *contraditório postecipado*.⁸¹

Segundo o entender de BEDAQUE, a idéia de concessão liminar da medida é relativa, já que ela só poderá ser aplicada sem a presença do réu se sua convocação resultar em perigo para a efetividade da tutela jurisdicional. Em sendo assim, ensina o ilustre professor:

Nem mesmo a exigência do contraditório constitui empecilho insuperável à posição ora adotada. São inúmeras as hipóteses de liminar *inaudita* no sistema processual. Tal solução, excepcional evidente, não viola o contraditório, pois a parte contrária, ao tomar conhecimento da medida, possui meios prontos e eficazes para altera-la. E o princípio em questão, como de resto, todos os demais, deve ser analisado em conformidade com os escopos maiores do sistema processual...Embora admissível a antecipação antes de o réu integrar o contraditório, tal solução mostra-se absolutamente excepcional, pois o juiz terá, como elementos de informação, apenas a visão unilateral do fenômeno apresentado pelo autor.⁸²

É de bom alvitre mencionar que também para BARBOSA MOREIRA, a aludida providência liminar não fere o princípio do contraditório, uma vez que qualquer princípio processual não pode ser interpretado ao extremo, a ponto de inviabilizar a prestação jurisdicional.⁸³

No que tange a hipótese do inciso II do artigo 273, fazendo uma interpretação restritiva, a medida antecipatória somente poderá ser concedida após a resposta do réu, uma vez que aludido dispositivo aduz ao abuso do direito de defesa e manifestou propósito protelatório do réu. Esse entendimento é esposado por BEDAQUE.⁸⁴

Não obstante supramencionado raciocínio, posicionamento mais liberal entende ser pertinente a concessão da medida antecipatória fundada no dispositivo em análise, mesmo antes de configurada a tríade processual. É que para alguns processualistas, dentre os quais,

⁸⁰ NERY JÚNIOR, N; NERY, R. M. de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. Adendo a 6. ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, nota 11, p. 11.

⁸¹ Marinoni apud Amaral (p.139).

⁸² Op. Cit., p.346-7.

⁸³ Moreira apud Amaral (p.139-140).

⁸⁴ Op. Cit., p. 347.

BATISTA LOPES, esta hipótese ocorreria quando o réu agisse de tal forma, a ponto de frustrar o ato citatório, ocasião em que a tutela seria antecipada antes da citação.⁸⁵

Ainda analisando os momentos em que a antecipação é realizada no processo de conhecimento, frise-se que o pedido poderá ser formulado no curso do processo, no caso dos pressupostos surgirem após a contestação ou, até mesmo, por ocasião da fase probatória. Em sendo assim, caracterizado o juízo de verossimilhança, a tutela antecipatória será concedida em qualquer fase.

Desta forma, asseverou COSTA MACHADO:

...antes ou depois dos seguintes atos é possível a concessão da tutela antecipada acautelatória, desde que o autor consiga demonstrar a “prova inequívoca” superveniente e/ou o “fundado receio de dano irreparável” superveniente. Os atos são os seguintes: determinação de providências de regularização (art. 327, *in fine*); especificação de provas (art. 324); designação de audiência preliminar (art. 331); realização de audiência preliminar; indicação de assistente técnico e apresentação de quesitos (art. 421, § 1º); a apresentação do laudo pelo perito (art. 433); designação de audiência de instrução (art. 331, § 2º) e outros que possam ter lugar no curso da fase instrutória.⁸⁶

No mesmo sentido, leciona NERY JÚNIOR:

Esta medida de tutela antecipada pode ser concedida *in limine litis* ou em qualquer fase do processo, *inaudita altera pars* ou depois da citação do réu. Pode ser concedida na sentença e depois dela. Para conciliar as expressões “prova inequívoca” e “verossimilhança”, aparentemente contraditórias, exigidas como requisitos para a antecipação da tutela de mérito, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio entre elas, o que se consegue com o conceito de *probabilidade*, mais forte do que verossimilhança, mas não tão peremptório quanto o de prova inequívoca. É mais do que o *fumus boni iuris*, requisito exigido para a concessão de medidas cautelares no sistema processual civil brasileiro. Havendo dúvida quanto à probabilidade da existência do direito do autor, deve o juiz proceder a *cognição sumária* para que possa conceder a tutela antecipada.⁸⁷

Discutiu-se muita na doutrina a possibilidade de ser a tutela antecipatória concedida no bojo da sentença.

Dentre os doutrinadores que negavam tal possibilidade, argumentava-se que não haveria mais necessidade da medida antecipatória pelo fato da pretensão deduzida pelo autor da peça inaugural já ter sido apreciada definitivamente.

⁸⁵ BATISTA LOPES, J. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.76.

⁸⁶ Op. Cit., p. 559.

⁸⁷ Op. Cit., p. 13.

Outra parte da doutrina admitida a concessão dessa medida na sentença, pretendendo afastar o efeito suspensivo, em caso de recurso. Nesta assertiva, proclamou BEDAQUE:

A antecipação pode ser concedida na própria sentença. Não há necessidade de decisão interlocutória em separado. A exigência não se coaduna com a eliminação de formalidades desnecessárias. Também a falta de referência expressa às hipóteses de antecipação como fundamento para o juiz não atribuir efeito suspensivo à apelação parece circunstância irrelevante. Antecipar efeitos na sentença constitui providência incompatível com o efeito suspensivo do recurso, o que se revela suficiente para não concedê-lo.⁸⁸

Aliás, tal possibilidade de concessão também foi referendada por NERY JÚNIOR, como a seguir se observa:

É possível a concessão da tutela antecipada na própria sentença, desde que presentes os pressupostos legais. Enquanto não satisfeita a pretensão do autor, o que ocorre com o encerramento da execução (CPC 795), há interesse processual na obtenção da tutela antecipada. Assim, é perfeitamente possível que o autor a obtenha por ocasião da sentença.⁸⁹

Todavia, tal discussão deixou de ter importância com o advento da Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que inseriu o inciso VII, no artigo 520 do Código de Processo Civil, no qual o legislador antecipou os efeitos da tutela, como forma de negar efeito suspensivo ao recurso de apelação e estabelecendo, como regra geral, a devolutividade da apelação, permitindo a instauração da execução provisória.

Continuando com os ensinamentos de NERY JÚNIOR: *“Caso a tutela tenha sido concedida na própria sentença, a apelação eventualmente interposta contra essa sentença será recebida no efeito devolutivo quanto à parte que concedeu a tutela, e no duplo efeito quanto ao mais”*.⁹⁰

Prosseguindo com o estudo do momento para a concessão da tutela antecipatória, resta por esclarecer a possibilidade ou não da medida após a sentença, ou seja, em sede recursal.

⁸⁸ Op. Cit., p. 348.

⁸⁹ Op. Cit., p. 13.

⁹⁰ NERY JÚNIOR, N; ANDRADE NERY, R. M. de. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 6. ed., ver. e atual. De acordo com as Leis 10.352 e 10.358/01, 2002, nota 18, p. 867.

Nossa doutrina acolhe essa possibilidade de antecipação quando se pretende antecipar efeitos da sentença, não podendo mais o juízo *ad quo* intervir na relação processual, por ter esgotado a sua função jurisdicional.

Aliás, este é o entendimento que se extrai a interpretação do artigo 463 do Código de Processo Civil.

2.17 Execução da tutela antecipada

A execução da tutela antecipada deve respeitar o procedimento previsto para a execução provisória, de modo a não atingir o status de irreversibilidade da execução definitiva, pois, se a decisão final for contrária à antecipação, as coisas devem retornar ao *status quo ante*.

Antes da reforma processual efetivada pela Lei 10.444/03, o § 3º do artigo 273, que tem como temática a execução da tutela antecipada, remetia o intérprete às regras da execução provisória disciplinada no artigo 588, incisos II e III do Código de Processo Civil.

Desta forma, omitiu o legislador a incidência do inciso I do aludido dispositivo, que tratava da necessidade de prestação de caução pelo exequente para obter execução antecipada da tutela jurisdicional.

Diante desta conduta, surgiu em nosso ordenamento jurídico grande celeuma no que concerne à exigência ou não de caução para o deferimento da medida antecipatória, uma vez que a parte final do inciso II do artigo 588 determinava a prestação de caução na hipótese em que se buscava o levantamento de depósito em dinheiro.

Com a reforma de 2002, estabeleceu o legislador que se aplicasse, no que couber e conforme a sua natureza, as regras do artigo 588 para que a execução da tutela antecipada seja levada a efeito, em outras palavras, a execução da medida deverá ocorrer de forma plausível e compatível com os efeitos antecipados. Em sendo assim, ficaram as hipóteses de prestação de caução limitadas ao inciso II e § 2º do prefalado dispositivo, sendo a sua incidência adstrita a análise do caso concreto.

Esclarecendo as restrições à execução da tutela antecipada, leciona FIDÉLIS DOS SANTOS:

A tutela antecipada comporta execução. A execução, em si, não é provisória, mas sofre algumas restrições próprias da provisoriedade, exatamente porque também está sujeita a se prejudicar pelo julgamento definitivo. Assim, vedados ficam na execução da antecipação atos que importem alienação do domínio, porque este sempre se dá em definitividade, bem como não se autoriza qualquer levantamento em dinheiro, sem a prestação de caução idônea que só se efetiva em forma processual adequada (art. 273, § 3º, c./c. art. 588, II, e art. 826 e seguintes).⁹¹

Portanto, em um só tempo, procurou garantir o legislador a efetividade processual, assegurando a medida antecipatória, além de tutelar o requerido contra um prejuízo irreparável. Para que isso ocorra, sujeitou a tutela antecipada às regras que disciplinam o instituto da execução provisória, além das disposições que regulam as obrigações de fazer impostas a tal título, de modo a sistematizar a sua execução, evitando dúvidas sobre o procedimento a ser adotado em virtude da ausência de disciplina específica.

2.18 Necessidade de fundamentação da decisão antecipatória

Em qualquer decisão judicial é imprescindível a presença de fundamentação. E na tutela antecipada, cujo deferimento ocorre em decisão interlocutória, não poderia ser diferente, conforme disposição expressa do § 1º do artigo 273 do Código de Processo Civil.

A determinação de motivação estampada no aludido dispositivo é idêntica àquela prevista nos artigos 165 do Código de Processo Civil e 93, IX, da Carta Maior que prevê o princípio da motivação das decisões judiciais, cuja importância reside no fato de impedir o arbítrio jurisdicional. Saliente-se que, apesar de não constar do texto legal, é correto considerar que será nula a decisão que não apresentar sua fundamentação, mesmo que concisa.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Alçada do Estado do Piauí manifestou-se da seguinte forma:

⁹¹ FIDÉLIS DOS SANTOS, E. **Novos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 1. ed. – 2. tirag., p. 34-35.

TUTELA ANTECIPATÓRIA –Concessão mediante decisão judicial desfundamentada – Inadmissibilidade _Violação ao art. 93, IX, da CF.

Ementa Oficial: Toda e qualquer decisão judicial, ainda mais quando se destina a antecipar a eficácia de futuro provimento de mérito, como é o caso da tutela antecipatória prevista no art. 273 do CPC, deve ser fundamentada convincentemente, sob pena de violar-se o art. 93, IX, da CF em vigor (AgIn 00.000374-3 – 1ª Câm. Especializada – j. 11.04.2000 – rel. Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar).⁹²

Da mesma forma que para sua concessão há a necessidade de fundamentação, o § 4º do dispositivo *sub judic* também exige que o magistrado motive a decisão que revogará ou modificará a medida antecipatória.

A necessidade de fundamentação localiza-se na lógica de que, ao conceder a tutela antecipatória, estará o juiz examinando as mesmas matérias que estarão presentes na decisão definitiva, por ser ela hipótese, como já tratado, que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional final, diante da grande probabilidade de veracidade do direito invocado pelo autor. Ademais, tal decisão baseia-se em cognição sumária e, muitas vezes, por ser concedida liminarmente, diante da ausência de resposta do réu.

No que concerne aos significados das palavras “clara” e “precisa”, constantes do texto legal, há de se atentar para o fato de que a primeira tem como lógica a fundamentação que não revela nenhum tipo de contradição ou obscuridade diante dos fatos narrados, ou seja, a que permite uma fácil compreensão do porquê o juiz reputou presentes os requisitos que permitem a concessão da tutela antecipatória; no que concerne à acepção de “precisa”, diga-se que é a motivação contida nos limites do requerimento e fundamento apresentado pela parte.

Ressalte-se que a fundamentação não visa apenas informar a parte dos motivos que ensejaram tal medida, bem como evitar o arbítrio judicial. Também possui como alvo, o bom desenvolvimento da administração pública.

Para um melhor esclarecimento, ensina BENASSE:

... a motivação das decisões judiciais têm o escopo de não só demonstrar as razões de o juiz assim decidir, mas também, e principalmente, de ressaltar sua atuação pela ética, que visa sempre o bem comum. Evidencia que o juiz decide não porque lhe é conferido esse dever, essa autoridade, mas que a decisão, dessa ou daquela maneira, tem uma razão de ser.⁹³

⁹² RT, São Paulo, n. 781, p. 359.

⁹³ Op. Cit., p. 137-138.

Desta forma, além de informar a parte, busca o magistrado garantir a boa administração da justiça, do interesse público, agindo de acordo com a moralidade, princípio base da administração e do bem comum.

3 ALIMENTOS

3.1 Evolução histórica dos alimentos

3.1.1 No direito romano

O Direito Romano conheceu a obrigação alimentar baseada em causas diversas, quais sejam: na convenção; no testamento; na relação familiar; na relação de patronato e na tutela.

Primariamente, foi a obrigação alimentar celebrada entre a clientela e o patrono sendo que apenas mais tarde, foi aplicada nas relações familiares.

A doutrina romana demorou a admitir esta obrigação em sua esfera familiar em virtude de sua estrutura familiar ser fincada na figura do *pater familias*, o qual detinha sob sua condução todos os demais membros da família, não admitindo o reconhecimento dessa obrigação. Tais dependentes não poderiam exercitar contra o *pater* nenhuma pretensão de caráter patrimonial.

Não há uma precisão histórica no que concerne ao momento em que a noção de alimentos passou a ser conhecida.

De certo, terá sido a partir do momento em que o conceito de família e o vínculo sanguíneo adquiriram uma maior importância, seguida por um crescente sentimento de dever moral e de socorro, recaindo a controvérsia sobre quem estaria vinculado à obrigação alimentar.

No período de Justiniano, a obrigação recíproca entre ascendentes e descendentes em linha reta era largamente reconhecida, sendo muito provável que foi a partir desse momento que se estendeu à obrigação alimentar aos colaterais, sendo também o ponto de partida para a ampla reestruturação do instituto.

Existe, também, a controvérsia no que diz respeito à existência ou não do dever de alimentos entre os cônjuges. Para alguns doutrinadores, no direito clássico, essa obrigação não existiu. Todavia, tem-se que no direito justiniano, a mulher possuía o direito a alimentos, mas o marido não.

Sendo assim, aquilo que no princípio constituía um dever moral e de socorro, sob a égide de inúmeros fatores, passou a ser uma obrigação jurídica.

3.1.2 No direito canônico

O direito canônico, além de ampliar o conceito de alimentos, propagou o âmbito de aplicação da obrigação alimentar, abarcando, inclusive, as relações extrafamiliares.

Através da interpretação do texto que se referia ao *liberi naturalis* que se reconheceu o direito a alimentos aos filhos espúrios em relação ao companheiro da mãe, durante a gestação.

Foi aqui que também surgiram dúvidas sobre se haveria obrigação alimentar entre tios e sobrinhos ou entre padrinhos e afilhados em decorrência de seu vínculo espiritual.

3.1.3 No direito brasileiro

É nas Ordenações Filipinas que se encontra o texto mais expressivo no que se refere à obrigação alimentar, especificamente no Livro 1, Título LXXXVIII, 15, o qual reza os elementos que compunham a obrigação: “Se alguns órfãos forem filhos de tais pessoas, que não devam ser dados por soldados, o Juiz lhes ordenará o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado, e tudo mais em cada um ano. E mandará escrever no inventário, para se levar em conta a seu Tutor, ou Curador. E mandará ensinar a ler e escrever aqueles, que forem para isso, até a idade de 12 (doze) anos. E daí em diante lhes ordenará sua vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda”.

Tal instituto também disciplinou o direito alimentar dos filhos ilegítimos nos Livros 1, Título LXXXVIII, 11 e 4, Título XCIX, 1º.

O Assento de 09.04.1772, que adquiriu força e autoridade de lei por meio do Alvará de 29.08.1776, foi considerado o documento mais importante que disciplinava a obrigação alimentar. Dispunha “ser dever de cada um alimentar e sustentar a si mesmo”. Entretanto, também apresentava algumas exceções, como por exemplo, nos casos de irmãos, primos e consangüíneos legítimos e ilegítimos.

A Consolidação das Leis Civis, de autoria de TEIXEIRA DE FREITAS, disciplinou com mais técnica a obrigação alimentar no que concerne ao sustento dos filhos e os direitos recíprocos de alimentos entre pais e filhos.

Nosso Código Civil contemplou a obrigação alimentar como efeito jurídico do casamento, fixando-o entre os deveres dos cônjuges.

Concomitantemente, foram surgindo em nosso ordenamento inúmeras leis disciplinando o direito alimentar, sendo a de maior expressão a Lei 5.478, de 25.07.1968, pertinente à ação de alimentos. Como esta, encontram-se outras disposições legais, tais como: a Lei de Proteção à Família (Decreto-Lei nº 3.200, de 19.04.1941); o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis (Lei 1.711/52, artigo 126); o Estatuto dos Funcionários Públicos Militares (Decreto-Lei nº 9.698/46, artigo 40); a Lei 968, de 10.12.1949 (artigo 1º), dispondo sobre a tentativa de acordo nas causas de desquite litigioso e alimentos, inclusive os provisionais; a Lei 883, de 21.10.1949, regulando os alimentos provisionais em favor do filho ilegítimo reconhecido pela sentença de primeira instância; o novo Código de Processo Civil (artigos 732 a 735), disciplinando a execução da prestação alimentícia.

A Lei nº 8.560, de 29.12.1992, que trata sobre a Investigação de Paternidade dos filhos havidos fora do casamento, predizendo, em seu artigo 7º, quando da procedência da ação, a concessão de alimentos provisionais ou definitivos ao reconhecido que dele necessite.

A Lei nº 8.648/93, que acrescentou parágrafo ao artigo 399 do antigo Código Civil, aduzindo o dever de ajuda e amparo aos pais que, na velhice, não possuem condições de prover o próprio sustento. Os conviventes também receberam proteção legal no tocante a alimentos e à sucessão com as Leis nº 8.971, de 29.12.1994 e 9.278, de 10.05.1996.

O Novo Código Civil também trouxe algumas inovações, quais sejam: o caráter patrimonial da obrigação alimentícia, equiparando o cônjuge aos parentes, no direito de pedir alimentos, para fazê-los irrenunciáveis em qualquer caso, e remanescendo a obrigação alimentícia mesmo em caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial, até a benefício do cônjuge responsável pela separação e a possibilidade dos alimentos indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resulta de culpa de quem os pleiteia, ou, tratando-se de ex-cônjuge, foi responsável pela separação judicial.

Posto isso, está claro que o direito brasileiro possui uma gama de leis disciplinando o direito aos alimentos.⁹⁴

3.2 Conceito de alimentos

Para que se possa estudar alimentos, deve-se ter em vista que existem pelo menos dois conceitos: o comum e o jurídico. Dessa forma tem-se que alimento, em sentido coloquial, é: “a denominação comum às substâncias que nutrem, sustentam os seres vivos, contribuindo para sua manutenção e crescimento (...). Aquilo que serve para desenvolver as faculdades intelectuais”. (Grande Dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa)

Em sua linguagem técnica, mencionada expressão encontra-se empregada sempre no plural, tendo seu conceito uma maior amplitude por demonstrar uma *obrigação* proveniente de lei imposta a uma pessoa a presta-la a quem dela necessite.

De uma forma mais ampla, ensina-nos RODRIGUES que:

Alimentos, em Direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também do vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.⁹⁵

Nesse mesmo sentido, tem-se a lição de LOTUFO:

... são prestações periódicas destinadas a prover as necessidades básicas de uma pessoa, indispensáveis ao seu sustento, proporcionando-lhe uma vida modesta, porém digna. Por outras palavras, é a obrigação que tem por objetivo fornecer a uma pessoa meios indispensáveis à satisfação das necessidades essenciais da vida.⁹⁶

⁹⁴ CAHALI, Y. S. **Dos alimentos**. 4. ed. rev., atual., e ampl. com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. págs. 41/48.

⁹⁵ RODRIGUES, S. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002. 6. v., p.418.

⁹⁶ LOTUFO, M. A. Z. **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 5. v., p. 286.

Pelo que se observa, nosso Código Civil não tratou de elaborar um conceito de alimentos, ao contrário de codificações como a espanhola e a portuguesa. BORGES CARNEIRO escreve: *“Por alimentos entende-se tudo que é necessário para o sustento, vestuário (alimentos naturais) ou também a despesa de educação e instrução, e um tratamento correspondente aos bens e qualidades do alimentante (alimentos civis)”*.⁹⁷

O Código Civil espanhol, em seu artigo 142, assim retrata a obrigação alimentar: *“todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia; comprenden también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad”*.

Há em nosso Código Civil, semelhante disposição ao tratar do legado de alimentos, no artigo 1920⁹⁸, o qual determina a medida da obrigação alimentar. Da mesma forma procedia ao Código Civil italiano de 1865.

Há de se observar que todo o indivíduo tem direito à subsistência, sendo garantida primeiramente pelo seu trabalho, previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XIII⁹⁹. Todavia, a aqueles incapazes de se manterem, cabe ao Estado providenciar a supressão de tal carência, seja através de projetos assistenciais ou por meio da legislação.

Desta forma, é justo que o Estado receba auxílio na realização de tal tarefa por parte dos familiares do necessitado. E assim o é, baseado no princípio da preservação da dignidade humana (CF, artigo 1º, III)¹⁰⁰ e o da solidariedade familiar. Para SILVA PEREIRA, o Estado impõe *“aos parentes do necessitado, ou pessoa a ele ligada por um elo civil, o dever de proporcionar-lhe as condições mínimas de sobrevivência, não como favor ou generosidade, mas como obrigação judicialmente exigível”*.¹⁰¹

Sendo assim, os alimentos prestados a alguém tanto podem ser em espécie como em dinheiro, desde que atenda às necessidades daquele que o recebe no que concerne à

⁹⁷Carneiro apud Diniz (2002; p. 467).

⁹⁸ Art.1920: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

⁹⁹ Art. 5.: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

¹⁰⁰ Art. 1.: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”.

¹⁰¹ SILVA PEREIRA, C. M. **Instituições de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 5. v., p.292.

sobrevivência, à instrução e à educação, ou seja, desde que seja capaz de prover às necessidades da vida.

3.3 Classificação

3.3.1 Quanto à causa jurídica

Por esta distinção, tem-se que os alimentos podem ser legítimos ou resultar de atos voluntários e ressarcitórios.

Consideram-se legítimos os alimentos devidos em decorrência de uma obrigação legal. Há que se falar que apenas esta categoria de alimentos encontra-se presente no Direito de Família, pois deve existir entre as pessoas um vínculo familiar, como no caso de alimentos entre ex-cônjuges.

Os alimentos legítimos devidos em razão do parentesco encontram-se regulados nos artigos 1694¹⁰², 1696¹⁰³, 1697¹⁰⁴, 1698¹⁰⁵, 1703¹⁰⁶ e 1704¹⁰⁷ do Código Civil.

Por voluntários entende-se aqueles atos resultantes de declaração de vontade, *inter vivos* ou *causa mortis*, caso em que se inserem no direito das obrigações ou no direito das sucessões.

A pretensão alimentícia estatuída pelas partes pode ter como beneficiário o próprio sujeito da relação jurídica ou um terceiro, podendo esta última ser a título gratuito ou oneroso. Essas intenções ocorrem no âmbito dos atos voluntários *inter vivos*. Como

¹⁰² Art. 1694: “Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

¹⁰³ Art. 1696: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros”.

¹⁰⁴ Art. 1697: “Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”.

¹⁰⁵ Art. 1698: “Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.

¹⁰⁶ Art. 1703: “Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”.

¹⁰⁷ Art. 1704: “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a presta-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial”.

exemplo, tem-se a separação amigável na qual se fixam os alimentos a serem pagos por um cônjuge ao outro.

A prestação alimentar derivada do ato ilícito reveste-se sob a forma de indenização do dano causado, ou em outras palavras, ressarcimento, como por exemplo, no caso do autor de um homicídio, que fica obrigado a prestar alimentos em favor daqueles a quem o *de cujus* os devia (artigo 948, II, do Código Civil)¹⁰⁸.

3.3.2 Quanto à natureza jurídica

Consideram-se naturais aqueles alimentos que são necessários para a subsistência do alimentado, tais como alimentação, vestuário, remédios e habitação.

Já os Civis abrangem as necessidades morais e intelectuais do alimentado; aquilo necessário para sua formação, instrução e lazer.

Desta forma, nos dizeres de LAFAYETE, em sua obra *Direitos de Família*, “*alimentos naturais são aqueles estritamente necessários para a manutenção da vida, e os civis, taxados segundo os haveres e a qualidade das pessoas.*”¹⁰⁹

3.3.3 Quanto à finalidade

Em relação aos provisionais procura-se conceder ao alimentado, recursos para subsistir e arcar com as despesas da demanda até o desfecho da relação jurídica, podendo a prestação ser modificada ou revogada a qualquer tempo nos próprios autos, possuindo natureza antecipatória e cautelar. Por atender as despesas processuais são, ainda, denominados de *alimenta in litem*, provisão *ad litem* ou *expensa litis*. Esses alimentos podem ser pleiteados antes do ajuizamento ou na pendência da ação de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou de anulação do casamento. Tal modalidade encontra-se

¹⁰⁸ Art. 948: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”.

¹⁰⁹ _____. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo* 67/312.

prevista no artigo 852 do Código de Processo Civil¹¹⁰, sendo que para se concretizar há necessidade de um juízo de probabilidade sobre o direito alegado e o receio de lesão.

Em sendo assim, nos ensina CAHALI as principais características dos alimentos provisionais:

... representam uma entidade cautelar autônoma, a que corresponde uma forma de prestação jurisdicional específica; a sua concessão não antecipa os efeitos da decisão definitiva da lide; a decisão provisional e a sentença definitiva não terão necessariamente o mesmo conteúdo, uma vez que se fundam em pressupostos diversos de direito material; como direito autônomo, sua finalidade não é a prevenção de um dano jurídico, sob perigo de risco pela dilação, pois consubstanciam prestação jurisdicional satisfativa de uma pretensão, e não uma simples segurança dessa pretensão; bastante por si, não têm função instrumentária de outro processo, na medida em que representam o resultado final de um processo definitivo; embora resguardem a parte contra os efeitos da morosidade da lide principal, não se confundem com aquelas medidas cautelares que buscam a preservação da utilidade prática da sentença definitiva, representam, na essência, uma antecipação satisfatória e não meramente assecuratória do resultado final; de cognição sumária e incompleta, são deferidas em razão do direito material, vinculando-se a sua natureza provisória à sua acessoriedade em relação ao processo principal, em função do provimento definitivo de cognição plena.¹¹¹

Por outro lado, os provisórios têm lugar se fixados incidentalmente no curso de um processo de conhecimento ou liminarmente em despacho inicial nas ações de alimentos disciplinada pelo artigo 4º da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68)¹¹². Tais alimentos são fixados sumariamente pelo juiz, dependendo apenas da requisição do interessado e de provas da relação de parentesco ou da obrigação alimentar do devedor, conforme o artigo 2º da Lei Especial.¹¹³

¹¹⁰ 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 n. 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”.

¹¹¹ Op. Cit., p. 841.

¹¹² Art. 4.: “Ao 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. Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor”.

¹¹³ Art. 2.: “O credor, pessoalmente ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe”.

É conveniente ressaltar que existe na doutrina e na jurisprudência grande divergência a respeito da distinção entre alimentos provisórios e provisionais, concluindo-se que ambas possuem a mesma essência, divergindo apenas quanto a sua forma procedimental.

A esse respeito, descreve GISCHKOW PEREIRA:

A diferenciação entre as duas espécies é apenas terminológica e procedimental; em essência, em substância, são idênticas, significam o mesmo instituto, a saber, prestações destinadas a assegurar ao litigante necessitado os meios para se manter na pendência da lide.¹¹⁴

Com o mesmo raciocínio, leciona o mestre CAHALI:

Os pretensos alimentos provisórios nada mais são do que os alimentos provisionais concedidos *in limine litis*: destinam-se ambas as modalidades aos mesmos fins, sujeitas às mesmas regras jurídicas de mutabilidade e de eficácia temporal.¹¹⁵

Todavia, tais coincidências encontram-se presentes apenas nas ações de alimentos, havendo relevantes diferenças e conseqüências jurídicas diversas no campo das ações de separação judicial e de divórcio.

Assim, a prestação de alimentos provisórios requeridos e concedidos no bojo da ação de alimentos é considerada uma medida liminar antecipatória. Não obstante, nas demais demandas judiciais, os alimentos provisionais pleiteados, possuem característica cautelar, devendo a ação principal ser ajuizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar da concessão da medida. Outra distinção encontra-se no fato de que os alimentos provisórios são irrevogáveis, podendo apenas sofrer uma variação no seu *quantum*; já no caso dos alimentos provisionais, a ele são aplicadas as regras referentes ao processo cautelar podendo, desta forma, ser revogado a qualquer momento. Por último, acrescente-se os diferentes pressupostos aos quais o magistrado deverá se ater para o deferimento da aludidas medidas: nos alimentos provisórios, deverá o autor demonstrar a existência de parentesco ou de obrigação alimentar do devedor, conforme o disposto nos artigos 2 e 4 da Lei 5.478/68 (observe-se que aqui, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são inerentes

¹¹⁴ Gischkow Pereira (1983) apud Oliveira (1998; p. 83).

¹¹⁵ Op. Cit., p. 847.

à própria ação: àquele, ao exigir a prova pré-constituída de parentesco e este, a partir do momento em que o alimentado expõe suas necessidades, não dispensando os alimentos do devedor, pelo contrário, os requerendo perante o juiz, que não poderá concedê-lo de ofício); no que se refere aos alimentos provisionais, deverá o juiz examinar a presença do *fumus boni iuris*, além da finalidade de prevenir um risco de dano (*periculum in mora*), qual seja, a falta de alimentos, de sustento ao autor, requisitos elementares da tutela de emergência, sob pena de ser-lhe decretada a carência da ação. Frise-se que, conforme previsto no artigo 854 do Código de Processo Civil, deverá o autor, ao requerer alimentos provisionais, especificar na inicial sua necessidade e a possibilidade do alimentante, quedando sua concessão liminar ao livre critério do juiz.

Desta forma, conclui-se que os alimentos provisórios previstos no artigo 4º da Lei 5.478/68 têm aplicabilidade tão-somente no que diz respeito às ações de alimentos, ficando as ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento sujeitas às regras das medidas cautelares específicas (artigo 852, I, do Código de Processo Civil). Isto é assim porque o disposto no artigo 13 da Lei alhures mencionado é um dispositivo genérico, dispondo que a Lei de Alimentos se aplica às “ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, *no que couber...*” e o atual estatuto processual elencou tais ações dentre as medidas cautelares, como acima explicitado.

Os regulares ou definitivos são aqueles estabelecidos pelo juiz ou através de acordo entre as partes, com prestações periódicas, de caráter permanente, embora sujeitos a revisão (Código Civil, artigo 1699).¹¹⁶

3.3.4 Quanto ao momento da prestação

Denominam-se atuais os alimentos postulados a partir do ajuizamento da ação.

São futuros aqueles devidos a partir de uma decisão judicial ou de acordo entre as partes.

Por fim, consideram-se pretéritos aqueles que deveriam ter sido prestados e não o foram e, portanto, são os que antecedem a ação.

¹¹⁶ Art. 1699: “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”.

3.3.5 Quanto às modalidades

A obrigação alimentar própria é a que tem como conteúdo a prestação daquilo que é diretamente necessário à manutenção da pessoa.

Obrigação alimentar imprópria possui como conteúdo o fornecimento dos meios idôneos à aquisição de bens necessários à subsistência.¹¹⁷

Para CAHALI, “*esta classificação faz da dívida alimentar uma obrigação fungível*”¹¹⁸, segundo o artigo 1701 do Novo Código Civil¹¹⁹.

3.4 Características do direito a alimentos

Os alimentos constituem um dever para o alimentante, deles não podendo se eximir uma vez preenchidos os seus requisitos.

Nesse seguimento, constitui-se a prestação alimentícia em direito:

3.4.1 Personalíssimo

Uma vez que sua titularidade não é concedida a outrem, seja por fato ou negócio jurídico, mas apenas àquele que se encontra em estado de necessidade, visando assegurar a integridade física e a subsistência do indivíduo.

Por ser uma característica fundamental, da personalidade decorrem várias outras a seguir expostas.

¹¹⁷ Schanze apud Cahali, 2002 (p. 28).

¹¹⁸ Ibidem., p. 28.

¹¹⁹ Art. 1701: “A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor”.

3.4.2 Irrenunciável e preferencial

Encontra sua previsão no artigo 1707, 1ª parte, do Código Civil¹²⁰. Assim, o interessado possui o direito de dispensa-los, conservando o arbítrio de exercê-lo em um outro momento de necessidade. Aduz CAHALI que a fundamentação do princípio da irrenunciabilidade aos alimentos se finca no interesse público, o qual exige que o indigente seja sustentado e não consente que sejam agravados os encargos das instituições de beneficência pública.¹²¹ No entender de GOMES:

O que ninguém pode fazer é renunciar a alimentos futuros, a que faz jus, obrigando-se a não reclama-los, mas aos alimentos devidos e não prestados, o alimentado pode fazê-lo, pois lhe é permitido expressamente deixar de exercer o direito. A renúncia posterior é, portanto, válida.¹²²

Também, nas palavras da renomada professora DINIZ:

O direito aos alimentos é irrenunciável, pois o artigo *sub examine* permite que se deixe de exercer, mas não que se renuncie, o direito de alimentos. Poder-se-á, então, renunciar o exercício e não o direito; assim, o necessitado poderá deixar de pedir alimentos, mas não renunciar a esse direito (...), correspondente à necessidade, indeclinável, de conservar sua própria existência. Logo, se renunciar ao seu exercício, poderá pleiteá-lo ulteriormente, se dele vier a precisar para seu sustento (RT, 507:109), verificados os pressupostos legais. Todavia, há julgado entendendo que, como cônjuge não é parente, pode renunciar o direito aos alimentos sem incidir na proibição do art. 1.707, não mais podendo recobrá-lo (...).¹²³

No que concerne à última parte do texto alhures transcrito, entende o Supremo Tribunal Federal, em sua Súmula 379, que “*no acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais*”.

¹²⁰ Art. 1707: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos...”.

¹²¹ Op. Cit. p. 50.

¹²² GOMES, O. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, n.260, p.432.

¹²³ DINIZ, M. H. **Código civil notado**. 9. ed. rev. e atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1172.

Em sendo assim, a irrenunciabilidade atinge o direito, mas não o seu exercício. Todavia, deve-se ficar atento para o que dispõe o artigo 206, § 2º do Código Civil¹²⁴ ao relatar que, uma vez fixada a prestação e tornando-se o obrigado inadimplente, a cada biênio prescrevem as prestações pretéritas não reclamadas pelo alimentado.

Da preferenciabilidade, constata-se que o crédito alimentar tem preferência no pagamento diante de outros créditos, não admitindo dilação.

3.4.3 Transmissível

Encontra-se disciplinado no artigo 1700 do Código Civil¹²⁵, ao afirmar que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do artigo 1694¹²⁶ do mesmo diploma legal. Isso ocorre porque, falecido o devedor, transmite-se a obrigação alimentar aos seus herdeiros, passando os alimentos a serem considerados como dívida do *de cuius*.

Desta forma, aduz a professora DINIZ:

Transmissibilidade do dever de prestar alimentos. O art. 1700 do Código Civil prescreve que o credor dos alimentos pode reclama-los do parente que estiver obrigado a pagá-los, podendo exigi-los dos herdeiros do devedor, se este falecer, porque a estes é transmitida a obrigação alimentar (RJTJSP, 82:38). O dever de prestação alimentícia transmite-se aos herdeiros do devedor, passando, assim, os alimentos a ser considerados como dívida do falecido, cabendo aos seus herdeiros a respectiva solução, salvo se aquele não deixar bens (RT, 717:133, 729:233, 529:105; AASP, 1.937:11), pois responderão tão-somente até as forças da herança (TJSP, AC 164,654-1/5, j. 28-5-1992).¹²⁷

No entanto, só há que se falar em herdeiros quando há herança. Neste raciocínio, existem duas hipóteses: se a relação jurídica entre alimentado e herdeiro for de consangüinidade, persiste a obrigação alimentar a luz do artigo 1694 supra citado; porém, não havendo essa relação, o credor só poderá exigir o débito alimentar devido por ocasião

¹²⁴ Art. 206: “Prescreve: § 2º Em 2 (dois) anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem”.

¹²⁵ Art. 1700: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1694”.

¹²⁶ Vide nota n. 9.

¹²⁷ Op. Cit., p. 1169.

da morte do obrigado, e até o montante da herança. Desta forma, tem-se uma exceção ao caráter personalíssimo da obrigação alimentar.

Observa-se que, com o Novo Código Civil, não existe mais o conflito de normas outrora reinante entre o artigos 402 do Código Civil de 1.916 e 23 da Lei do Divórcio, uma vez que este último dispunha sobre a transmissibilidade excepcional da obrigação alimentar, por incidir apenas nos casos de dissolução da sociedade conjugal.

3.4.4 Incessível

O crédito não pode ser cedido a outrem, como se observa do artigo 1707, *in fine*, do Código Civil¹²⁸. Isto ocorre em virtude deste crédito ter sido adquirido pela presença dos requisitos da obrigação alimentar e em razão do direito aos alimentos ser inerente à pessoa do alimentando, em outras palavras, não assiste razão a uma pessoa que se encontra em estado de miserabilidade, ceder seu crédito alimentar a outrem, pois este é um direito personalíssimo.

Nas palavras de DINIZ, “*é incessível, pois tal crédito não pode ser cedido a outrem, por ser inseparável da pessoa do credor*”.¹²⁹

Por fim, não podem ser cedidas as prestações vincendas, mas, no tocante às vencidas, por constituírem dívida comum, nada impede sua concessão a outrem, pois o artigo 286 do Código Civil¹³⁰ a ela não se opõe.

3.4.5 Impenhorável

É decorrência da finalidade e fundamento do instituto alimentar, qual seja, prover as necessidades básicas do alimentado e não ao pagamento das dívidas deste, além de ser considerado, como as demais características já analisadas, um direito personalíssimo

¹²⁸ Art. 1707: “... sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

¹²⁹ Op. Cit., p. 1173.

¹³⁰ Art. 286: “O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação”.

(artigos 813, § único¹³¹ e 1707, *in fine*, do Código Civil)¹³². Aliás, seria inadmissível, inclusive imoral, se questionar a possibilidade do credor do alimentado priva-lo dos alimentos que lhe são indispensáveis à sobrevivência.

Não obstante, procura-se também fundamentar a impenhorabilidades das prestações alimentícias no disposto no artigo 649, incisos II e VII, do Código de Processo Civil que prevêem a impenhorabilidade das provisões de alimento, pensões, tenças, montepios e institutos de previdência destinados ao sustento do devedor.

Todavia, há entendimento segundo o qual seria possível a penhora sobre a soma de alimentos provenientes do recebimento de prestações atrasadas e, no caso dos alimentos civis, seria possível penhorar-se uma parte, haja vista que não se destina apenas ao estritamente necessário para a subsistência do alimentado.

3.4.6 Incompensável

É assim disciplinado, pois, caso contrário, privar-se-ia o alimentando dos meios de sobrevivência. Dessa feita, está o alimentante impedido de opor o seu crédito no momento do pagamento da prestação (artigo 373, II, do Código Civil)¹³³. No entanto, tem admitido a jurisprudência que os valores pagos a mais sejam computados nas prestações vincendas, operando-se a compensação dos créditos e impedindo, desta forma, o enriquecimento sem causa da parte beneficiária.

¹³¹ Art. 813: “A renda constituída por título gratuito pode, por ato do instituidor, ficar isenta de todas as execuções pendentes e futuras. Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo prevalece de pleno direito em favor dos montepios e pensões alimentícias”.

¹³² Vide nota n. 32.

¹³³ Art. 373: “A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, exceto: II – se uma se originar de comodato, depósito ou alimentos”.

3.4.7 Intransacionável

Pelo artigo 841 do Código Civil¹³⁴, o direito de pedir alimentos não está sujeito à transação, mas apenas o *quantum* das prestações vencidas ou vincendas. Desta forma, quanto aos alimentos futuros, torna-se a obrigação alimentar intransacionável.

3.4.8 Irrestituível

Porque se presumem exauridos e, uma vez pagos, não devem ser restituídos, mesmo no caso dos provisionais, pois o dever alimentar constitui matéria de ordem pública, somente podendo ser afastada nos casos previstos em lei.

Eventualmente, poderá ocorrer a repetição de indébito nos casos em que o devedor não estava obrigado a prestar alimentos e o alimentante, maliciosamente, omitiu o fato que faria cessar esse ônus.

Poderá, também, haver a restituição, caso caiba a terceiro o dever alimentar, e não àquele que os prestava. Saliente-se que tais casos, examinados concretamente, serão sempre objeto de prova. Não obstante, tal entendimento é foco de grande divergência doutrinária, principalmente na hipótese em que não tenha ocorrido enriquecimento ilícito.

3.4.9 Imprescritível

Para GOMES, faz-se necessário distinguir três situações, ao se falar sobre a não prescrição da obrigação alimentar.

De pronto, não há que se cogitar de prescrição quando ainda não se preencheram os pressupostos objetivos, uma vez que o direito ainda não existe. Em segundo lugar, quando estão presentes os pressupostos, mas o direito não é exercido pela pessoa que faz “*jus*” aos alimentos, tem-se a imprescritibilidade, pois o não exercício do direito não se tranca pelo decurso do tempo. E por fim, quando o alimentando interrompe o recebimento das

¹³⁴ Art. 841: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

prestações, deixando de exigir do obrigado a dívida a cujo pagamento está este adstrito, ocorre a prescrição, mas não do direito em si, e sim das prestações vencidas¹³⁵. Tais créditos prescrevem em dois anos (artigo 206, § 2º, do Código Civil)¹³⁶.

3.4.10 Atual

Porque o direito aos alimentos visa a satisfazer necessidade atuais ou futuras e não as passadas do alimentado; logo, não poderá requerer que se lhe conceda pensão alimentícia relativa às dificuldades que teve no passado.¹³⁷

3.4.11 Divisibilidade

Embora exista alguma divergência, o entendimento predominante em nossa doutrina e jurisprudência é de que a obrigação alimentar é divisível, em virtude de seu próprio objeto.

E isso é provado, como mais adiante ficará demonstrado, pelo fato de que não possuindo o alimentante condições financeiras de arcar sozinho com o dever alimentar, poderão os parentes mais próximos do alimentado serem acionados para complementar os alimentos à que faz *juz*.

3.4.12 Periodicidade e alternatividade

A obrigação alimentar poderá ser levada a efeito por meio do sustento, hospedagem ou acolhimento do alimentado pelo alimentante, bem como através de prestações periódicas em pecúnia, sendo este último o meio mais utilizado, seja pelo fato de ser

¹³⁵ Op. Cit., p. 432.

¹³⁶ Art. 206: “Prescreve: § 2º Em 2 (dois) anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem”.

¹³⁷ DINIZ, M. H. **Curso de direito civil – direito de família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 5. v., p. 473.

menos oneroso ao devedor, assim como poderá o credor melhor administrar os seus gastos, tudo disposto no artigo 1701 do Código Civil.¹³⁸

Para DINIZ: “*O alimentante está autorizado, legalmente, a satisfazer o seu dever de prestar alimentos de duas maneiras: fornecendo uma pensão ao alimentado ou dando-lhe, em sua própria casa, hospedagem e sustento*”.¹³⁹

Estas prestações periódicas poderão ser realizadas quinzenalmente, mensalmente, trimestralmente ou semestralmente, sempre lembrando que a prestação alimentar estipulada pelo juiz ou por meio de acordo entre as partes poderá ser revista a qualquer momento.

3.5 Características da obrigação legal de alimentos

A obrigação de prestar alimentos possui as seguintes características que a particularizam:

3.5.1 Condicionabilidade

Para que a obrigação alimentar persista, faz-se necessário que se verifiquem e permaneçam os elementos que a constituem, quais sejam, a necessidade do alimentado e a capacidade econômica do que deve satisfazer a obrigação (artigo 1694, § 1^a, do Código Civil)¹⁴⁰, em outras palavras, a presença do binômio necessidade-possibilidade.

A análise desses fatores deverá ser feita de acordo com o caso concreto, não existindo regra definida e específica a ser levada em conta, devendo-se ater, apenas, à proporcionalidade entre a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante, de modo a não desfalca-lo do necessário ao seu próprio sustento.

A este respeito, ensina BITTAR FILHO:

¹³⁸ Art. 1701: “A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentado, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor. Parágrafo único. Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação”.

¹³⁹ Op. Cit., p. 1169.

¹⁴⁰ Art. 1694, § 1^o: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover pelo seu trabalho a própria manutenção, e aquele de quem se reclamam pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. A obrigação alimentar pode ser assim decomposta: a) pólo passivo: a pessoa que pode fornecer sem prejuízo do necessário ao seu sustento; b) pólo ativo: a pessoa que não tem bens suficientes, nem pode prover pelo seu trabalho a própria subsistência.¹⁴¹

No que concerne à proporcionalidade na fixação dos alimentos, aduz DINIZ:

Imprescindível será que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante, sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto, levando-se em conta que a pensão alimentícia será concedida sempre *ad necessitatem*...¹⁴²

Serão levadas em consideração as condições pessoais e sociais tanto do alimentante quanto do alimentado, pois, nos dizeres de SILVA PEREIRA:

[...] Não tem cabida exigí-los além do que o credor precisa, pelo fato de ser o devedor dotado de altas posses; nem pode ser este compelido a presta-los com sacrifício próprio ou da sua família, pelo fato de o reclamante os estimar muito alto, ou revelar necessidades maiores.¹⁴³

Portanto, para se obter alimentos, deve o suposto necessitado provar que não possui condições de arcar, por meios próprios, com todos os gastos necessários para se manter, em outras palavras, apenas o suficiente para o seu sustento. Não obstante, deverá fazê-lo perante quem tenha condições de presta-los e na medida desta possibilidade, sem impor-lhe sacrifícios.

¹⁴¹ BITTAR FILHO, C. A. **Direito de família e sucessões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 85.

¹⁴² Op. Cit., p. 1164.

¹⁴³ Op. Cit., p. 295.

3.5.2 Variabilidade

A prestação alimentar tanto pode sofrer variações quantitativas, como qualitativas. Desta forma, para fixar o seu *quantum*, o juiz têm em consideração as necessidades do alimentando e as condições econômico-financeiras do alimentante, como anteriormente analisado.

Em sendo assim, sobrevindo mudança na fortuna de quem os supre ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do magistrado, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravamento do encargo (artigo 1699 do Código Civil)¹⁴⁴.

Com este raciocínio, nos ensina a professora DINIZ:

Mutabilidade do “quantum” da pensão alimentícia. O valor da pensão alimentícia pode sofrer variações quantitativas ou qualificativas, uma vez que é fixado após a verificação das necessidades do alimentando e das condições financeiras do alimentante; assim, se sobrevier mudança na fortuna de quem a paga ou na de quem a recebe, poderá o interessado reclamar do magistrado, provando os motivos de seu pedido, conforme as circunstâncias, exoneração (...), redução (...) ou majoração do encargo (...).¹⁴⁵

Segundo a mesma orientação, aclamou BITTAR FILHO:

Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo. Em matéria de alimentos, aplica-se a regra *rebus sic stantibus*, o que confere importância decisiva à base fática sobre a qual está alicerçada a obrigação alimentar.¹⁴⁶

Pelo exposto, tem-se que a sentença condenatória de alimentos não faz coisa julgada no que concerne ao *quantum*. Quanto à alteração qualitativa, pode ocorrer que a prestação pecuniária venha a ser substituída pela em espécie, visando o atendimento direto das necessidades do alimentado, mas se autorizado pelo juiz.

Não obstante, saliente-se que a exoneração, majoração ou redução da obrigação alimentar será examinada oportunamente, em item próprio.

¹⁴⁴ Vide nota n. 22.

¹⁴⁵ Op. Cit., p. 1168.

¹⁴⁶ Op. Cit., p. 85.

3.5.3 Reciprocidade

O presente elemento encontra-se disposto no artigo 1696 do Código Civil¹⁴⁷, disciplinando que na mesma relação jurídico-familiar, aquele que presta alimentos poderá reclamá-los caso venha a precisar deles. Neste contexto, a reciprocidade consiste no fato de que o devedor alimentar de hoje pode tornar-se credor alimentar no futuro.

Desta forma, nos dizeres de DINIZ:

Na relação jurídico-familiar, o parente que em princípio é devedor de alimentos poderá reclamá-los do outro se deles vier a precisar (RT, 755:253). A obrigação de prestar alimentos é recíproca entre ascendentes, descendentes, colaterais de segundo grau e ex-cônjuge, ou ex-companheiro, em caso de *união estável*, desde que tenha havido vida em comum ou prole, provando sua necessidade, enquanto não vier a constituir nova união (Leis n. 8.971/94, art. 1º e parágrafo único, e 9.278/96, art. 7º). Cônjuge ou companheiro, apesar de não ser parente, pode ser devedor ou credor de alimentos, ante o dever legal de assistência. Tais pessoas são, potencialmente, sujeitos ativo e passivo, pois quem pode ser credor também pode ser devedor.¹⁴⁸

Em sendo assim, demonstra-se o dever recíproco de prestar alimentos entre os parentes, sejam eles maiores, menores, solteiros, casados ou emancipados, desde que demonstrem não possuírem condição econômico-financeira de manterem, por si sós, a própria subsistência.

Leciona o professor BITTAR FILHO:

A obrigação alimentar apresenta um caráter recíproco. Trate-se de uma das mais importantes manifestações da regra moral no campo das obrigações civis. Essa obrigação envolve os parentes, os cônjuges e os companheiros, abarcando também as necessidades relativas à educação.¹⁴⁹

Saliente-se que, de início, tal característica da obrigação alimentar surgiu com o advento da Lei nº 8.648/93, que previa o dever dos filhos maiores, emancipados e capazes amparar seus genitores em caso estes se encontrarem necessitados, quer em razão de enfermidade, dificuldades financeiras ou avançada idade, ou em virtude deles terem se

¹⁴⁷ Vide nota n. 10.

¹⁴⁸ Op. Cit., p. 1163.

¹⁴⁹ Op Cit., p. 84.

desvencilhado de seus bens em favor da prole. Não obstante, mencionada Lei possui grave deficiência, uma vez que restringe a amplitude no artigo 229 da Constituição Federal, o qual faz menção à reciprocidade do dever alimentar, sem mencionar o grau de capacidade dos descendentes. Esta, aliás, também é a mensagem estampada no texto legal do artigo 1696 do Novo Código Civil, ambos contrariando, portanto, o supracitado diploma legal, que faz alusão apenas aos filhos maiores, emancipados e *capazes*.

3.6 Formas de obrigação alimentar

Ao prever mais de uma modalidade de satisfação da obrigação, a doutrina denomina a prestação alimentar de alternativa, cabendo a escolha ao devedor. É assim em virtude do obrigado poder: a) prestar uma pensão em dinheiro, ou em espécie; ou b) dar hospedagem e sustento ao credor (artigo 1701 do Código Civil)¹⁵⁰.

Existe, ainda, a possibilidade de se modificar a forma de cumprimento da obrigação, ao longo da relação, ou seja, a opção por uma das alternativas não é irrevogável. No entanto, nada impede que o juiz determine o modo de satisfação da pensão alimentar, tendo em vista evitar um conflito entre as partes, se a forma é prejudicial ao incapaz ou se as circunstâncias o exigirem (artigo 1701, parágrafo único).¹⁵¹

Por certo, existem restrições a essas alternativas em caso de impossibilidade ou inconveniência das partes como é o caso, por exemplo, de se obrigar o credor a coabitar com o obrigado em caso de incompatibilidade, apenas por ter este escolhido a segunda forma de prestação alimentar, qual seja, fornecer-lhe morada e sustento. Observe-se que, por derradeiro, caso não haja animosidade entre as partes, o alimentando deverá aceitar a escolha do devedor. Caso não aceite, exonerar-se-á o alimentante.

Uma discussão que se apresenta no tocante à pensão alimentícia é saber se, além de ser paga em dinheiro, poderá ser cumprida mediante reserva de capital que produza renda.

¹⁵⁰ Art. 1701: “A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor”.

¹⁵¹ Parágrafo único: “Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma de cumprimento da prestação”.

Para LAFAYETE, os alimentos “*podem ser, segundo as circunstâncias, pagos em espécie, como em frutos, ou por meio de adjudicação de rendimentos de um prédio*”.¹⁵²

Apesar da divergência, admite a doutrina ser aceitável essa forma de execução da prestação, desde que haja vinculação real do bem ao cumprimento da obrigação como no caso, por exemplo, de usufruto, doação ou de bem gravado com inalienabilidade mediante a figura da renda constituída sobre o imóvel.

A prestação que consiste em hospedagem e sustento, segundo o entendimento de Orlando Gomes, deve ser efetivada na própria casa do obrigado, não permitindo o fornecimento dessas prestações em lar alheio ou internando o alimentando em um asilo. Ainda assim, nada impede o alimentando de aceitar tal forma de satisfação, ou seja, fora do lar do obrigado. O que se torna intolerável, é impor essa forma de cumprimento.

Não obstante, visando assegurar o tranqüilo recebimento da pensão alimentar pelo alimentando, permitiu a lei o desconto na folha de pagamento do alimentante todas as vezes que, fixada por sentença judicial ou acordo homologado em juízo, não estiver consideravelmente assegurado ou não se fizer com inteira regularidade. Assim, poderá também ser cobrada de alugueres ou de outras modalidades de renda do devedor, recebidos diretamente pelo alimentando.

Segundo disposto na Lei 6.515, de 26/12/1977, em seu artigo 21¹⁵³, que cuida dos alimentos devidos ao ex-cônjuge, o pagamento poderá ser garantido através da constituição de penhor, hipoteca, anticrese, fiança ou caução.

3.7 Pressupostos da obrigação alimentar

Estabelece a doutrina três pressupostos essenciais de concessão e reconhecimento da obrigação alimentar.

O primeiro deles é a existência de vínculo familiar entre o alimentando e a pessoa obrigada a suprir alimentos, conforme o artigo 396, do Código Civil, que assim dispõe: “*De acordo com o prescrito neste capítulo podem os parentes exigir uns dos outros os*

¹⁵² Lafayete (1889) apud Cahali (2002; p. 108).

¹⁵³ Lei 6.515/77, artigo 21: “Para assegurar o pagamento da pensão alimentícia, o juiz poderá determinar a constituição de garantia real ou fidejussória. Parágrafo 1º. Se o cônjuge credor preferir, o juiz poderá determinar que a pensão consista no usufruto de determinados bens do cônjuge devedor”.

alimentos que necessitam para subsistir”. Não obstante, apesar desse vínculo constituir o fato básico do qual a lei faz surgir essa obrigação, existem limites no tocante às pessoas que estão sujeitas a ela, que se restringem aos ascendentes¹⁵⁴, os descendentes, os irmãos (germanos ou unilaterais)¹⁵⁵ e os cônjuges (quando decorrente da dissolução da sociedade conjugal, uma vez que, na constância do casamento, é um dever legal). Da mesma forma, a obrigação dos pais também diz respeito aos filhos adultos (ligada à relação de parentesco), pois, em quanto menores, devem-lhe sustento (resultante do poder familiar).

Para a exigência da obrigação alimentar, o vínculo de parentesco não é suficiente, em virtude de ser primordial a presença da necessidade do titular da prestação alimentar, por não poder manter-se por si mesmo ou por não dispor de patrimônio para tanto. Dispõe o artigo 1695 do Código Civil: *“São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”*. Assim, afirma CAHALI:

Para além da existência do vínculo de família, a exigibilidade da prestação alimentar pressupõe que o titular do direito não possa manter-se por si mesmo, ou com o seu próprio patrimônio; assim, só serão devidos alimentos quando aquele que os reclama não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção (CC, art. 399).¹⁵⁶

Em sendo assim, mesmo no caso do autor do pedido de alimentos possuir bens patrimoniais, mas não sendo estes capazes de lhe proporcionar rendimentos suficientes para sua manutenção, caracterizada estará a sua necessidade de ser auxiliado a fim de proporcionar o seu sustento. Todavia, tal matéria possui grande divergência doutrinária, existindo aqueles que entendem que se o alimentando possuir bens, excluída está a necessidade, uma vez que poderá ele produzir capital para se auto-manter, alienando seu patrimônio.

No que diz respeito à impossibilidade do alimentando em prover o seu sustento, deve estar esta relacionada com a incapacidade física ou mental para o trabalho, ou seja, imaturidade para o exercício de qualquer atividade laborativa, doença ou idade avançada.

¹⁵⁴ Art. 397: “o direito à prestação de alimentos é recíproca entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

¹⁵⁵ Art. 398: “Na falta de ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos assim germanos, como unilaterais”.

¹⁵⁶ Op. Cit., p. 717-718.

Ressalte-se que o desemprego, por si só, não é motivo suficiente para sobrepor o dever alimentar a outrem. Será preciso demonstrar que por características pessoais ou mesmo por deficiência do mercado de trabalho, o alimentado não consegue obter uma ocupação ou, obtendo-a, sua remuneração não é condigna com sua posição social ou de sua família.

Tem-se por último pressuposto a possibilidade do alimentante. É vital que se verifique a possibilidade financeira do devedor da obrigação, para que ele não comporte prejuízos em seu próprio sustento. Portanto, não possuindo condições de fornecer alimentos, não estará obrigado a cumprir a obrigação. Conforme leciona BARROS MONTEIRO, *“a lei não quer o perecimento do alimentado, mas também não deseja o sacrifício do alimentante; não há direito alimentar contra quem possui o estritamente necessário à própria subsistência”*.¹⁵⁷

Por derradeiro, ainda no tocante à possibilidade, por ocasião da fixação da prestação deve-se ter em mente o rendimento e não o valor dos bens do alimentante, pois, ninguém está obrigado a vender seus bens para socorrer o alimentado. Em sendo assim, a possibilidade do alimentante será verificada levando-se em consideração os seus rendimentos líquidos, após a satisfação de todas as suas necessidades.

Isto resulta porque aquele que possui rendimentos modestos ou que se encontra em estado de insolvência, não está obrigado a prestar alimentos, uma vez que não possui condições econômicas de suportar tamanho encargo.

Com efeito, determina o artigo 1694, § 1º, do Código Civil, que *“os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”*.

Portanto, para a fixação dos alimentos, deve-se respeitar o binômio necessidade-possibilidade, por ser um pressuposto indispensável em qualquer ação de alimentos, ou seja, o entendimento do magistrado deve convergir não apenas para o que é necessário para a subsistência do alimentando, mas, também para o que é possível para a pessoa obrigada.

Com probidade, ensina OLIVEIRA FILHO:

Também à fixação da prestação alimentícia deve-se atentar para o binômio possibilidade/necessidade, o que significa que a manutenção do alimentado não pode converter-se em gravame insuportável ao alimentante. Assim, os alimentos hão de ser estipulados com dosado equilíbrio, acudindo às necessidades de quem

¹⁵⁷ Monteiro apud Cahali (2002; p. 142).

os solicita, mas também as efetivas possibilidades de quem se acha obrigado a prestá-los.¹⁵⁸

Ademais, além de se considerar este binômio, deve-se considerar também, conjuntamente, as condições sociais e pessoais do alimentando e, sempre, a capacidade financeira do alimentante, que influem na fixação do *quantum* alimentar a ser prestado.

Nesse contexto, prescreve CAHALI que “na determinação do *quantum*, há de se ter em conta as condições sociais da pessoa que tem direito aos alimentos, a sua idade, saúde e outras circunstâncias particulares de tempo e de lugar, que influem na própria medida”.¹⁵⁹

Deverá o juiz agir de forma cautelosa e de acordo com a sua experiência no momento da fixação das prestações alimentícias, de sorte a não propiciar vantagens ou desvantagens a qualquer das partes.

3.8 Natureza jurídica dos alimentos

A natureza jurídica do direito à prestação de alimentos é uma questão extremamente controvertida, existindo três posicionamentos fundamentais, segundo a ótica de GOMES¹⁶⁰.

O primeiro deles o considera como um direito pessoal extrapatrimonial, uma vez que o alimentando não visa um interesse econômico, nem aumenta seu patrimônio ou garante os credores¹⁶¹, por ser um direito personalíssimo, uma vez que a verba recebida dirige-se ao seu sustento, em outras palavras, o fundamento da obrigação é de caráter ético-social. Filiam-se a esta corrente RUGGIERO, CICU e GIORGIO BO.

O segundo, entendendo ser um direito patrimonial, por considerar presente a característica econômica, haja vista sua periodicidade; e, aquele que lhe atribui uma natureza mista, qualificando-o como um direito de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, apresentando-se como uma relação de crédito-débito, por consistir em uma

¹⁵⁸ Oliveira Filho apud Campos Júnior, A. S. **Direito de família (aspectos didáticos)**. Belo Horizonte: Inédita, 1998, p. 354.

¹⁵⁹ Op. Cit., p. 726.

¹⁶⁰ Op. cit. p. 435.

¹⁶¹ DINIZ, 2002, p. 471.

prestação periódica realizada pelo alimentante ao alimentado. Adotam este posicionamento, dentre outros, GOMES e DINIZ, que assim o vislumbra:

... um *direito*, com caráter especial, *com conteúdo patrimonial e finalidade pessoal*, conexas a um interesse superior familiar, apresentando-se como uma relação patrimonial de crédito-débito, uma vez que consiste no pagamento periódico de soma de dinheiro ou no fornecimento de víveres, remédios e roupas, feito pelo alimentante ao alimentado, havendo, portanto, um credor que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica.¹⁶²

Possui os alimentos um caráter essencialmente assistencial. Não obstante, a partir do momento em que o legislador garantiu o direito à prestação jurisdicional para o alimentado para o fim de exigir o socorro, nasceu para o alimentante uma obrigação também jurídica.

Para WALD:

A finalidade dos alimentos é assegurar o direito à vida, substituindo a assistência da família à solidariedade social que une os membros da coletividade, pois as pessoas necessitadas, que não tenham parentes, ficam, em tese, sustentadas pelo Estado. O primeiro círculo de solidariedade é o da família e, somente na sua falta, é que o necessitado deve recorrer ao Estado.¹⁶³

O fundamento desta obrigação repousa na solidariedade humana, mais especificamente no vínculo familiar e de sangue.

Afirma RIZZARDO:

Funda-se o dever de prestar alimentos na solidariedade humana e econômica que deve imperar entre os membros da família ou os parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. (...) Funda-se, outrossim, a obrigação alimentícia sobre um interesse de natureza superior, que é a preservação da vida humana, e a necessidade de dar às pessoas certa garantia no tocante aos meios de subsistência.¹⁶⁴

¹⁶² Op. Cit., p. 471.

¹⁶³ WALD, A. **O novo direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 58.

¹⁶⁴ RIZZARDO, A. **Direito de família**. Rio de Janeiro: AIDE, 1994. 3. v., p. 670.

Vê-se, desta forma, o caráter ético, moral e assistencial desse instituto, por ser destinado a atender as necessidades daqueles que não têm condições de prover a própria subsistência.

Neste sentido, leciona SANTOS (N. R. D.):

Os alimentos, não sendo contraprestação da força de trabalho do próprio alimentando, não podem ser exigidos para gerar riqueza. Os alimentos são prestados a quem deles necessita para sobreviver, ou seja, a quem deles necessita para conservação de sua vida em sociedade.¹⁶⁵

No decorrer dos tempos, os alimentos deixaram de ter um caráter primordialmente assistencial, para ser também um dever legal.

Os alimentos, como um dever legal e moral, encontram sua base no artigo 1566, inciso III, Código Civil¹⁶⁶, o qual afirma ser um dever de ambos os cônjuges. Não obstante, também respalda-se no princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges (artigo 226, § 5º, da Constituição Federal).

Perante o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), especificamente o seu artigo 19¹⁶⁷, em não havendo distinção entre homem e mulher, o cônjuge responsável pela separação há de prestar ao outro, alimentos, quando dele necessitar. Isso porque a necessidade determina o direito à pensão, não havendo referência a culpa.

Desta forma, fica afastado o caráter indenizatório de tal prestação, adotado por alguns doutrinadores, como Mário Moacir Porto, baseado na responsabilidade civil prevista no artigo 186 do Código Civil¹⁶⁸, haja vista que nesta o devedor é sempre punido independentemente de poder prover ou não o seu sustento, não ocorrendo o mesmo no direito alimentar, que fixa a obrigação baseando-se no binômio necessidade-possibilidade, além de prever a prisão civil do alimentante em caso de inadimplemento.

Concluindo, os alimentos destinam-se a atender as necessidades essenciais do alimentado que se encontra impossibilitado de prover o sustento próprio, assegurando-lhe o

¹⁶⁵ SANTOS, N. R. D. **Alimentos**. Rio de Janeiro; Forense, 1999. p. 4.

¹⁶⁶ Artigo 1.566, III: “São deveres de ambos os cônjuges: III – mútua assistência”.

¹⁶⁷ Artigo 19 da Lei nº 6.515/77: “O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar”.

¹⁶⁸ Artigo 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”.

direito à vida, repousado na solidariedade humana e familiar, possuindo caráter evidentemente alimentar.

3.9 Modalidades de alimentos

3.9.1 Parentesco

Aqui, veremos que a obrigação de prestar alimentos tem como pilar a solidariedade familiar, caracterizando-se por ser uma obrigação personalíssima devida pelo alimentante ao alimentado em razão do parentesco ou, sendo simplesmente, um dever legal de assistência que um cônjuge ou companheiro tem para com o outro.

Inicialmente, é de bom alvitre retomar a distinção concernente às expressões “dever de sustento” e “obrigação alimentar”. Aquele se relaciona ao poder familiar e é unilateral, exaurindo-se na relação paterno-filial, não tem do que preencher os requisitos do artigo 1695 do Código Civil; ao contrário, a obrigação alimentar não está vinculada ao poder familiar, tendo como causa o vínculo ascendente-descendente e como fundamento o art. 1696 do mesmo diploma legal. Esta é, ainda, uma obrigação bilateral (recíproca, portanto), sujeita à presença dos pressupostos do artigo 1695, quais seja, a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante.

Assim, em relação ao dever de sustento, pelo disposto no artigo 5º do Código Civil, ele se extingue completados 18 (dezoito) anos de idade pelo menor, não sendo necessário o ajuizamento de uma ação exoneratória pelo devedor, uma vez que esse dever cessa automaticamente com o advento da maioridade civil (ou seja, com o fim do poder familiar). Ressalte-se que até mesmo com a emancipação, o dever de sustento se encerra, desde que não tenha sido esta requerida de má-fé, justamente para afastar a incidência da obrigação alimentar. A partir desta idade surge, por si só, a obrigação alimentar, desde que demonstrada a presença do binômio necessidade-possibilidade e fazendo o uso das vias próprias.

Todavia, nos casos de filhos maiores, mas incapazes em decorrência de enfermidade, por exemplo, a obrigação não se extingue de plano, persistindo o dever alimentar dos pais agora em decorrência do estado de necessidade dos filhos e, não mais do

poder familiar. Outra exceção diz respeito ao filho maior e estudante perante o qual, deve a obrigação se prolongar até os 24 (vinte e quatro) anos de idade, desde que prove que ainda necessita do sustento paterno e que não exercer atividade remunerada. Aliás, com este entender, leciona CAHALI:

O caso mais comum, portanto, é do filho agora maior mas estudante, sem economia própria, em que reiterada jurisprudência afirma a não cessação da obrigação alimentar paterna diante da simples maioridade do filho, determinando a manutenção do encargo até o limite de 24 anos do filho, enquanto o mesmo estiver cursando escola superior, salvo se este dispuser de meios próprios para sua manutenção.¹⁶⁹

Portanto, atingida a maioridade, mas subsistindo a necessidade do filho, deverá o alimentante continuar prestando-lhe alimentos, desde que tenha condições para tal. Neste caso, vale frisar que o alimentante deverá fazer uso de ação de exoneração para ver-se desobrigado ao pagamento da prestação alimentícia.

Inovou nosso legislador ao prever a redução do *quantum* alimentar em caso da necessidade do alimentando resultar de sua culpa. Todavia, parte da doutrina, como é o caso do professor CAHALI (F. J.), se coloca em uma posição intermediária, ao optar por aguardar um maior lapso de tempo até que a jurisprudência se afirme diante dessa inovação, uma vez que encontra-se ela disciplinada dentre as previsões genéricas da obrigação alimentar decorrente, portanto, do parentesco.¹⁷⁰

No que concerne a esta inovação, tem-se a lição de BITTAR FILHO:

Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de **culpa** de quem os pleiteia. Com essa regra, o novo Código consagrou, no que toca à obrigação alimentar, a noção de responsabilidade pela gestão dos próprios recursos; em se constatando que a situação de necessidade tenha resultado de malversação dos recursos pessoais, os alimentos ficarão circunscritos ao mínimo necessário para a subsistência.¹⁷¹

O direito à obtenção de alimentos é recíproco entre pais e filhos, como já exposto alhures, sejam estes menores incapazes ou maiores necessitados e não possuindo aqueles

¹⁶⁹ Op. Cit., p. 665-6.

¹⁷⁰ CAHALI, F. J. Dos alimentos. In: DIAS, M. B.; CUNHA PEREIRA, R. **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 197.

¹⁷¹ Op. Cit., p. 84.

meios para subsistir, seja em decorrência da idade, enfermidade ou dificuldade financeira, se estendendo aos parentes de grau mais remoto se os mais próximos não possuem condições de arcarem sozinhos com o encargo.

Nesse sentido, proclamou o mestre CAHALI:

O legislador não se limita à designação dos parentes que se vinculam à obrigação alimentar, mas determina do mesmo modo a ordem sucessiva do chamamento à responsabilidade, preferindo os mais próximos em grau, e só fazendo recair a obrigação nos mais remotos à falta ou impossibilidade daqueles de presta-los: o conceito é, pois, o de que exista uma estreita ligação entre obrigado e alimentado, pelo que aqui não se considera a família no seu mais amplo significado, mas como o núcleo circunscrito de parentes próximos e quais aqueles que estão ligados pelas mesmas íntimas e comuns relações patrimoniais.¹⁷²

O mesmo entendimento é proferido pelos Tribunais, como a seguir exposto:

Reciprocidade do direito a alimentos. O direito à alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, inclusive aos avós paternos ou maternos, quando os pais forem mortos, inválidos ou não possuam rendimentos, de forma que a obrigação recaia nos parentes próximos em grau, uns em falta de outros, nos termos do CC/1916, 397.¹⁷³

Saliente-se que, para se obrigar o parente de grau mais remoto, faz-se necessário que se pleiteie anteriormente aos de grau mais próximo e, apenas em caso de impossibilidade destes, é que aqueles serão acionados. Com isso, o alimentando não poderá escolher o parente que lhe prestará alimentos, devendo respeitar a seqüência do grau de parentesco. Em havendo dois ou mais obrigados do mesmo grau, nada impede que se estabeleça um concurso entre eles, caso estejam na mesma situação econômica-financeira, contribuindo cada qual com a sua possibilidade.

Existe, ainda, a possibilidade de se acionar o parente de grau mais remoto para complementar a pensão paga pelo de grau mais próximo, quando este estiver impossibilitado de arcar totalmente com as necessidades de que o alimentado faz “*jus*” (artigo 1698 do Código Civil).

Esta é a orientação de nossos Tribunais. Senão vejamos:

¹⁷² Op. Cit., 675.

¹⁷³ TJSP – RT 755/253.

Se o pai, pó si, revela insuficiência de recursos para alimentar filha menor, pode esta exigir complementação dos avós paternos, em melhores condições econômicas, devendo a responsabilidade pelos alimentos ser repartida proporcionalmente na medida da capacidade financeira dos alimentantes, tendo em vista a suficiente demonstração e comprovação do binômio necessidade-possibilidade.¹⁷⁴

Acionando o parentesco mais próximo, não poderá este fazer uso de alguma das modalidades de intervenção de terceiro trazendo para a lide, parentes de grau mais remoto, tendo apenas o autor o direito de instaurar um litisconsórcio facultativo impróprio no pólo passivo da demanda para haver a complementação de sua pensão ou, caso contrário, fazer uso de ação própria para integralizá-la.

Com este raciocínio, temos a lição de DINIZ:

Havendo vários obrigados do mesmo grau, nada obsta que se cumpra o dever de alimentar por concurso entre parentes, contribuindo cada um com a quota proporcional aos seus recursos; mas se a ação de alimentos for intentada contra um deles, os demais poderão ser chamados a integrar a lide, para contribuir com sua parte, distribuindo-se a dívida entre todos.¹⁷⁵

No que tange ao grau de parentesco dos obrigados a prestarem alimentos, menciona-se que esta obrigação não poderá ultrapassar a linha colateral em segundo grau. Portanto, o tio não deve alimentos ao sobrinho e os primos não devem-se reciprocamente excluindo-se, também, os afins. Não obstante serem os alimentos entre colaterais em segundo grau inexigíveis, a doutrina moderna não descarta a existência de um dever moral entre estas pessoas, baseada apenas na voluntariedade da prestação.

Conquanto, temos o ensinamento do mestre CAHALI:

A afinidade não origina parentesco, mas apenas aliança, que não é poderosa para criar direito a alimentos; a nora, não sendo vinculada ao sogro pelo *ius sanguinis*, não é parente para ver-se como parte alimentaria. [...] Também não tem a sogra legitimidade para reclamar alimentos de seu genro, no pressuposto de que este tem o dever de sustento da esposa, filha daquela.¹⁷⁶

¹⁷⁴ RT 778/358

¹⁷⁵ Op. Cit, p. 1167.

¹⁷⁶ Op. Cit., p. 698-9.

No que tange aos alimentos do menor sob tutela, esta despesa correrá por conta de seu tutor, de acordo com as suas possibilidades e posição social, com a exceção do menor que possuir bens suficientes para seu sustento, hipótese em que mesmo arcará com os seus gastos. Se esta tutela resulta da suspensão ou da perda do poder familiar, cabe ao menor exigir de seu genitor os alimentos necessários para prover a sua alimentação, educação, etc., uma vez que a perda ou a suspensão do poder familiar não liberam os genitores do dever de sustento do filho.

Por derradeiro, o Novo Código Civil não faz distinção entre o parentesco civil e o natural, sendo que também a nossa Carta Maior não permite a discriminação entre os filhos (legítimo, ilegítimo e adotado - artigo 227, § 6º, da Constituição Federal). Posto isto, assumindo o adotado a situação de filho e adquirindo o parentesco que daí decorre, terá ele direito de pleitear alimentos em virtude desta filiação e da transferência do poder familiar, bem como estará obrigado a prestá-los caso alguém deles necessite.

3.9.2 Dissolução da Sociedade Conjugal

É dever de ambos os cônjuges a mútua assistência, conforme exposto no artigo 1566, III, do Código Civil, no decorrer da sociedade conjugal, sendo assim considerado um dos efeitos do casamento. Assim, deverão ambos concorrer para o bem estar da família, sob pena de sua violação constituir injúria grave, originando a propositura de ação de separação judicial.

Destarte, pelo fato do direito a alimentos ser considerado de ordem pública, não podem os cônjuges fazer estipulações contrárias a este no pacto antenupcial, seja em relação ao cônjuge ou à prole.

Por assim ser, leciona CAHALI:

... tratando-se de direito de alimentos entre os cônjuges, não temos em vista as relações puramente pecuniárias, que se regulam pelas convenções matrimoniais por deferência da lei; como se trata de um efeito pecuniário, mas dependente de relações eminentemente pessoais, vinculadas ao estado conjugal em si mesmo, regula-se ele exclusivamente segundo a lei a cuja disciplina se submete, consideradas as suas normas como de ordem pública, insuscetíveis de serem modificadas pela convenção das partes, limitam-se à proporcionalização das respectivas contribuições para a manutenção da família: dessa diferença entre a obrigação recíproca dos cônjuges quanto à prestação de alimentos, e a

cooperação que cada um deve prestar à manutenção da família, deriva portanto a regra de que aquela não depende da vontade das partes, nem pode subsumir a nenhuma sorte de estipulação, enquanto esta é regulada antes de tudo pela convenção dos cônjuges, e só subsidiariamente pela lei.¹⁷⁷

Com isto, ocorrendo a separação judicial dos cônjuges, o regime matrimonial de bens em nada interfere no direito a alimentos existente entre eles, por ser matéria de ordem pública, ficando apenas sujeita à proporcionalidade entre a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante.

Da mesma forma, não há que se falar em obrigação alimentar decorrente de casamento inexistente, uma vez que ele não produz efeitos no mundo dos fatos. Em relação ao casamento nulo e anulável, o dever recíproco de assistência permanece até a sentença anulatória. Na hipótese de casamento putativo, o benefício do direito aos alimentos permanece apenas em relação ao cônjuge de boa-fé.

Diante da nova regra estatuída pelo Novo Código Civil, é proibida a renúncia ao direito a alimentos, sendo que pelo disposto no artigo 1704, Parágrafo único, deste diploma legal, o cônjuge separado judicialmente poderá pedir alimentos ao outro, caso se encontre em necessidade.

Esta é a lição da professora DINIZ:

Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, o outro terá o dever de presta-los, mediante pagamento de pensão arbitrada judicialmente, caso não tenha sido declarado culpado pela separação judicial. Se o foi e precisar de alimentos, não tendo parentes em condições de presta-los, nem aptidão para o trabalho, o outro, declarado inocente, será obrigado a assegurar-los, pagando o *quantum* fixado pelo juiz por considera-lo indispensável à sobrevivência.¹⁷⁸

Caso o cônjuge necessitado tenha sido declarado o culpado pela separação judicial do casal, a concessão da prestação alimentícia ficará adstrita no caso de estar ele absolutamente impossibilitado de sustentar a si próprio, sendo a pensão fixada no mínimo necessária à sua subsistência.

¹⁷⁷ Op. Cit., p. 178.

¹⁷⁸ Op. Cit., p. 1171.

Todavia, ressalva o artigo 1708, do Código Civil, que esse direito cessa caso o credor venha a se casar novamente ou estabelecer união estável ou concubinato com outrem.

Também nesta hipótese, segue a orientação de DINIZ:

O ex-cônjuge devedor de alimentos deixará de ter tal obrigação com relação ao ex-cônjuge (credor) se este convolar novas núpcias, passar a viver e, união estável ou concubinato ou se tiver procedimento indigno (...) em relação ao devedor, ofendendo-o em sua integridade física ou psíquica.¹⁷⁹

Não obstante, entende CAHALI (F. J.) que esta nova regra é aplicada apenas aos separados judicialmente, não devendo ser estendida aos divorciados. Assevera, ainda, que tal direito poderá ser pleiteado ainda que a sociedade conjugal tenha sido dissolvida antes da vigência do novo dispositivo.¹⁸⁰

3.9.3 Dissolução da União Estável

O Novo Código Civil trás em seu artigo 1694, o direito dos conviventes reclamarem reciprocamente alimentos. Em decorrência, sua interpretação nos indica que aos alimentos decorrentes da dissolução da união estável, devem ser aplicados os mesmos princípios e regras concernentes à dissolução da sociedade conjugal.

Esse é o posicionamento do ilustre CAHALI:

Estatuída essa obrigação entre companheiros no capítulo pertinente aos “alimentos”, colocados os companheiros junto com os parentes e os cônjuges, aplica-se, via de consequência, com relação a eles, as disposições constantes do art. 1.694 e seguintes do Novo Código.¹⁸¹

Com a mesma sobriedade, leciona o professor CAHALI (F. J.):

¹⁷⁹ Op. Cit., 1173.

¹⁸⁰ Op. Cit., p. 201.

¹⁸¹ Op. Cit., p. 239.

Na sistemática proposta, em um só subtítulo, entre os artigos 1.694 e 1.710, trata-se promiscuamente dos alimentos, quer tenham eles origem na relação de parentesco, quer sejam conseqüentes do rompimento do casamento ou da convivência. (...) Esta modificação estrutural, sem dúvida, repercute na interpretação das regras e princípios sobre a matéria, indicando venha a prevalecer o tratamento estritamente idêntico da pensão, independentemente da origem da obrigação. Daí, como se verá, restabelece entre os cônjuges a invalidade da renúncia à pensão e estende aos alimentos decorrentes do parentesco a transmissibilidade da obrigação alimentar.¹⁸²

Aliás, a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º, reconheceu a união estável como entidade familiar e, atualmente, tal entendimento também encontra-se expresso no artigo 1723, do Código Civil¹⁸³, representando causa geradora de alimentos entre os companheiros, em virtude do dever de assistência.

Sobre este dever alimentar, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar.¹⁸⁴

Portanto, também na união estável, são os alimentos devidos quando não tiver o companheiro condições de prover a sua subsistência, insuscetíveis de cessão, penhora, compensação, transmissíveis, irrenunciáveis, podendo vir a sofrer modificações em seu *quantum* havendo modificação na situação econômico-financeira das partes, etc., conforme explicado em tópicos anteriores.

Aludido dispositivo legal é, sem dúvida, uma inovação em nosso ordenamento jurídico, haja vista que até a Constituição Federal/88 a jurisprudência negava o direito aos alimentos entre os conviventes, exceto se desta forma fosse por eles pactuado, por não existir entre eles vínculo de parentesco ou conjugal.

Tal entendimento foi modificado com nossa Carta Maior, pois, como exposto, o Estado passou a proteger a união estável, e com o advento da Lei 8.971/94, a qual

¹⁸² Op. Cit., p. 194.

¹⁸³ Art. 1723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

¹⁸⁴ STJ, 4. T., Resp 102819-RJ, rel. Min. Barros Monteiro, v. u., j. 23.11.1998, RTDCIV 1/187. In: NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Novo código civil e legislação extravagante anotados: atualizado até 15.03.2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 570.

estabeleceu o direito a alimentos entre os conviventes em seu artigo 1º, enquanto não constituir nova união e desde que demonstre a necessidade.

Não obstante, este dispositivo foi revogado pelos artigos 2º, II, e 7º da Lei 9.278/96. Aquele, atribuindo direito alimentar no decorrer da união estável e este, em caso de rescisão do contrato de convivência, aduz que o companheiro culpado deverá alimentos ao inocente, se este dele necessitar.

Segue, com este entender, a lição VILLAÇA AZEVEDO:

Quanto à união estável, foi reconhecido direito a alimentos entre os companheiros, pelo art. 1º da Lei nº 8.971/94, revogado pelos arts. 2º, II, e 7º da Lei nº 9.278/96, leis adiante analisadas, concedendo, o primeiro, direito a alimentos na constância da união; o segundo, em caso de rescisão do contrato de convivência, escrito ou verbal, devendo o culpado alimentos ao inocente, se este deles necessitar.¹⁸⁵

Desta forma, a obrigação alimentar entre os conviventes paira em nosso ordenamento jurídico desde a entrada em vigor de nossa Magna Carta de 1988, pois o dever de solidariedade e assistência não decorre apenas do casamento, mas também, do laço familiar.

O Novo Código Civil veio apenas ampliar e modernizar este entendimento ao proclamar, em seu artigo 1704, que se o cônjuge (e, no caso em exame, o companheiro) culpado necessitar de alimentos, o outro será compelido a presta-los.

3.10 Revisão, exoneração e extinção dos alimentos

Hoje, é evidente que a obrigação alimentar é uma dívida de valor equivalente há uma quantia necessária para a sobrevivência do alimentado, dentro das possibilidades do alimentante. Também como já explicitado, os alimentos estão sujeitos à cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, é fixada perante a necessidade do credor e a possibilidade do devedor, previamente demonstradas no processo.

¹⁸⁵ VILLAÇA AZEVEDO, A. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei nº 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 296.

Da mesma forma, possui a característica da mutabilidade em razão de sua periodicidade e continuidade, podendo trazer modificações na situação financeira dos interessados (artigo 1699, do Código Civil), não estando sujeita ao trânsito em julgado material, conforme o dispõe o artigo 15 da Lei 5.478/68, embora a existência de opiniões adversas, não admitindo a interpretação literal do mencionado artigo, aduzindo que a inexistência da coisa julgada faz alusão apenas ao *quantum* da decisão, que poderá ser alterado sobrevindo circunstância que modifique a realidade fática das partes.

Melhor elucidando tal situação, segue a lição de DEMOLOMBE:

A obrigação alimentar é, por sua natureza, variável e intermitente: variável, pois ela pode aumentar ou diminuir conforme as necessidades do credor ou os recursos do devedor; intermitente, pois lê apode, segundo as mesmas causas, extinguir-se e renascer posteriormente; sob tal aspecto, nada há de definitivo e imutável nessa matéria, seja quanto à apreciação das necessidades do credor, seja quanto às possibilidades do devedor; e mais, qualquer que tenha sido o modo como tenham sido fixados, por sentença ou mediante acordo; a qualquer tempo, as partes podem retornar a juízo demandando a mudança, modificação ou liberação do encargo, sem que se possa argüir a coisa julgada ou a convenção anterior; a sentença ou a convenção são, de pleno direito, subordinadas à condição de que a situação se mantenha no mesmo estado, *rebus sic stantibus*.¹⁸⁶

Destarte o acima explicado, a exoneração, revisão ou modificação da obrigação alimentar encontra seu suporte legal no artigo 401 do Código de Processo Civil, sendo consideradas novas ações, fundadas em relação de direito material distinto daquelas que ensejaram o nascimento da obrigação. Portanto, não há que se falar em acessoriedade à demanda principal, sendo aplicada a regra do artigo 100, II, do mesmo diploma legal, fixando a competência para esta lide no domicílio ou residência do alimentado. Não obstante, caso a ação tenha sido proposta no mesmo juízo da lide principal, por não ter ocorrido mudança de domicílio, preventivo estará o juízo no qual os alimentos foram fixados.

Caso tenha alguma dessas ações sido propostas em juízo diverso do domicílio do alimentado, considera-se que tenha ocorrido apenas uma incompetência relativo, operando-se a prorrogação da competência, caso sua exceção não seja argüida tempestivamente.

O procedimento a ser observado para o trâmite destas demandas é o disposto no artigo 13 da Lei 5.478/68, a ser aplicado na ação competente.

¹⁸⁶ Demolombe apud Cahali (p. 892).

Para que se torne possível o acúmulo de demandas é primordial que ambas estejam sujeitas ao mesmo rito procedimental ou, pelo menos, que haja conexão entre os pedidos.

No que tange à reconvenção, não existe impedimento quando levada a efeito em sede de ação revisional ou exoneratória, conforme artigo 15 da Lei em exame.

A lei não estabelece critérios para a análise do pedido de revisão ou exoneração de alimentos, devendo o juiz examinar o caso concreto, valorizando as provas produzidas no transcurso da demanda.

Todavia, estabelece a jurisprudência alguns critérios que devem ser considerados pelo magistrado, dentre os quais: que a majoração, diminuição ou extinção da obrigação alimentar só deve ocorrer uma vez provada, convincentemente, a mudança na situação econômica do alimentante e/ou do alimentado. No caso de exoneração ou redução da quantia prestada, compete ao alimentante fazer prova de que o alimentado não possui mais a necessidade de ser sustentado ou que esta diminuiu; ao contrário, em caso de majoração, cabe ao alimentado demonstrar que suas necessidades aumentaram e que o alimentando tem condições de arcar com este aumento. Na hipótese de modificação de guarda, por certo o alimentante sofrerá majoração em seu encargo, o que enseja a diminuição ou exoneração do dever alimentar. Com o nascimento de novos filhos, advindos de uma nova relação, pelo princípio da igualdade entre os filhos, previsto constitucionalmente (artigo 227, § 6º, da Constituição Federal), têm estes direito de serem sustentados pelo genitor comum, o que pode ocasionar a redução da pensão paga aos filhos da primeira união, para que as necessidades de todos sejam atendidas equitativamente.

Ainda no que concerne às ações revisionais e exoneratórias, mais um detalhe deve ser exposto. No que tange as primeiras, não fica o juiz adstrito ao valor proposto pelos interessados no pedido inicial, podendo tanto diminuir quanto majorar a pensão, sem ensejar um julgamento *extra petita*; e, na segunda, pode o magistrado, ao invés de exonerar o devedor da prestação, apenas diminuir o encargo sobre ele incidente ou, até mesmo, fixar um prazo determinado para que essa obrigação se dê por encerrada.

Em relação à extinção da obrigação alimentar, existem inúmeras causas que lhe dão embasamento. Uma delas corresponde à indignidade do alimentando, como por exemplo, o filho que intenta contra a vida de seus genitores. Tal fato isenta os pais do dever de sustentar o filho, mas a recíproca não é verdadeira. Outra causa seria a falência do devedor que, em virtude da modificação de sua situação financeira, não pode mais arcar com o

pagamento da pensão alimentícia, sem sofrer privações no tocante à sua própria subsistência. De outra parte, o filho que abandona a casa paterna sem justa causa, faltando com o respeito devido a seus genitores, não faz *juz* aos alimentos.

3.11 Execução da obrigação alimentar

Os alimentos serão fixados na sentença da ação na qual foram eles pleiteados. A partir deste momento, poderá seu valor ser objeto de ação revisional ou exoneratória, dependendo do caso concreto.

Possui legitimidade para promover a ação de execução, a mesma parte que intentou a ação de alimentos, tendo o representante do Ministério Público legitimidade extraordinária para ajuíza-la, conforme hipóteses previstas legalmente (Lei nº 8.560/92). Todavia, deverá o Promotor de Justiça intervir, necessariamente, tanto na ação de alimentos, como em sua execução.

Uma vez vencida e não paga as prestação alimentar, cujo caráter é de título executivo judicial, caberá ao credor promover a execução de alimentos no mesmo juízo em que tramitou a ação de separação, divórcio ou alimentos, conforme disposição do artigo 108, do Código de Processo Civil.

Por se tratar de prestação de caráter emergencial, as prestações alimentícias possuem diversas formas de serem executadas, dentre as quais: desconto em folha de pagamento das vantagens pecuniárias do devedor, suficientes para saldar o débito alimentar, sendo paga diretamente ao beneficiário. Saliente-se que tal meio apenas será utilizado caso fique demonstrado que o devedor não vem cumprindo com pontualidade satisfatória a sua obrigação. Poderá também ocorrer a venda de algum bem imóvel para se garantir o cumprimento da obrigação, podendo ser penhorada a meação de um cônjuge pelo outro. Não obstante, tem-se também a execução por quantia certa, recaindo a penhora sobre dinheiro, necessitando de caução para que se proceda ao seu levantamento.

Caso nenhuma das formas acima previstas resulte eficaz para que o devedor cumpra a sua obrigação, resta ao credor promover a execução da sentença, nos moldes dos artigos 732, 733 e 735, todos do Código de Processo Civil cabendo, em princípio, à ele a escolha do procedimento ao credor.

O procedimento estampado no artigo 733 do Código de Processo Civil será utilizado na cobrança das três últimas prestações vencidas e não pagas, antes do ajuizamento da demanda, inserindo-se também as prestações que vierem a se vencer no decorrer da lide. As prestações que ultrapassarem estes três últimos meses, retroativamente, deverão ser objeto de execução por quantia certa contra devedor solvente, conforme o artigo 732 do mesmo diploma legal, em outras palavras, ocorrerá a cisão da pretensão executória por entender que estas prestações pretéritas perderam a sua natureza alimentar.

Seguindo a execução os termos do artigo 733, será o executado intimado para pagar a quantia devida em três dias, provar que já o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de ser-lhe decretada a prisão civil pelo prazo de até sessenta dias.

4 A antecipação da tutela e alimentos

4.1 Alimentos liminares

Conforme já relatado no capítulo destinado especificamente aos alimentos, consistem estes nas prestações em dinheiro ou em espécie, fornecidas pelo alimentante ao alimentado, a fim de que este possa subsistir. A prestação alimentar está diretamente relacionada ao fato de que a pessoa que dela depende não possui condições de superar os obstáculos que a impedem de gerar recursos próprios para que possa viver. Encontra-se a obrigação alimentar, portanto, erigida sobre o princípio da solidariedade familiar, tomando-se por base a preservação da vida humana.

Assim é que, em virtude de seu caráter primordial para a manutenção das necessidades do alimentado, não podem os alimentos permanecer na pendência da solução do conflito instaurado através do processo. Em razão disso é que hoje, talvez, caracterize os alimentos a mais importante forma de tutela de urgência presente no Direito de Família.

Para ÁLVARO DE OLIVEIRA:

Em sendo assim, ante o manifesto interesse público ou de ordem pública de que se revestem, essas situações impõem-se resolvidas por meio de tutela jurisdicional especial, de caráter sumário e urgente, em contraposição ao demorado procedimento comum, previsto geralmente em nosso sistema jurídico para o processo de conhecimento normal.¹⁸⁷

Por intermédio das tutelas de urgência, são concedidos liminarmente os alimentos provisórios, provisionais ou por meio da tutela antecipada, em cognição sumária, garantindo a subsistência da pessoa alimentada durante o moroso desenvolvimento do processo. E, desta forma, é alcançada a efetividade exigida em um procedimento desta natureza.

¹⁸⁷ ÁLVARO DE OLIVEIRA, C. A. **A urgência e o direito de família – as chamadas medidas provisionais do artigo 888 do CPC**. Revista Brasileira de Direito de Família, in Assunto Especial, nº 6 – Jul-Ago-Set/2000. Síntese, IBDFAM. P. 149.

4.2 Alimentos provisórios e provisionais

A distinção entre os alimentos provisórios, disciplinados pela Lei 5.478, de 25 de julho de 1.968, e os provisionais, elencados no artigo 852 do Código de Processo Civil, constitui-se em uma das tarefas mais árduas em sede de alimentos.

Não obstante, é notória a semelhança entre ambos os institutos no que se refere ao aspecto emergencial que os rege, antecipando total ou parcialmente os efeitos da futura sentença de mérito, com o propósito de satisfazer as necessidades cotidianas de quem os pleiteia, bem como pelo fato de terem a característica da irrepetibilidade, pois, uma vez concedidos, não podem ser devolvidos a quem os prestou, ainda que cassados ou modificados no seu valor.

Para GISCHKOW PEREIRA, todavia, a diferença entre estas duas espécies de alimentos é apenas terminológica e procedimental, ao afirmar que:

A diferenciação entre as duas espécies é apenas terminológica e procedimental; em essência, em substância, são idênticas, significam o mesmo instituto, a saber, prestações destinadas a assegurar ao litigante necessitado os meios para se manter na pendência da lide.¹⁸⁸

Com a mesma serenidade ensina MADALENO:

Seu ponto em comum está estruturado na possibilidade de as duas espécies de tutela alimentar preverem a expedição de mandado liminar, deferindo o adiantamento dos alimentos iniciais, fixados em caráter temporário pelo juiz da causa, para garantir os recursos necessários à subsistência do alimentário no fluir do processo.¹⁸⁹

Em que pese este posicionamento, há que se trazer a lume as distinções entre ambas as figuras. Assim é que a tutela especial diferenciada da Lei nº 5.478/68 possui um nítido caráter executivo, na medida em que apenas será deferido caso o autor detenha provas da relação de parentesco ou da obrigação alimentar do devedor, conforme disposição do artigo 2º da Lei Especial. Demonstrada a posse desse “título inicial”, estará o juiz obrigado

¹⁸⁸ Gischkow Pereira (1983; p. 49) apud Oliveira (1998; p. 83).

¹⁸⁹ MADALENO, R. **Revisão dos alimentos liminares**. Revista Brasileira de Direito de Família. N. 15 – Out-Nov-Dez-2002 – Doutrina._____.: Síntese, IBDFAM. P. 17.

a fixar os alimentos, salvo na hipótese de expressa dispensa pelo credor (artigo 4º do mesmo diploma legal) e, uma vez concedidos, persistirá essa obrigação até final provimento jurisdicional, inclusive em caso de recurso extraordinário (artigo 13, § 3º). É bom observar que, para que ocorra alteração no valor da verba alimentar, faz-se necessária a prova da modificação da situação financeira das partes, circunstância em que tal pedido correrá am autos apartados (artigo 13, § 1º; 3º).

De outra forma, diante da impossibilidade de se comprovar o vínculo de parentesco ou a obrigação alimentar, tem-se os alimentos provisionais inseridos no artigo 852 do Código de Processo Civil, que abrangem o necessário à manutenção do demandante, bem como o que for necessário para a defesa judicial de sua pretensão, por isso a denominação *alimenta in litem*. Neste caso, a sua fixação pelo magistrado não é obrigatória, pois estará sujeito ao seu juízo de probabilidade, na medida em que terá que examinar todo o alegado pelo autor para que, no caso concreto, possa valorar o risco de ocorrer um dano irreparável ou o receio de alguma lesão (artigo 273, I do Código de Processo Civil), correspondente ao *fumus boni iuris* do processo cautelar, enquadrando-se como uma medida tipicamente antecipatória sendo, porém, de natureza cautelar (artigos 852/854, do Código de Processo Civil). Ademais, a qualquer tempo poderá essa verba alimentar ser modificada ou revogada nos próprios autos do processo (artigo 273, § 4º do Código de Processo Civil). Todavia, caso não ocorram essas alterações, serão os alimentos provisionais devidos até o julgamento dos recursos ordinários. Logo, para OLIVEIRA (F. L. de), poder-se-ia denominar essa espécie de alimentos como “alimentos provisionais antecipatórios”.¹⁹⁰

O mesmo pensamento é dividido por ÁLVARO DE OLIVEIRA:

No caso dos alimentos ditos “provisionais” do art. 852 do Código de Processo Civil não só a verba pode ser revogada e modificada a qualquer tempo nos próprios autos (art. 273, § 4º), como a sua concessão depende de um juízo de probabilidade sobre o direito alegado e o receio de lesão, enquadrando-se à perfeição no figurino da tutela antecipatória.¹⁹¹

Com a finalidade de esclarecer a diferença entre os institutos na ocasião estudados, TOLEDO FERNANDES ensina que:

¹⁹⁰ OLIVEIRA, F. L. **A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 41.

¹⁹¹ ÁLVARO DE OLIVEIRA, C. A. **A tutela de urgência e o direito de família**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 84.

Assim, alimentos provisionais são os iminentes à tutela cautelar e afinados ao quadrante doutrinário-legal da tutela de segurança. Tingidos pela coloração da cautelaridade a lhe ditar a forma, as características e os efeitos, cujo fim principal é o de se subsumir a decisão prolatada na ação acautelada. Os alimentos provisórios pretendem-se a uma tutela plena, definitiva, seja através do rito sumário, específico da Lei n. 5.478/68, seja nas ações de rito comum ordinário, quando há cumulações de ações. [...]. Os pontos de contato fixam-se quanto à função: há um sentido (essência) de provisão tanto nos provisionais quanto nos provisórios. Dessa nota comum ressoam os critérios da possibilidade de presta-los e da necessidade de duplicá-los, o dogma da irrepetibilidade etc.¹⁹²

Diante disso, conclui-se que a Lei de Alimentos propicia a satisfação imediata das necessidades do alimentado, desde que demonstre, inicialmente, o dever de sustento, compreendendo espécie de tutela jurisdicional executiva inconfundível, portanto, com os alimentos provisionais (abrangidos pela tutela antecipatória de alimentos) que necessita, apenas, de uma atividade cognitiva do julgador no que diz respeito à probabilidade de ocorrência de algum dano ao direito alegado pela parte.

Mas é certo, pois, que ambas as espécies são meios de antecipar os efeitos da sentença de mérito, total ou parcialmente, fulcrados na urgência em serem deferidos a fim de satisfazer as necessidades de quem os pleiteia.

4.3 A antecipação dos efeitos da tutela e os alimentos

Conforme demonstrado em um capítulo próprio, o instituto da tutela antecipada é disciplinado no artigo 273 do Código de Processo Civil, no qual encontram-se elencados os requisitos para a sua concessão. Também ficou demonstrado que aludido instituto foi inserido em nosso ordenamento jurídico com o fulcro de permitir um provimento jurisdicional final útil e eficaz para a parte vencedora evitando, assim, danos irreparáveis ou de difícil reparação.

Em sendo assim, tendo-se em vista o caráter emergencial que a prestação alimentar sempre se reveste, torna-se clara a possibilidade da antecipação da tutela alimentar, seja ela provisória ou provisional já que, também como estudado em tópico anterior, ambos os institutos tem como finalidade propiciar ao alimentando os recursos necessários para

¹⁹² TOLEDO FERNANDES, I. de. **Alimentos provisionais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 152.

propiciar e assegurar a sua subsistência durante o desenvolvimento do processo e o próprio processo. Ainda, a decisão que antecipa os alimentos não prejudicará o juízo no final do procedimento, ocasião em que se fixarão os alimentos definitivos ou se denegará o pedido do autor.

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que a concessão antecipada dos alimentos traria problemas no que concerne à irreversibilidade do provimento e a execução provisória da medida (artigo 273, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil).

No caso da irreversibilidade da medida em razão do princípio da irrepitibilidade dos alimentos, aqueles pagos pelo alimentante em cumprimento à decisão que antecipa a tutela, não seriam repetíveis. Assim, em princípio, seria descabida a antecipação. Todavia, como mencionado no capítulo destinado à antecipação da tutela, na concessão de provimentos irreversíveis ficará a cargo do magistrado fazer um juízo de probabilidade no caso concreto, levando-se em consideração a necessidade do alimentado e o prejuízo que uma eventual concessão do pedido liminar de alimentos acarretaria ao alimentante, uma vez que os valores pagos não lhe seriam restituídos.

Nesse sentido:

Alimentos. Tutela antecipada. Deferimento no curso de ação de investigação de paternidade. Admissibilidade. Irrepetibilidade dos alimentos que a justifica, em face do relevante interesse de quem os postula para subsistir. Interpretação do art. 273 do CPC. Recurso não provido.¹⁹³

E segue o mesmo relator:

De resto, não há risco de irreversibilidade do provimento antecipado, como, **verbi gratia**, se daria nos casos de constituição e declaração provisórias, que é o que a lei positivamente veda (artigo 273 do Código de Processo Civil). Existe, isto sim, o perigo de irreversibilidade dos efeitos práticos produzidos pela antecipação concedida, dada a natural irrepitibilidade dos alimentos, o que, longe de impedir seu deferimento, mais a justificaria, em face da prevalência do relevante interesse de quem postula alimentos para subsistir.¹⁹⁴

De outra parte, também não há que temer a execução provisória da medida antecipatória, haja vista que o § 3º do artigo 273, do Código de Processo Civil, aduz que

¹⁹³ JTJ-LEX 188/189, rel. Des. J. Roberto Bedran, ano 31, janeiro-1997.

¹⁹⁴ Op. Cit., p. 190.

somente serão aplicadas as regras do artigo 588 do mesmo diploma legal, naquilo que couber e conforme a natureza do provimento antecipatório. Assim, não poderá ser utilizado nenhum mecanismo da execução provisória que inviabilize a efetividade da tutela antecipada, principalmente em relação a questões alimentares.

Desta mesma forma, já decidiu o Tribunal de Justiça de nosso Estado:

Alimentos. Tutela antecipada. Caução. Inviabilidade, em face da finalidade e natureza do pleito alimentar. Possibilidade, ademais, da inobservância dos parâmetros da execução provisória, previstos nos art. 588, II e III, do CPC. Recurso não provido.¹⁹⁵

Portanto, não haveriam problemas para a concessão da medida antecipatória em sede de alimentos.

Os requisitos para a propositura da ação de alimentos da Lei 5.478/68 se coadunam perfeitamente com os exigidos para o deferimento da tutela antecipatória. Como exposto, o artigo 2º da Lei Especial coloca como requisito para o ajuizamento da demanda prova pré-constituída do parentesco ou da obrigação alimentar, equiparando-se perfeitamente à exigência de prova inequívoca do instituto do artigo 273 do Código de Processo Civil.

No pertinente à demonstração do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, basta que o autor demonstre a presença do binômio necessidade-possibilidade, ainda que fundado em juízo de verossimilhança, para que se evidencie que a não concessão da medida liminar lhe trará sérios danos, podendo implicar na impossibilidade de subsistir ou de se manter no processo.

Desta forma, fica aqui demonstrada a plena compatibilidade entre o instituto da tutela antecipada com o constante do rito especial da Lei nº 5.478/68, uma vez que o artigo 4º dessa lei permite a antecipação dos efeitos da tutela alimentar evitando, tal qual o instituto processual (artigo 273, do Código de Processo Civil), a ocorrência de um dano irreparável ou de difícil reparação.

Assim é que não há motivos para se negar a antecipação dos alimentos, sejam eles provisórios ou provisionais, na medida em que ambos buscam manter a provisão do autor durante o desenvolvimento da lide e diante da verossimilhança das alegações. Ademais,

¹⁹⁵ JTJ-LEX 188/189, rel Des. J. Roberto Bedran.

não existe razão para que tal aplicação não ocorra, uma vez que o que sempre se busca é uma maior efetividade à tutela jurisdicional final.

ALVES FELIPE manifestou seu posicionamento favorável à concessão da tutela antecipatória no rito ordinário de alimentos:

O novel instituto, que trará grande auxílio à realização da justiça e à agilização processual nas várias searas do direito, se exercitado com coragem e prudência, em muito contribuirá, também, na área da família e em matéria alimentar, no que concerne, naturalmente, às ações ordinárias. Quer-nos parecer que poderá ser invocado nos mesmos casos em que caberia a providência cautelar, embora se saiba que, doutrinariamente, a antecipação da tutela não se confunde com a liminar no processo cautelar.¹⁹⁶

Ainda de forma analógica ao instituto das medidas cautelares, pode-se conceber que com base no artigo 854, parágrafo único, do Código de Processo Civil, é evidente a possibilidade da liminar nas ações que se pleitear a tutela antecipada de alimentos, desde que preenchidos os requisitos indispensáveis dispostos no artigo 273 do Código de Processo Civil, pois o que se busca são a celeridade e a economia processuais.

Essa analogia ocorre porque o parágrafo único do artigo 854 permite o deferimento do pedido liminar do autor demonstrando, dessa feita, a mesma urgência necessária para a concessão do instituto antecipatório.

Tem-se, pois, que nas ações de rito ordinário, poderá o autor pleitear a antecipação dos efeitos da tutela alimentar, desde que preenchidos os requisitos. Caso estes não estejam presentes, poder-se-á promover uma medida cautelar inominada, lastreada no artigo alhures mencionado, configurando-se como uma cautelar satisfativa.

Assim, não obstante a semelhança de ambos os institutos processuais, a tutela antecipatória de alimentos e os alimentos provisionais não se confundem. É que o primeiro busca a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional final, garantindo a sua eficácia e utilidade, enquanto que o segundo, visa assegurar o direito alimentar, viabilizando o ajuizamento e processamento da ação principal.

¹⁹⁶ Felipe apud Birchal (p. 135).

4.4 Cabimento da tutela antecipatória de alimentos

Por tudo o que foi aqui exposto, em relação às hipóteses de cabimento do provimento antecipatório de alimentos, há que se concluir que terá ele cabimento em todos os casos em que a demanda não puder ser fundada na Lei de Alimentos, ou seja, todas as vezes que não estiver demonstrado o vínculo de parentesco ou a obrigação alimentar do alimentante.

Essa é a orientação do professor ÁLVARO DE OLIVEIRA: “*Situações haverá, no entanto, em que, não autorizado o exercício da pretensão pela via especial da Lei n. 5.478/68, o autor poderá, exibindo prova inequívoca, valer-se da tutela antecipatória dentro do figurino do art. 273*”.¹⁹⁷

Logo, sem a prova pré-constituída do parentesco, os alimentos provisórios não poderão ser concedidos e nem mesmo se admite essa ação de procedimento especial. Poderá o interessado, contudo, valer-se do procedimento ordinário (artigo 273) ou cautelar.

Nas hipóteses em que não for possível o exercício da pretensão por intermédio da tutela especial de alimentos, por não existir provas do dever alimentar, desde que presentes os requisitos indispensáveis para a configuração da tutela antecipatória e do binômio necessidade-possibilidade, poderá o autor lançar mão deste instituto para ver concedido o seu pedido liminar de alimentos. Assim, incidirá a presente medida nos casos em que, cessada a menoridade de filho reconhecido, continuar ele dependendo da prestação alimentícia para não perecer ou, ainda, nas hipóteses de alimentos devidos em virtude da prática de atos ilícitos.

A título exemplificativo, pode-se dizer que o pedido alimentar estará fundamentado na Lei nº 5.478/68 nos casos em que a lide versar sobre a guarda dos filhos menores ou quando estiver pendente ação de separação, divórcio ou anulação de casamento isso, é claro, quando também ficar comprovada a ocorrência do binômio necessidade-possibilidade, já comentado neste trabalho. Contudo, existe divergência em relação ao divórcio e a anulação de casamento, pois os alimentos provisórios também os prevêm em seu procedimento, conforme o artigo 852, I, do Código de Processo Civil.

¹⁹⁷ Op. Cit., p. 96.

Em relação à separação judicial, com pedido de alimentos, liminar ou não, na modalidade sanção, há de se argüir que os alimentos civis (aqueles destinados a prover todas as necessidades do alimentado, inclusive lazer) só poderão ser exigidos pelo cônjuge inocente. Ao contrário, os necessários poderão ser pleiteados tanto pelo cônjuge culpado quanto pelo inocente, em qualquer modalidade de separação. Todavia, aquele deverá demonstrar que possui inaptidão para o trabalho e que não há parentes próximos, capaz de lhe prestar alimentos. Tudo isso, sem esquecer do binômio necessidade-possibilidade.

Na separação falência, existem três posicionamentos: o primeiro diz que a culpa não é discutida, uma vez que ela se presume em desfavor daquele que requer a separação, o qual deverá ser obrigado a prestar alimentos para a parte requerida; o segundo, aduz que o simples fato de um dos cônjuges requerer a separação falência não ilide o direito de pleitear alimentos, haja vista que a tendência atual é de possibilitar a obrigação alimentar independente de culpa; por fim, a última corrente argüi que, a parte que toma a iniciativa só poderá pleitear alimentos necessários e nas mesmas condições do cônjuge culpado.

Já na separação remédio, a parte requerente não poderá exigir alimentos civis da parte requerida, além de poder ser compelida a pagá-los, uma vez que a culpa do cônjuge sadio é presumida.

Em relação ao divórcio direto, também encontram-se três correntes doutrinárias, a saber: na primeira, o cônjuge que requer o divórcio direto não pode pleitear alimentos, pois não se discute culpa. Todavia, poderá a parte requerida pleitear alimentos civis. Pela segunda orientação, o simples fato do cônjuge requerer o divórcio direto não se constitui em obstáculo para pedir alimentos civis, uma vez que a tendência atual é de não se cogitar da culpa para fixar a obrigação alimentar. Na terceira, qualquer dos cônjuges poderá pleitear alimentos necessários, desde que preenchidos os seus requisitos.

Questão interessante surge diante da análise do pedido antecipatório na hipótese de ação revisional de alimentos. Entende a doutrina majoritária que tal demanda deve ser proposta segundo o rito especial da Lei de Alimentos, fundamentando-se nos artigos 4º e 13 dessa lei. Não obstante, no entender de GISCHKOW PEREIRA, a ação revisional de alimentos não apresenta a emergência necessária para que ocorra a celeridade da ação de alimentos, sendo a regra do artigo 13 aplicável a outras normas da Lei nº 5.478/68, não dirigidos do procedimento em si.¹⁹⁸ Ademais, conforme entendimento jurisprudencial,

¹⁹⁸ Gischkow Pereira apud Oliveira (p. 97).

seriam inadmissíveis alimentos provisórios onde existem alimentos definitivos, fixados por sentença formalmente transitada em julgado.

Porém, tem-se entendido que nada impede a utilização da antecipação do artigo 273 do Código de Processo Civil, com vistas à modificação da prestação alimentar, desde que presentes os requisitos ensejadores da medida e não tendo o credor dos alimentos meios de subsistir, apenas não sendo cabível a fixação dos alimentos provisionais quando essa mesma pensão que se pretende alterar, garantir os recursos necessários para ele se manter.

Outra questão bastante controvertida reporta-se à análise dos alimentos devidos ao filho não reconhecido, ou seja, em cede de investigação de paternidade. Aqui, há de se afastar, desde logo, a possibilidade de incidência da tutela especial da Lei nº 5.478/68, haja vista que, conforme já mencionado, tal tutela apenas terá cabimento nos casos em que se demonstrar a prova pré-constituída do parentesco.

Nossos tribunais passaram por grandes debates até se chegar ao estágio atual. Assim é que, diante de uma breve análise, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal, antes da vigência de nossa atual Carta Magna, entendia que a disposição da Lei nº 883/49 derogara a norma contida no artigo 405 do Código Civil de 1916, permitindo a investigação de paternidade em ação de índole alimentar. Desta forma, bastaria a prova inequívoca da paternidade alegada para a concessão dos alimentos. Existiam correntes, todavia, que aduziam, uma pela necessidade e outra pela desnecessidade da presença da prova pré-constituída de parentesco para o atendimento da pretensão alimentar.

Existia, ainda, grande celeuma no que diz respeito à possibilidade de concessão dos alimentos provisionais, uma vez que o artigo 7º da Lei nº 8.560/92 proclamava que apenas teriam direito aos alimentos os filhos cuja paternidade fosse reconhecida em sentença de primeiro grau. Desta forma, uma parte da doutrina se posicionava pelo entendimento de que os alimentos provisionais poderiam ser concedidos antes mesmo da sentença favorável de primeira instância, enquanto outra parte, assim como o Supremo Tribunal Federal, salientavam que seria necessário aguardar o reconhecimento da paternidade para serem deferidos os alimentos.

Em virtude da introdução, em nosso sistema processual, do instituto da antecipação dos efeitos da tutela final, todas essas alegações passaram a não mais existir entendendo-se, atualmente, que é possível a tutela antecipada dos alimentos em ação de investigação de paternidade, desde que convencido o magistrado da verossimilhança da alegação e

atendidos os demais pressupostos da do artigo 273 do Código de Processo Civil, a fim de satisfazer as pretensões de direito material de forma célere e adequada.

É este o entendimento do mestre OLIVEIRA, como se aúfere a seguir:

Desta forma, o juízo de verossimilhança e a probabilidade da existência do direito do autor justificam a concessão da tutela antecipatória quando a cognição, ainda que sumária, incidir sobre prova tida pelo julgador como inequívoca. Por sua vez, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação estará materializado na situação aflitiva do investigante, carente de alimentos.¹⁹⁹

Logo, nas ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos, é viável a fixação de pensão alimentícia, em cognição sumária, caracterizando medida antecipatória, uma vez que possibilita a satisfação do direito material, garantindo a efetividade do processo.

Pelo exposto, depreende-se que apesar dos alimentos provisórios, provisionais ou aqueles concedidos em decorrência da antecipação da tutela serem institutos diferentes, tendo cada qual os seus requisitos, o certo é que todos apresentam a mesma finalidade de fornecer alimentos que permitam a sobrevivência do autor da demanda até o provimento jurisdicional final, o qual regulará em definitivo o direito aos alimentos ou, simplesmente, denegará o pedido alimentar.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, F. L. **A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 48.

5 CONCLUSÃO

Há tempos, buscam-se meios de dirimir os conflitos sociais, a fim de estabilizar a convivência pacífica entre os homens.

Nos tempos atuais, a solução das divergências ocorre mediante o processo, organizado de acordo com o ordenamento jurídico de cada Estado.

Todavia, no mais das vezes, a resolução dos conflitos resulta ineficaz, haja vista a longa a espera que as partes devem se submeter, aguardando o pronunciamento da tutela jurisdicional final.

Almejando amenizar tais situações, foram inseridas em nosso sistema processual as denominadas tutelas jurisdicionais diferenciadas, dentre as quais encontra-se a tutela antecipada (artigo 273, do Código de Processo Civil), medida excepcional a ser aplicada em virtude de pedido do autor, desde que preenchidos determinados requisitos, para se evitar os riscos advindos da demora na solução do litígio.

Em qualquer momento do processo, inclusive *initio litis*, poderá a presente medida ser deferida pelo órgão jurisdicional, mediante decisão interlocutória, antecipando-se os efeitos da futura sentença de mérito, garantindo a sua utilidade e efetividade.

Logo, tem-se que a importância desse instituto está no fato de que ele surgiu para solucionar a questão da morosidade processual, mediante cognição sumária, resultante de um pronunciamento provisório do órgão jurisdicional, de índole emergencial.

Concomitante ao estudo da antecipação dos efeitos da tutela, também foi objeto de enfoque o instituto dos alimentos, de grande relevância no órbita do Direito de Família.

Sua importância reside no fato de que têm os alimentos a finalidade de tutelar o bem maior de todos, qual seja, a vida do ser humano.

Representam os alimentos, seja em espécie ou em dinheiro, tudo o que for necessário para garantir a subsistência do alimentado, o qual não pode prover as suas necessidades por seu próprio esforço, fazendo-se necessária a ajuda do alimentante.

Saliente-se que o *quantum* dessa obrigação alimentar será estipulada pelo magistrado, analisando o caso concreto, bem como levando-se em consideração o binômio necessidade-possibilidade.

Nesse contexto, ao longo do presente trabalho procurou-se demonstrar a fusão de ambos os institutos, em razão de sua importância para a tutela do direito do autor.

Assim, verifica-se que são os alimentos provisórios, disciplinados pela Lei nº 5478/68, uma efetiva espécie de antecipação dos efeitos da tutela já que, demonstrado o parentesco entre as partes ou a obrigação do devedor, deverá o magistrado fixá-los *in limine litis*, exceto nos casos de expressa recusa por parte do credor.

Uma vez não preenchidos os seus requisitos, poderá o autor da lide fazer uso da tutela do artigo 273 do Código de Processo Civil desde que, também, demonstre estarem preenchidos os requisitos ensejadores dessa medida e faça um pedido nesse sentido.

Por outro lado, há que se argüir que, na realidade, não existe diferença funcional entre os alimentos provisórios (Lei nº 5478/68) e os alimentos provisionais (artigo 852, do Código de Processo Civil). Sua divergência é apenas de natureza procedimental, uma vez que a antecipação dos alimentos satisfaz, desde logo, o direito material do autor, e os alimentos em cede cautelar apenas asseguram o direito alimentar diante da fumaça do bom direito.

Dessa feita, conclui-se que apesar da divergência estrutural entre os institutos dos alimentos provisórios (Lei nº 5478/68), dos alimentos provisionais (artigos 852 a 854, do Código de Processo Civil) e daqueles concedidos mediante antecipação de tutela (artigo 273, do Código de Processo Civil), todos possuem, sem sombra de dúvidas, a finalidade de garantir a sobrevivência do autor do pedido no transcurso da demanda, protegendo o bem maior a ser assegurado pelo Direito: a vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21. ed. rev., atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999. 1. v.

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A urgência e o direito de família – as chamadas medidas provisionais do artigo 888 do CPC. **Revista brasileira de direito de família**. n. 6. p. 147-157. Jul-Ago-Set/2000.

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil - parte geral**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 1. v.

_____. Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. **Revista de processo**. São Paulo, n. 108, ano 27. p. 103-114. Out-Dez/2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada (coleção temas atuais de direito processual civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 2. v.

ARMELIN, Roberto. Notas sobre a antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ASSIS, Araken de. **Doutrina e prática do processo civil contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Antecipação de tutela. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Fungibilidade das medidas cautelares e satisfativas**. Revista de processo. 100. v.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil – processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1. v.

_____. O processo civil e sua recente reforma (Os princípios do direito processual civil e as novas exigências, impostas pela reforma, no que diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos arts. 273 e 461). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BATISTA LOPES, João. Tutela antecipada e o art. 273 do CPC. In: Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. In: Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BENASSE, Marcos Antônio. **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Irreversibilidade do provimento antecipado. In: Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BIRCHAL, Alice de Souza. **Tutelas urgentes de família no código de processo civil: sistematização e exegese**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito de família e sucessões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Tutela antecipada. Relator: BEDRAN, J. Roberto. 16/4/1996. São Paulo: LEX Editora, ano 31; 188. v.; jan. 1997.

_____. Alimentos. Ap. 73.483-4/7. Relator: SANTOS, Gildo. 28/4/1998. São Paulo: LEX Editora, ano 87; 755. v.; set. 1998.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Alimentos. Ap. 64.798-9. Relator: COELHO NETO, Hildebrando. 14/12/1999. São Paulo: LEX Editora, ano 89; 778. v.; agost. 2000.

_____. Tribunal Regional Federal. Tutela Antecipada. AgIn 1997.01.00.018994-8-DF. Relator: NASCIMENTO, Velasco. 18/08/1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 88; 760. v.; fev. 1999.

_____. Tribunal de Alçada Cível do Piauí. Tutela Antecipada. AgIn 00.000374-3. Relator: ALENCAR, Nonato da Costa. 11/04/2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 89; 781. v.; nov. 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAHALI, Francisco José. Dos alimentos. In: DIAS, Maria Berenice; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Procedimento sumário na reforma processual**. 2. tirag. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. **O § 6º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide?** Disponível em: <http://www.cpc.adv.br/doutrina/Processual.../O_Novo_6_do_art_273_do_CPC.htm. Acesso em: 21/06/03.

CORRÊA OLIVEIRA, José Lamartine; FERREIRA MUNIZ, Francisco José. **Curso de direito de família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

COSTA, Fábio Silva. **Tutela antecipada: hermenêutica, acesso à justiça e princípio da efetividade processual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da. **Tutela antecipada**. 3. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. In: DIAS, Maria Berenice; CUNHA PEREIRA, Rodrigo da (coord.). **Direito de família e o novo código civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. (coord.). **Direito de família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lineamentos da nova reforma do CPC – Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DANTAS SANTOS, Nilton Ramos. **Alimentos: técnica e teoria**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4, ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 1. v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - direito de família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 5. v.

_____. **Código civil anotado**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

DORIA, ROGÉRIA DOTTI. **A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda (coleção temas atuais de direito processual civil)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 1. v.

ESPÍNOLA, Eduardo. (atual.: Ricardo Rodrigues Gama). **A família no direito civil brasileiro**. Campinas: Bookseller, 2001.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares**. Revista *ajuris*. 66. v.

FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. São Paulo: Dialética, 1998.

FERRERIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernani. **Novos perfis do processo civil brasileiro**. 2. tirag. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. A antecipação da tutela satisfativa na doutrina e na jurisprudência. **Revista de processo**. São Paulo, n. 97, ano 25. p. 195-210. Jan-Mar/2000.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela de evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRIAS, J. E. S. **Tutela antecipada em face da Fazenda Pública**. RT, ano 85., 728. v., jun. 1996.

FRIEDE, Reis. **Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, tutela específica e tutela antecipada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. **Medidas liminares na doutrina e na Jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. 1. v.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. **Da antecipação de tutela no processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso avançado de direito civil: direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 5.v.

MADALENO, Rolf. Revisão dos alimentos liminares. **Revista brasileira de direito de família**. n. 15. p. 15-19. Out-Nov-Dez/2002.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. **Direito de família no novo código civil Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. 2. tirag. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.

_____. A tutela antecipatória nas ações declaratórias e constitutivas. In: Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARMITT, Arnaldo. **Pensão alimentícia**. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

MARINS, Victor A. A. Bonfim. Antecipação da tutela e tutela cautelar. In: Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MATTOS BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de. **Processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. 11. v. (Coleção sinopses jurídicas).

MEDEIROS, José Manoel Frazão; DI PAOLO, Andréa Helena Cândido; LOBERTO, Cynthia da Fonseca; GIANVECCHIO, Marco Antônio Baroni; SOUZA, Ivan de Oliveira. **Breve análise das principais alterações efetuadas no código de processo civil pela lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002**. Disponível em: <<http://www.bandeirademello.com.br/cpc2.htm>. Acesso em: 22 jun. 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo código civil e legislação extravagante anotados: atualizados até 15.03.2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Procedimentos e tutela antecipatória. In: Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A antecipação da tutela dos alimentos provisórios e provisionais cumulados à ação de investigação de paternidade**. São Paulo; Malheiros, 1999.

PAULA AMARAL, Júlio Ricardo de. **Tutela antecipatória**. São Paulo: Saraiva, 2001.

PENNA, Newton; SANTOS OLIVEIRA, Fábio César dos; PIRES ANCIÃES, Marta Cristina. O perigo da irreversibilidade na antecipação de tutela. **Revista de processo**. São Paulo, n. 16, ano 27. p. 84/88. Abr-Jun/2002.

PIMENTEL PEREIRA, Áurea. **Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. **Revista de processo**. São Paulo, n. 105, ano 27. p. 41-63. Jan-Mar/2002.

RODRÍGUEZ, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 27. ed. Guarulhos: Saraiva, 2002. 6. v.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. 2. v.

SANTIAGO JÚNIOR, Aluísio. **Direito de família – Aspectos didáticos (doutrina e jurisprudência de acordo com as inovações constitucionais)**. Belo Horizonte: Inédita, 1998.

SIDOU, J. M. Thon. **Dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil: direito de família**. 13. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 5. v.

SILVA VIANA, Marco Aurélio da. **Alimentos – ação de investigação de paternidade e maternidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

TALAMINI, Eduardo. Nota sobre as recentes limitações legais à antecipação de tutela. In: Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência – medidas cautelares e antecipatórias**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

_____. **Curso de direito processual civil – Processo de execução e processo cautelar**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 2. v.

_____. **Processo cautelar**. 14. ed. São Paulo: LEUD, 1993.

_____. Tutela antecipada. In: Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TOLEDO FERNANDES, Iara de. **Alimentos provisionais**. São Paulo; Saraiva, 1994.

VALENÇA DE MELO, Luiz Gustavo Simões. **Tese - Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional – fixação de alimentos provisórios nas ações de investigação de paternidade cumulada com alimentos**. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/eventos/tese/tese026.htm/>> Acesso em: 20 jul. 2003.

VENOZA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 6. v.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil, Lei n. 10.406, de 10-01-2002**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

YARSHELL, FLÁVIO LUIZ. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 12. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. 4. v.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. **Revista de processo**. São Paulo, n. 82, ano 21. p. 53-69. Abr-Jun/1996.

_____. Antecipação da tutela e obrigações de fazer e de não fazer. In: Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.