CLILTON GUIMARÃES DOS SANTOS

**TUTELA JURISDICIONAL AO DIREITO A ALIMENTOS
EFETIVIDADE DO PROCESSO E EXECUÇÃO DA PRESTAÇÃO
ALIMENTAR**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Antonio Carlos Marcato

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2009

RESUMO

O presente trabalho visa à realização de um estudo sobre a tutela jurisdicional ao direito a alimentos, com a preocupação de investigar o roteiro processual a seguir no tocante ao resguardo de uma relação jurídica vital à existência digna, e, portanto, ao próprio direito à vida, com o qual estabelece uma relação na condição de direito – garantia. A mirada sobre o tema se realiza sob a perspectiva das relações familiares, conquanto essa espécie de direito material também possa surgir em outras esferas – responsabilidade civil ou relação contratual -, dadas as circunstâncias sempre particulares da vida familiar, ambiente onde o Estado só está autorizado a penetrar em caráter excepcional, mesmo pela via jurisdicional, dadas as delicadas relações internas entre seus integrantes, apoiadas de regra na frágil dimensão do afeto, cujo resguardo é imperativo. O campo das relações obrigacionais alimentares, de sabida origem no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), e, por decorrência, no postulado da solidariedade familiar, é campo fértil a dissidências e a hipótese do inadimplemento está sempre a reclamar do Estado uma tutela jurisdicional efetiva, ao mesmo tempo em que suficientemente congruente com os objetivos alinhados ao superior interesse da família, dilema técnico repercutido na seara do processo, que há, portanto, de ajustar técnicas, procedimento e posturas de seus sujeitos, de forma a atender conveniente e eficazmente todos os interesses envolvidos com a questão. Nesse espírito, a proposta do presente trabalho é promover uma avaliação, ainda que sobre o essencial apenas, da tutela jurisdicional realizável por meio da Lei de Alimentos, a Lei Federal nº 5478/68, tanto sob o prisma da tutela cognitiva, como da tutela executiva, examinando em cada caso os aspectos mais relevantes, as virtuais controvérsias, e as soluções mais ajustadas a um modelo constitucional de processo civil, e, por que não dizer, a um modelo de processo efetivo de família. O que se procura evidenciar, dentro dessa perspectiva, é a problemática particular das relações familiares, tanto quanto a urgência em se modelar um processo civil que lhe seja apropriado, baseado na ampliação da legitimidade das deliberações, via participação mais aguda de seus sujeitos e, sobretudo, levando em consideração um gerenciamento do processo pelo magistrado de modo a não excluir, a qualquer instante, as técnicas parajurisdicionais de solução de conflito, abrindo-se espaço efetivo à conciliação, à mediação, mesmo na pendência da demanda.

Palavras-chave: Direito aos alimentos. Tutela jurisdicional. Efetividade. Processo justo

RIASSUNTO

Questo lavoro há per scopo la realizzazione di uno studio sulla tutela giurisdizionale del diritto agli alimenti, preoccupandosi di investigare l'iter processuale da osservare relativamente alla protezione di un rapporto giuridico vitale ad una esistenza degna, e, pertanto, allo stesso diritto alla vita, con cui instaura una relazione nella condizione di diritto-garanzia. La messa a fuoco del tema avviene sotto la prospettiva dei rapporti familiari, sebbene questo tipo di diritto materiale possa sorgere in altre sfere – responsabilità civile o rapporti contrattuali –, date le circostanze sempre particolari della vita familiare, ambiente in cui lo Stato solamente è autorizzato ad entrare a carattere eccezionale, anche in via giurisdizionale, dati i delicati rapporti interni che sussistono tra i suoi partecipanti, che si appoggiano normalmente nella fragile dimensione dell'affetto, il cui rispetto è imperativo. Il campo dei rapporti obbligazionari alimentari, che hanno la loro chiara origine nel principio di solidarietà (Costituzione Federale, art. 3° , I), e, da qui, nel postulato della solidarietà familiare, è campo fertile di discordie e l'ipotesi di inadempimento sempre esige dallo Stato una tutela giurisdizionale effettiva, che sia allo stesso tempo coerente con gli obiettivi consoni con il superiore interesse della famiglia, dilemma tecnico, questo, che si riflette nel campo del processo, il quale dovrà adattare tecniche, procedimenti e modi di essere di due soggetti, in modo da soddisfare convenientemente e efficacemente tutti gli interessi coinvolti nel caso. In tale spirito, la proposta del presente lavoro è promuovere una valutazione, anche se appena sull'essenziale, della tutela giurisdizionale realizzabile attraverso la Legge degli Alimenti, la Legge Federale n. 5478/68, tanto sotto il prisma della tutela cognitiva, quanto della tutela esecutiva, esaminando in ciascun caso gli aspetti più rilevanti, le possibili controversie, e le soluzioni che più si adattano ad un modello costituzionale di processo civile, e, si dica pure, ad un modello di processo effettivo della famiglia. Ciò che si cerca di mettere in evidenza, in tale prospettiva, è la problematica particolare dei rapporti familiari, tanto riguardo all'urgenza di plasmare un processo civile che gli sia appropriato, basato nell'ampliamento della legittimità delle deliberazioni, attraverso la partecipazione più effettiva dei suoi soggetti e, soprattutto, prendendo in considerazione una gestione del processo da parte del magistrato in modo da non escludere, in nessun momento, le tecniche paragiurisdizionali di soluzione del conflitto, aprendosi spazio effettivo alla conciliazione, alla mediazione, anche in pendenza di giudizio.

Parole chiave: Rapporti obbligazionari alimentari. Tutela giurisdizionale effettiva.
Superiore interesse della famiglia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I. FAMÍLIA E ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL	10
1. Família e Constituição.....	10
1.1. Relações Privadas e Constituição.....	10
1.2. A Família e Regulação Constitucional	19
1.3. A Família Na Constituição de 1.988	25
1.4. Princípios Constitucionais do Direito de Família.....	28
CAPÍTULO II. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.....	50
1. Obrigação Alimentar	50
1.1. Conceito de Obrigação Alimentar, Pressupostos e Natureza Jurídica.....	50
1.2. Evolução Histórica	55
1.3. Fundamentos da Obrigação Alimentar	58
1.4. Características dos Alimentos	60
1.5. Espécies de Alimentos.....	74
1.6. Considerações Oportunas	83
CAPÍTULO III. TUTELA DE DIREITOS.....	86
1. Tutela de Direitos	86
1.1. De Ordem Geral	86
2. Autotutela de Direitos	89
2.1. Autotutela Preventiva e Seus Meios.....	89
2.2. Autotutela Como Tutela Repressiva.....	91
3. Tutela Parajudicial de Direitos	93
3.1. Conceito e Fundamento.....	93
3.2. Arbitragem.....	98
3.3. Conciliação	101
3.4. Transação.....	104
3.5. Mediação	107
4. Tutela Jurisdicional	112
4.1. Direito Fundamental à Jurisdição.....	112
4.2. Devido e Justo Processo	118
4.3. Tutela Jurisdicional, Perfil e Diretrizes	123

CAPÍTULO IV. TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO A ALIMENTOS TUTELA COGNITIVA	131
1. Jurisdição e Tutela Jurisdicional Alimentar	131
1.1. Especificidade das Demandas Alimentares.....	131
1.2. O Justo e o Efetivo Processo nas Demandas Alimentares.....	133
2. Tutela Jurisdicional Cognitiva do Direito aos Alimentos	136
2.1. Tutelas Cognitivas	136
2.2. Ações de Alimentos – Escorço Histórico	139
2.3. Ações de Alimentos na Lei Especial	142
2.4. Espécies de Ações de Alimentos	172
 CAPÍTULO V. TUTELA JURISDICIONAL AO DIREITO A ALIMENTOS	175
1. Tutela de Urgência	175
1.1. Conceito e Cabimento	175
2. Alimentos Provisionais.....	176
2.1. Conceito e Características	176
2.2. Natureza e Pressupostos	177
3. Alimentos Provisórios	178
3.1. Conceito e Natureza	178
4. Polêmicas.....	181
 CAPÍTULO VI. TUTELA JURISDICIONAL AO DIREITO A ALIMENTOS. TUTELA EXECUTIVA – GENERALIDADES	183
1. Tutela Jurisdicional Executiva	183
1.1. Função Jurisdicional Executiva.....	183
1.2. Atos Executivos e Espécies de Atividade Executiva.....	185
1.3. Princípios da Execução.....	186
1.3.1. Princípio da Autonomia	187
1.3.2. Princípio do Título	188
1.3.3. Princípio da Realidade	188
1.3.4.-Princípio da Disponibilidade	189
1.3.5. Princípio da Adequação	189
1.3.6. Princípio da Tipicidade dos Atos Executivos	190
1.3.7. Princípio do Resultado e da Menor Gravosidade Para o Executado	190
1.3.8. Princípio da Responsabilidade	192
1.4. Espécies de Execução.....	192
1.4.1. Quanto à Estabilidade do Título Executivo.....	193

1.4.2. Quanto à Natureza dos Meios Executórios	194
1.4.3. Quanto à Especificidade do Objeto da Prestação.....	195
1.4.4. Quanto à Solvabilidade do Devedor	195
1.4.5. Quanto à Origem da Dívida	196
1.5. Do Devido e Justo Processo Executivo	196
2. Cumprimento de Sentença.....	197
2.1. Sobre Dogmas e Reformas	197
2.2. Processo Sincrético e Execução de Sentença	200
2.3. Consequências Doutrinárias e Processuais Relevantes	202
2.3.1. Classificação das Sentenças	202
2.3.2. Decisões Sujeitas ao Novo Regime de Cumprimento.....	203
2.3.3. Liquidação de Sentença.....	204
2.3.4. Da Defesa do Executado no Cumprimento de Sentença.....	205
 CAPÍTULO VII. TUTELA JURISDICIONAL AO DIREITO A ALIMENTOS. TUTELA	
EXECUTIVA DOS ALIMENTOS	207
1. Cumprimento de Sentença e Alimentos	207
1.1. Possibilidades e Divergências	207
2. Título Executivo e Alimentos.....	216
2.1. Introdução.....	216
2.2. Título Executivo Judicial.....	218
2.3. Título Executivo Extrajudicial.....	220
3. Meios Executórios.....	224
3.1. Introdução.....	224
3.2. Desconto	226
3.3. Penhora	227
3.4. Prisão Civil	229
4. Procedimento.....	233
 CAPÍTULO VIII. SÍNTESE CONCLUSIVA.....	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	237

INTRODUÇÃO

Sob a perspectiva instrumentalista o processo persegue escopos essenciais à dinâmica da adjudicação de direitos, dentre os quais a *pacificação social com justiça* se qualifica como o de maior projeção.

Expressar-se assim, como instrumento pacificador na regência de conflitos interpessoais, o eleva em termos de dignidade institucional, enquanto formaliza um compromisso que o onera com o encargo de realizar no plano material as promessas do sistema jurídico formal, para assegurar ao homem comum a fruição de todos os efeitos potenciais do direito sob sua titularidade.

Constituído, assim, como um mecanismo portador de garantias referidas às bases políticas da sociedade a que serve, ele vem de abandonar por completo o tempo remoto em que a *mentalidade praxista* o sub-valorizava na perspectiva de uma existência servil e secundária em relação ao direito material.

Não só isso.

A evolução do pensamento acadêmico também o libertou das peias impostas pela *mentalidade científica*, que a ele transmitiu a herança iluminista em face da qual foi convertido à condição de uma estrutura ontologicamente despida de qualquer caráter que não o de se resumir a um conjunto de técnicas racionalmente orientadas à produção de efeitos controláveis pelo sistema, e nessa condição indene a compromissos estranhos ao território de sua missão teórica.

Como acederam seus estudiosos ao intuito de vislumbrá-lo sob ótica distinta, ou seja, contemplando aqueles a quem deve servir, finalmente foi desnudado a partir de uma concepção mais rente à sua própria realidade, segundo a qual, mais que um organismo forrado em técnicas aptas à superação de pretensões resistidas, deve ser um instrumento ético apropriado à realização de direitos.

Nesta condição, efetividade e justiça são virtudes que o qualificam também em seu modo de ser, de modo a torná-lo agora, e sobretudo, *processo civil de resultados*, para incorporar e vivificar a máxima *chiovendiana* de persecução do fim de permitir a cada qual tudo aquilo que o direito reconhecido comporte.

Afinado com tais premissas, o presente trabalho se desenvolve com o objetivo de analisar a tutela jurisdicional, razão da existência do processo, por intermédio de uma mirada sobre a Ação de Alimentos, objeto de cariz particular, tanto por dispor de legislação aprumada à essencialidade do direito-garantia aos alimentos, como por dizer respeito a situações familiares, nas quais a intervenção estatal há se realizar de modo eficaz, mas sem esfolar o melhor interesse da família, situado na subsistência dos vínculos respectivos.

Foi, dessarte, proposital a escolha das ações alimentares fundadas na Lei nº 5478/68, e respectiva execução, porque é nesse universo que o sistema adversarial, base das relações processuais instauradas, se vê posto à prova, fazendo brotar questionamentos relevantes sobre o que significaria realmente, sob esse contexto, um *processo efetivo* ou um *processo justo*.

A julgar pelas técnicas variadas empregadas pelo legislador, agudas como a decisão executiva *lato senso* ensejada pelo art. 4º, da Lei nº 5478/68, ou a prisão civil do devedor no âmbito da execução, como autoriza o art. 733, do Código de Processo Civil, há de refletir sobre que proveito, em termos de efetividade, têm resultado delas realmente.

No caminho desse vislumbre sobre a tutela oferecida ao direito aos alimentos o primeiro obstáculo é conceitual, à medida em que o standart concernente ao *processo efetivo* parece clamar por especificações, sugeridas pela complexidade das circunstâncias familiares, em relação às quais não bastaria considerar resultados melhores com menor empenho de energia.

O que se deseja enfatizar, enfim, é que se promover tutela jurisdicionalmente efetiva significa produzir efeitos representativos de uma melhoria objetiva em relação à situação lamentada pelo sujeito cuja posição jurídica se consagrou legítima na demanda, faz-se imprescindível ler a situação a partir de viés próprio, o que implica nesse caso a insuficiência da idéia vulgar de ‘melhoria’ para bem representar a solução aceitável nesses casos.

Em outros termos, efetividade da tutela jurisdicional sob o prisma das relações de família não advém apenas da modificação positiva da situação existencial do sujeito vitorioso na demanda, senão que, também, da preservação dos laços parentais atuantes no *pano de fundo* do litígio, da coibição das pretensões de medida de força manejadas ao sabor de um espírito revanchista ou despeitado, próprio, aliás daquele nicho onde se reúnem os vínculos capazes de a converter pessoas naquilo em que de fato são.

De outra parte, ainda, e sob o aspecto do *processo justo*, sobre o qual repousaria o item segurança das relações processuais, indispensável à legitimidade da decisão final, há curiosas questões a serem colocadas, implicadas, em última análise, com o próprio sistema adversarial.

Hoje parece irrefutável que a relação processual recortada sob a matriz desse sistema potencializa as dissensões, adjudica direitos, mas agrava nós do relacionamento familiar com seus efeitos colaterais, deslegitimando decisões, comprometendo a eficácia de sua execução, entre outras particularidades.

Por isso meios parajudiciais de solução desses conflitos são recorrentemente lembrados como fatores de incremento de respostas novas a situações de crise do direito material no âmbito das relações familiares, de maneira que processo justo tem se redesenhado nessa dimensão, para incluir, além das garantias tradicionais, aquela afeita ao uso precedente ou incidental das técnicas de conciliação e mediação.

É com essas convicções que se avalia a tutela jurisdicional dentro dos caminhos das demandas alimentares, seguindo-se sua apreciação, distribuída de modo a se examinar, antes de mais nada, a relação jurídica de direito material, passando depois pelo sistema de tutela de direitos, até desembocar nas formas de tutela cognitiva e executiva, sempre sob o ponto de vista dos pontos mais relevantes.

CAPÍTULO I. FAMÍLIA E ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

1 Família e Constituição. 1.1. Relações Privadas e Constituição. 1.2. Família nas Constituições. 1.3. A CF de 1988 e a Família. 1.4. Os Princípios Constitucionais de Direito de Família.

1. Família e Constituição

1.1. Relações Privadas e Constituição

As relações entre sujeitos comuns, derivadas de situações cotidianas do pai, do proprietário ou do contratante, não se revestiram tradicionalmente de qualquer elemento capaz de sugerir um eventual vínculo com o interesse público, mantido tradicionalmente, aliás, como dado alheio ao círculo em que se travavam.

Diversificadas fontes normativas cuidavam de lhes conferir regulação, represando-as, no entanto, de modo a evitar contato com elementos estranhos aos domínios estritos dos interesses exclusivamente privados.

Seu regramento por meio de leis escritas, costumes etc. se realizava sob o influxo de tradições ou sazonalidades sugestivas de sua necessidade, no entanto sem pretensões de um uso a tal ponto funcionalizado que ensejasse uma expectativa de por seu intermédio se promover uma depuração de hábitos e valores sociais.

Intenções com esse cariz, acrescenta-se, só vieram permear as fontes normativas a partir da ascensão do racionalismo, principalmente quando associado ao iluminismo, acepções filosóficas que se agregaram no sentido de imprimir à idéia de lei uma outra finalidade, tornando-a instrumento de melhoria e evolução social. A denominada era da codificação, por sinal, é reconhecidamente o apogeu dessa cosmovisão jurídica, à medida em que seus idealizadores fizeram do código instrumento encarregado do regramento integral das relações jurídico-privadas, convertendo-o no espelho normativo de um projeto ético-moral de sociedade¹.

¹“Apesar do carácter muito facetado das circunstâncias do seu aparecimento, esses códigos apresentam um idêntico perfil espiritual. Distinguem-se de todas as anteriores redacções de direitos desde logo pelo facto de que eles não fixam, ordenam ou melhoram (‘reformam’) direito já existente, nem pretendem completá-lo (como, por exemplo, as Ordonnances francesas ou as Reformationem alemãs do século XVI); eles

Serviu-se eficazmente do código o liberalismo clássico, no sentido econômico e no político, à medida em que o concebeu com a missão de garantir espaço avantajado à liberdade da vontade e à propriedade², inclusive recortando-o como círculo de proteção à autonomia do indivíduo frente ao poder político³.

Posto sob a condição de ordem normativa planejada e racionalmente dirigida à instituição de um convívio social rigidamente pautado pelos pontos ideológicos de referência, o código tratou de disciplinar a totalidade das relações jurídicas de seus sujeitos entre o berço e a morte⁴, reforçando com isso um inflexível respeito à lei – fiadora do alcance desses objetivos - cultuada como portadora de uma vontade geral extraída a partir de valores caros e inquestionáveis, tal como se infere da inegável contribuição do direito francês nesse sentido⁵.

dirigem-se antes a uma planificação global da sociedade, através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica.” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Ed. Calouste Goulbenkian, 2004. p. 366). No mesmo sentido: HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Ed. Fundação Boiteux, 2005. p. 378.

²“Os códigos encamparam, assim, os interesses da burguesia, protegendo a propriedade e a autonomia contratual, e conferindo segurança ao tráfico jurídico, essencial para o desenvolvimento do capitalismo. Viviam-se, como registrou Natalino Irti, na ‘Era da Segurança’, no qual o protagonismo cabia ao burguês proprietário, sujeito de direito e pai de família. Embora todos fossem iguais e autônomos perante o código, dentro do modelo de produção capitalista só o burguês para proteger e comprometer através do contrato, e era ele, portanto, o típico sujeito de direito mirado pela codificação. Era o modelo do individualismo possessivo, em que prevalecia o ter sobre o ser. Portanto o ideal da codificação relacionava-se estreitamente com o modelo de Estado Liberal, que era aquele no qual, segundo Habermas, ‘...uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através da propriedade privada e dos direitos sobre contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera da realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos de mercado’. Tratava-se de uma sociedade ‘de Direito Privado’, na qual cabia ao código delimitar a esfera da liberdade privada dos indivíduos, nas relações que mantinham no mercado.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 69).

³“O mundo da segurança é, então, o mundo dos códigos, que traduzem em sua seqüência ordenada de artigos, os valores do liberalismo oitocentista. Daí o significado ‘constitucional’ dos códigos civis, no sentido de que não se limitam a simples disposições técnicas (mais ou menos perfeitas e completas) mas fixam também a filosofia da revolução burguesa. É bem aceita e difundida a observação - encontrada na doutrina italiana de Solari; na espanhola de Lacruz e De Los Mozos - que, como a Declaração dos Direitos garante a liberdade política dos indivíduos perante o Estado, os códigos tutelam as liberdades civis do indivíduo na sua vida privada contra a indevida ingerência do poder político” (IRTI, Natalino. *L’età de la decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 23 - tradução livre).

⁴“O Código aspirava à completude, visando disciplinar todos os aspectos da vida humana, do nascimento ao óbito.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 69).

⁵“Os códigos napoleônicos, por um lado, a consumação de um movimento doutrinário que, partindo da doutrina tradicional francesa, fora enriquecida com as contribuições do jusracionalismo setecentista. Nesse sentido, apareciam como uma espécie de positivação da razão. Por outro lado, tinham sido resultado de um processo legislativo conduzido pelos órgãos representativos da nação francesa. Constituíam, assim, a concretização da vontade geral. Uma coisa e outra contribuíram para lhe dar o ar de monumentos legislativos definitivos, cientificamente fundados e democraticamente legitimados. Perante eles não podem valer quaisquer outras fontes de direito. Não o direito doutrinário, racional, suprapositivo, porque ele tinha sido incorporado aos códigos, pelo menos na medida em que isso tinha sido aceite pela vontade popular. Não o direito tradicional, porque a Revolução tinha cortado com o passado e instituído uma ordem jurídica e

A expansão da codificação se deu de modo a operar a visível consequência consistente na sua centralidade na ordem jurídica, demarcando o território específico do direito privado sob todos os quadrantes, e a tal ponto, e tanto, que acabou sendo aclamado, dada a largueza de suas fronteiras, a *constituição do homem comum*.

Estava posta nesses termos a clivagem entre o cenário da regulação de relações marcadas pelo interesse privado e o relativo àquela atinente a esfera do interesse público, servindo a legislação codificada como um sistema auto-suficiente e auto-referente destinado à organização das situações do primeiro caso.

Como um programa normativo assentado sobre alicerces liberal-iluminista fixou-se ela, no entanto, num protagonista idealizado segundo matrizes etéreas, de fisionomia marcada por traços vagos e desvinculados de sua própria realidade, cuja proclamada igualdade se revelava mais e mais improvável quando medida a partir das circunstâncias individuais em cada caso.

O código, idealizado em obediência a postulados assentados sobretudo na garantia à isonomia de seus sujeitos, foi se mostrando insensível às distinções ditadas por suas condições existenciais ou co-existenciais.⁶

Foi nesse panorama que se sobressaiu a partir de dado momento, como fator de especial influência sobre o fenômeno da codificação, a ascensão dos movimentos sociais e de sua capacidade de estabelecer um quadro no qual se dissolveu o arquétipo do homem abstrato, ponto de partida usual da produção normativa de então, revelando a urgência em se disciplinar as relações privadas a partir da condição de vida de determinados grupos sociais, tais como trabalhadores, mulheres, crianças etc.

Sucedeu, pois, que a realidade multifacetada do homem concreto, engajado a situações diversificadas nas quais se alternam, e se alteram, seus desejos, necessidades etc. rebelou-se contra os códigos, pondo à mostra suas fragilidades na proporção em que

política nova. Não o direito jurisprudencial porque aos juízes não competia o poder de estabelecer o direito (poder legislativo), mas apenas o de aplicar (poder judicial). A lei – nomeadamente esta lei compendiada e sistematizada em códigos – adquiria, assim o monopólio da manifestação do direito.” (HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, cit., p. 378).

⁶“O modelo de direito privado a partir da revolução francesa sofreu uma mudança de paradigma muito importante, pois parte do pressuposto formal de que todos são iguais. Todavia, isso não é suficiente, uma vez que as diferenças devem ser observadas não para excluir como faziam os romanos, mas, ao contrário, para atentar o estudo do caso concreto, de modo que, de alguma forma se diminuam as diferenças a fim de incluir todos na malha social e no manto da proteção jurídica. Verificar o caso sub judice e compreender a igualdade na diversidade é o desafio que está posto para o direito contemporâneo.” (PEZZELA, Maria Cristina Cereser. *O Código Civil em perspectiva histórica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (Org). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre, 2006. p. 41).

evidenciou-se movediça e insusceptível de captura ou aprisionamento por um mero esforço racional.

Por força disso, os grupos sociais organizados, à frente os trabalhadores, foram concebendo meios pelos quais conquistaram a produção de legislação especial, mantida à margem dos códigos, tecendo assim a prova material de sua insuficiência técnica⁷.

Iniciou-se aí a etapa da descodificação.

Mesmo assim, vale dizer, a regulação das relações jurídicas interprivadas seguia de modo paralelo à concernente ao interesse público, sem sinais de convergência relevante ou aproximações explícitas.

Aspecto que operou significativa mudança de rumos ocorreu na esfera do direito público, ou seja, com a revitalização doutrinária do princípio do “estado de direito”, idéia-força que transportou para o constitucionalismo florescente no pós-guerra uma série de valores relevantes, restaurando no cenário jurídico o vigor que antes os parâmetros morais haviam perdido com o alijamento do direito natural pelo positivismo então reinante⁸.

Esse Estado pós – positivista, forjado desde as entranhas e escombros de duas conflagrações mundiais, ao resgatar o postulado do “estado de direito”, incorporado definitivamente como fundamento de sua organização política, se erige em razão das urgências na tutela dos “direitos fundamentais”⁹, motivo determinante de sua própria

⁷“Leis especiais e descodificação – fenômenos aos quais há pouco nos referimos – reabrem o problema e discussão sobre os métodos da nova-exegese. Marchando sob o impulso das circunstâncias econômicas ou emergências políticas, estranhas a qualquer escrúpulo técnico ou preparação doutrinária, as leis especiais se impõem a partir de uma leitura exegética. Acontece, porém – como veremos - que estas leis, integradas e consolidadas, exprimem-se como microssistemas. O jurista de nosso tempo se encontra como que dividido entre o sistema do código e a interpretação das leis especiais, ou entre o grande e o microssistema, de modo que sua atividade se torna árdua, e seus olhos não conseguem percorrer todo horizonte complexo do ordenamento. De um lado há a forte presença do código e da tradição doutrinária, de outro a efêmera circunstancialidade e a inata sazonalidade pronta a testemunhar a escassa seriedade técnica. “ (IRTI, Natalino. *Codice Civile e società politica*. 8. ed. Roma: Laterza, 2007. p. 49, tradução livre).

⁸“O Estado constitucional de direito desenvolveu-se a partir do término da 2ª Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do Século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos e a jurisprudência passa a desempenhar novos papéis, dentre os quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 63/64, p. 27. jan./dez. 2006).

⁹“Parte-se da idéia de que são os direitos fundamentais, de certa maneira fundados na noção de dignidade da pessoa humana, que justificam a existência do Estado e suas diversas formas de atuação. Assim, não há Estado, ao menos Estado Democrático de Direito, desvinculado de uma justificação ética. Ele não é, nem pode ser, destarte, um fim em si mesmo.” (SHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse

existência e elemento em que se condensam todas as dimensões da “dignidade humana”¹⁰.

Surgem, assim, por conta dessa nova realidade, às Constituições emprenhadas por novos valores, sobretudo compromissadas com a disciplina e controle da propriedade, com a garantia de condições satisfatórias de vida para as classes trabalhadoras etc, determinadas, enfim, em prestar efetiva garantia à concretização dos direitos fundamentais individuais e sociais¹¹.

Nesse ponto se estabelece o alicerce da convergência entre os antes intocáveis universos do direito público e do direito privado, pois à medida em que a constituição evolui no sentido de se converter em objeto de penhor das garantias e direitos fundamentais seus reflexos no ambiente das relações jurídicas em nível horizontal, vale dizer, no campo privado, foram praticamente imediatos, forçando o respeito e a consideração sobre sua eficácia também nessa dimensão.

Nem poderia ser diferente, aliás, pois se a pauta dos direitos humanos se impôs ao constitucionalismo com inusitado vigor isso se deu como resultado do aumento significativo do apreço à dignidade humana com um valor inexcedível, já que responsável por sua fundamentação ao ter como centro de todo e qualquer sistema a pessoa humana e toda complexa teia de necessidades indispensáveis ao seu desenvolvimento e sua realização.

Impossível ignorar que as Constituições dos Estados que emergiram do pós-guerra redimensionaram o princípio da dignidade humana, emprestando-lhe dimensões até então inusitadas, redesenhando o princípio do Estado de Direito sob sua perspectiva, de maneira

público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 217).

¹⁰“Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido cõo referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer idéia apriorística de homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos fundamentais tradicionais, esquecendo-a no caso dos direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir bases da existência humana”.

(SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 105).

¹¹“A partir de longo processo de industrialização, que tem curso na primeira metade do Século XX, das doutrinas reivindicacionistas e dos movimentos sociais instigados pelas dificuldades econômicas que realimentavam a intervenção do legislador, verifica-se a introdução nas Cartas políticas e nas grandes Constituições do pós-guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. Assumem as constituições compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle de bens.” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In:_____. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 7).

a incorporarem em seus textos elementos antes relegados ao âmbito da disciplina legal das relações privadas, com isso sedimentando uma aproximação entre os territórios do direito privado e do público, antes condenados a um afastamento irreversível e compulsório.

Com efeito, essa incorporação ao texto constitucional de vetores normativos sobre institutos tipicamente de direitos privados fez operar, por um lado, a atração dessas diretivas para a solução de relações privadas, assim como, por outro, determinou sua invocação como fundamento indispensável à interpretação à regras ordinárias destinadas à sua regência¹², tornando efetiva a superposição e interdependência entre os dois territórios.

A ponte erguida entre o Direito Constitucional e o Direito Privado acarretou benefícios objetivos, fazendo eclodir tempos de humanização das relações jurídicas interprivadas, amainando a agudeza de seus institutos, uma vez realçada a dimensão social, vale dizer, a funcionalidade de seus institutos sobre sua estrutura inflexível, tomando o Estado para si o encargo de zelar pela efetiva igualdade de seus sujeitos, pela solidariedade e colaboração nas relações contratuais etc.¹³

Relativamente a isso, a propósito, inquestionável que o dado credenciado a assumir a condição de elemento unificador desses dois sistemas é justamente o princípio, ou o valor consubstanciado no conceito de “dignidade humana”, que por reproduzir a elevação da

¹²“(…) Nesse sentido, aponta-se com inteira razão para o fato de que a assim designada constitucionalização do Direito (e, portanto, também do Direito Privado) se manifesta por duas vias: a) a presença da Constituição no Direito Privado, onde se cuida onde se cuida da influência das normas constitucionais, via concretização legislativa ou judicial sobre as normas de Direito Privado e as relações entre particulares, e b) a presença do Direito Privado na Constituição, onde se cuida de institutos originalmente de Direito Privado previstos na Constituição – que por sua vez irá influenciar o Direito Privado – situação em que no fundo se está a falar de um Direito Constitucional e não de um Direito Civil Constitucional. Em face da afirmação da unidade da constituição – dos seus valores, princípios e regras – como fundamento normativo, e, portanto, necessariamente vinculativo da validade e da própria legitimação da ordem jurídica, passou a ser Possível compreender as relações entre Direito Público e Direito Privado, antes – quando do advento do constitucionalismo liberal de matriz burguesa – tidas como praticamente inexistentes, já que se tratavam de esferas distintas e até mesmo tidas como incomunicáveis -, como estando intimamente ligadas pelo amálgama constitucional, sempre no contexto de um sistema jurídico unitário, embora materialmente aberto.”(SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais, no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio (Coords.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007).

¹³“(…) Desse jeito, o Estado [e agora chamado a intervir em múltiplas relações de Direito Privado. Desenha-se nitidamente sua função social. Sobrepe-se à autoridade paterna, proibindo o trabalho de menores de certa idade nas fábricas. Impede a ganância dos capitalistas, se pretendem fazer do trabalho um instrumento de opressão. Muita vez, a pureza de um princípio jurídico é sacrificada em obediência à conveniência social. Tal é a garantia do risco profissional, que, não decorrente da natureza do próprio contrato de trabalho, acarreta, entretanto, a obrigação de indenizar. Conceitos intangíveis, que pareciam ser a expressão derradeira e definitiva de idéias milenares, apresentam sintomas de ruína próxima. O casamento e a propriedade, que eram por assim dizer, a concretização legal dos instintos fundamentais do homem – reprodução e conservação – corroídos, solapados, minados, não mais resistem à torrente que se desencadeia.” (GOMES, Orlando. A humanização do direito privado. In: *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 29).

pessoa humana entre todos os demais entes de existência reconhecida¹⁴, faz por coroá-la como eixo em torno do qual giram todos os sistemas normativos componentes do ordenamento jurídico.

É nessa visão da pessoa como alguém em carne e osso, carente de necessidades próprias e humanas a serem obrigatoriamente respeitadas, que o ordenamento jurídico promove na atualidade o desterro daquele “sujeito débil”¹⁵, entregue ao consumo e de perfil jurídico recortado ao sabor das circunstâncias e no interesse de uma visão patrimonializada dos vínculos jurídico-privados.

Desse ponto de vista, à medida em que a ordem constitucional assume compromisso com os direitos fundamentais, organiza-se definitivamente em prol da pessoa e da idéia de dignidade humana, tangendo a ordem jurídico-privada com suas diretrizes e nela impondo a repersonalização de relações antes lidas exclusivamente sob uma ótica patrimonialista¹⁶, abrindo veredas na direção da afirmação da denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, incluindo os sociais¹⁷.

¹⁴COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1-17.

¹⁵“Em uma sociedade complexa e massificada, nada obstante, o rompimento com as racionalidades sistêmicas se torna cada vez mais difícil, em virtude daquilo a que Pietro Barcelona denomina de fragmentação do sujeito em diversos papéis, com a construção de um sujeito débil. O sujeito débil é aquele que, na economia capitalista contemporânea – que também pode ser reputada estrutura sistêmica – se aliena no consumo, e só tem relevância quando veste uma das diversas máscaras que a contemporaneidade impõe. O sujeito débil definitivamente não tem relevância pelo seu ser, mas, sim, conforme o papel que ele ocupa, em dado momento do interior do sistema. Os modelos, na contemporaneidade se multiplicam, operando uma cisão do sujeito. Trata-se do ápice da abstração: a pessoa nada mais é que um ente massificado, que só adquire relevância quando se insere em um dos diversos modelos, de relevância pontual, em dada situação jurídica. Esse sujeito fragmentado em diversos papéis não é visto como sujeito de necessidades, ou ‘pessoa de carne e osso’. A idéia de relação jurídica contribui para essa massificação: só terá relevância para o Direito Civil aquele que se enquadra em um de seus diversos modelos”. (FACHIN, Luis Edson. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003).

¹⁶“Com a descentralização do ordenamento jurídico no Código Civil, a Lei Fundamental, incorporando os novos valores, deixa de ser o Estatuto, apenas, da vida política do Estado, passando a expressar a sua supremacia também no campo normativo, o prever uma ordem material de valores. A Constituição exige que todos os atos praticados sob sua égide a ela se conformem, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia – Princípio da Constitucionalidade. A ordem de valores da Constituição expressa-se nos princípios constitucionais. No atual Estado Democrático de Direito, os Princípios Constitucionais têm por meta orientar a ordem jurídica para a realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais, para além dos meramente patrimoniais. No âmbito dessa repersonalização e constitucionalização, nos deparamos com uma despatrimonialização do direito civil.” (OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. Reflexos da constitucionalização nas relações de família. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. Caderno 3, p. 279).

¹⁷A denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais diz com a possibilidade da projeção daqueles direitos fundamentais nas relações privadas, o que se admite, inclusive para o caso dos denominados direitos sociais prestacionais, isto é, aqueles que em princípio incumbem o Estado, como é o caso do direito à educação, à saúde etc, também com projeção reconhecida entre particulares. (cf.

Por isso, quando se fala da ordem jurídico-privada hoje, ou de um Direito Civil, há que ver como necessária sua adjetivação para aí incluir a dimensão Constitucional, agora responsável pelo acolhimento dos mais relevantes princípios que lhe imprimem direção e sentido, incumbindo-se, inclusive, da tarefa de unificar em suas diretrizes todo sistema jurídico, pois como salienta GUSTAVO TEPEDINO:

“Mais de uma década depois, a promulgação do Código Civil de 2002 impôs a reflexão acerca dos paradigmas axiológicos que devem nortear o intérprete na reconstrução do direito privado. A este respeito, deve-se observar que o direito civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição. Tal realidade, reduzida por muitos a fenômeno de técnica legislativa, ou mesmo a mera atecnia, revela profunda transformação dogmática, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública. Propriedade, empresa, família, tornam-se institutos funcionalizados à realização dos valores constitucionais, em especial da dignidade da pessoa humana, não mais havendo setores imunes a tal incidência axiológica, espécies de zonas francas para a atuação da autonomia privada. A própria autonomia privada deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a materialização de um valor constitucional.”¹⁸.

Daí não ser mais novidade apregoar a direta incidência das normas constitucionais no âmbito das relações privadas, tanto quanto a existência renovada de um Direito Civil, agora denominado **DIREITO CIVIL – CONSTITUCIONAL**, em cuja acepção se torna indispensável pensar em *prevalência das situações pessoais sobre as patrimoniais, numa interpretação que conjugue historicidade e relatividade das normas no tempo, sem esquecer a prioridade da função dos institutos jurídicos sobre sua estrutura*¹⁹.

É de se remarcar, a propósito, que no âmbito do direito comparado a doutrina não nega a prevalência dessas mesmas diretrizes no quanto concerne ao direito civil, posta a sistemática admissão da influência dos direitos fundamentais, e, por conseguinte, das diretrizes constitucionais, no território das relações privadas, de modo imediato ou

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 287, 288 e ss. e SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais, no âmbito das relações jurídico-privadas, cit., p. 321).

¹⁸TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio (Coords.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 310.

¹⁹MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir de um direito civil constitucional. In: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 29.

mediato, estando por se consolidar essa visão sobre a intersecção também em outros sistemas jurídicos²⁰.

Em suma, o direito civil constitucionalizado tem como premissa a unidade do sistema jurídico, a saliência das normas e postulados constitucionais que se colocam no seu vértice, assim como a influência destas na definição das relações jurídico-privadas, às quais também se aplicam, sem desprezo da legislação ordinária, que a estas devem se manter subordinadas. No magistério sempre oportuno de PIETRO PERLINGIERI:

“Não é possível individuar a própria natureza derogável ou inderrogável das normas ordinárias, a não ser no contexto dos princípios constitucionais que caracterizam o ordenamento vigente.

.....

O caráter fundamental se identifica por meio da constitucionalidade: os princípios constitucionais, explicitamente expressos ou declarados mediante referências explícitas, são os fundamento de um sistema concebido hierarquicamente. De forma que, se caráter axiológico e racionalidade constituem as características comuns da Constituição e do Ordenamento Jurídico, a componente racional-normativa. A unidade do ordenamento não permite sua separação da Constituição, nem mesmo sua implícita submissão à normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo ordenamento. A normatividade constitui caráter fundamental da juridicidade e não somente o dever-ser, mas também o dever-fazer está presente na Constituição, como em todas as outras regras que compõem o ordenamento.

A introdução, por parte da Constituição, de valores normativos no direito positivo não pode deixar de incidir também no plano dos comportamentos e do dever-fazer, prescindindo da mediação de regras em nível inferior ou standards valorativos.”²¹

Dentro dessa perspectiva, portanto, a verdade frente a qual se curvam todos, incluindo constitucionalistas de escol²², é que O Direito Civil – Constitucional afasta a

²⁰cf. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, cit. (particularmente ensaios de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado, p. 339 – BILBAO UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales, p. 299 – NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha e a lei fundamental, p. 245).

²¹PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 206-207.

²²“No quarto final do século, o Código Civil perde definitivamente o seu papel central no âmbito do próprio setor privado, cedendo passo para a crescente influência da Constituição. No caso brasileiro específico, a Constituição de 1988 contém normas acerca da família, da criança e do adolescente, da proteção do consumidor, da função social da propriedade. Além disso, os princípios constitucionais passam a condicionar a própria leitura e interpretação de institutos de direito privado. A dignidade da pessoa humana assume sua dimensão transcendental e normativa. A Constituição já não é apenas o documento maior do direito público, mas o centro de todo sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade.” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 59).

centralidade do Código Civil, para abrir espaço à penetração das diretrizes constitucionais no âmbito das relações interprivadas, notadamente a partir do quanto significa o primado da *dignidade humana*, que na síntese feliz da doutrina prevalecente importa no respeito à igualdade, à liberdade, à integridade psicofísica e na solidariedade, pois como anota com precisão MARIA CELINA BODIN DE MORAES:

“Para que se extraiam as conseqüências jurídicas pertinentes, cumpre retornar por um instante aos postulados filosóficos que a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade, como valor intrínseco às pessoas humanas. Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com outros e com a natureza – sujeitos por isso do discurso e da ação – será ‘desumano’, isto é contrário à dignidade humana tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto. O significado material da dignidade, desse modo entendida, pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não a vir a ser marginalizado.”²³

1.2. A Família e Regulação Constitucional

Do quanto se expôs até aqui, é corrente o tratamento pela ordem constitucional de temas antes adstritos ao campo do designado direito privado, tal como acontece com a propriedade, a autonomia da vontade, etc, os quais passaram a ter sua delimitação predeterminada naquela seara, tornando cada vez mais tênues, para não dizer quase inexistentes, as fronteiras entre essas duas regiões do sistema jurídico. Esse fenômeno, aparentemente irreversível, conquanto tenha sofrido, como ainda hoje, oposição de alguns setores da doutrina²⁴, impõe opinião favorável à sua ocorrência, já porque, como dissecado no item anterior, proporciona enriquecimento inegável do direito privado, notadamente seu aprimoramento e atualização²⁵.

²³MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: _____ (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: 2007. p. 16-17.

²⁴ORLANDO GOMES se insurgia contra o fenômeno, crendo tratar – se de distúrbio grave, sobre o qual assim se manifestava: “Processa-se concomitantemente curioso fenômeno que revela grave distúrbio funcional no metabolismo da fenomenologia social: a desconcertante antecipação do jurídico ao político. O direito fixa valores que transcendem à organização política a que serve. Nesse clima asfixiante, o privatismo não reage. Deixa-se imbuir do espírito estatista, e se entrega, sem resistência, perdendo substância, ou trazendo para seus institutos as audaciosas inovações do direito público, cujos critérios imita.” (GOMES, Orlando. *Direito privado: novos aspectos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 6).

²⁵GUSTAVO TEPEDINO faz precisa observação nesse sentido: “A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por um lado, não significa um agigantamento do direito público em detrimento do direito

Tomada a constitucionalização do direito como o ápice de um processo de democratização das relações jurídicas, surge inevitável a crença de que a regulação das relações familiares no âmbito das constituições pode significar, semelhantemente, a garantia da tutela de seu direito à família e de seu direito à proteção individual enquanto seu integrante.

É fato que as relações familiares sempre se nortearam, sobretudo, por uma espécie de direito intragrupal, uma vez que o fenômeno jurídico, com efeito, não decorre exclusivamente da ação regulatória estatal²⁶, malgrado a lei a atingisse, mesmo superficialmente, pois necessária a cautela legal contra abusos, sempre previsíveis nas relações internas²⁷.

Não se nega, nem se quer deturpar o papel que coube – e que ainda cabe – à lei na organização e harmonização das relações familiares, uma vez inquestionável um certo grau de preocupação estatal com sua forma de concepção, assim como com a tutela dos interesses de seus membros. Registra-se, todavia, que ao longo de muitas décadas a regulamentação legal se fez apenas como um elemento de ratificação, ou legitimação, de costumes ou normas intragrupais pré-estabelecidas, e menos como veículo de uma formação desejável segundo o entendimento do legislador.

O que se deseja remarcar com isso é que a família costumeiramente foi vista como elemento social caracterizado pela espontaneidade na sua formação e desenvolvimento, ou seja, um organismo vivo e mutante em relação ao qual o legislador pouco poderia fazer senão observar e com suas prerrogativas apenas aparar pequenas arestas para não interromper o ciclo natural de seu desenvolvimento²⁸.

civil, que, desse modo, perderia espaço, como temem alguns. Muito ao contrario, a perspectiva de interpretação civil – constitucional permitem que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os de modo a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*, cit., p. 19).

²⁶CUNHA, Sérgio Sérulo. *Direito de família: mudanças*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 5.

²⁷“A intervenção estatal no Direito intragrupal ocorre: a) quando o grupo, em sua atividade, desborda dos limites dentro dos quais foi segregado do ordenamento estatal; ou b) quando há impasse no governo do grupo. Exemplifico: a) o pátrio-poder é o complexo de deveres e direitos dos pais em relação aos filhos; entre nós, porém, o pátrio-poder não é ilimitado como em Roma, onde havia poder de vida e morte sobre os filhos; o juiz pode suspendê-lo em caso de abuso, ou falta aos deveres paternos (art. 394/CC); o juiz pode fixar o domicílio da família quando a decisão do marido prejudicar a mulher (art. 233, III/CC).” (*Direito de família: mudanças*, cit., p. 6 / N.A. – *os exemplos não se encaixariam na presente ordem constitucional*)

²⁸“A família é um fato natural. Não na cria o homem, mas a natureza. Quando eu era jovem, como vós, senhores, com os ouvidos cheios da ‘vontade do legislador’, da ‘onipotência do legislador’, o prestígio desse taumaturgo burguês me alvoroçava o espírito. A sua figura se projetava no campo virgem da minha imaginação como a dum criador arquipotente, acurvado ao peso bruto da sua tarefa, alguma cousa

A propósito, traduz com suficiência essa idéia nota consistente sobre o modo de incidência da regulação legal sobre o organismo familiar realizada pela pena precisa de ORLANDO GOMES:

“À época da promulgação do Código Civil a família era um grupo da ordem privada, que se disciplinava pelos costumes sociais do tempo e do lugar onde se constituía. O legislador abstinha-se de editar regras para a disciplina da vida familiar, limitando-se como observa Donati a registrar uma situação social que atribuía ao pai e marido poderio praticamente irrestrito, de tal sorte que o Direito de Família se constituía – como se disse com propriedade – a zona do não direito.”²⁹

Em verdade, no entanto, esse cuidado do legislador em ater-se ao mínimo na disciplina familiar também tem origem nas estruturas morais e religiosas que a permeiam desde sempre, as quais trataram de manter a certa distância a estatização de suas regras, admitindo-as apenas para circunstâncias extremas³⁰.

Isso prova, pois sim, que fontes canônicas cuidaram de estabelecer balizas detalhadas da convivência familiar, divisando sempre propósitos morais e religiosos, erguendo com isso uma barreira com a qual impermeabilizava o organismo familiar contra a regulação estatal, não sendo demasia ressaltar que até hoje essa influência se faz sentir, havendo quem clame pela secularização definitiva das relações internas entre parentes, cônjuges e companheiros³¹.

A regulação estatal ocorreu a partir do instante em que se iniciou um processo de dessacralização dos institutos relativos à organização familiar, fato acontecido à época do

semelhante ao nosso Patriarca nos versos de Castro Alves – que amassa povos na robusta mão – e de cujo cérebro surgiam as instituições, as sábias instituições que nos regiam, como Minerva da cabeça de Júpiter. A minha ambição nesse tempo era a de ser legislador. Devorava-me o desejo ardente de reformar a sociedade a golpes de leis. Nessa idade cada um de nós tem um plano de reforma, como um ministro novo. Essa ambição passou; também passou minha admiração pelo legislador. Hoje nossas relações são de simples cumprimento. Não direi que seu prestígio tenha diminuído, foi talvez minha imaginação que se cansou, de muito trabalhada pela cultura contraditória do sonho e da desilusão. Mas sempre vos direi que o legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera. Fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento, que é um fenômeno legal, e também por ser um fenômeno natural é que ela excede à moldura em que o legislador a enquadra.” (PEREIRA, Virgílio Sá. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 89).

²⁹GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 20.

³⁰“Do fato de ser o Direito de Família direito de fontes religiosas, morais e de costumes, resulta que a interpretação das suas regras não se deve informar do mesmo modo que as outras regras de direito civil. Assim: a) A lei de direito de família só se interessa por parte mínima da vida familiar, razão para se entender que as suas normas param onde há normatividade religiosa ou moral, ou dos costumes, se dos seus termos não se tira reforço ou expressa derrogação, ainda que implícita....” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*. São Paulo: Max Limonad, 1947. v.1, p. 76).

³¹Cf. WELTER, Belmiro Pedro. A secularização do direito de família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004. p. 87.

iluminismo, por exemplo, quando monarcas esclarecidos compreenderam a evidência de um interesse público no matrimônio, passando a discipliná-lo por normas estatais³², desde quando se tornou lugar comum sua admissão nos círculos doutrinários, expressando-se de modo objetivo acerca disso, por exemplo, LODOVICO BARASSI:

“A família e o direito público. A família – e entendemos aqui a família legítima – antes de ser uma coletividade jurídica (isto é, um instituto jurídico) é um núcleo compacto que nasce da solidariedade decorrente do afeto recíproco. Assim tem sido na história. Mas a história demonstra também que o cristianismo elevou ainda mais o valor ideal dessa coletividade: o espírito dos tempos tem hoje se encarregado de sustentar essa obra. Um e outro têm feito da família o espaço onde se plasma a consciência do indivíduo. A família representa, assim, o núcleo social primordial; existente ainda antes que o Estado. É o santuário, a escola, o ginásio onde se forja o indivíduo. O Estado deve respeitá-la, deve tutelar cuidadosamente sua integridade.”³³

Natural, então, que essa avaliação assoberbada sobre o nível do interesse enlaçado à família, e sua decorrente publicização, haveria de encaminhá-la aos textos constitucionais com a ascensão dos denominados Estados Nacionais, como, com efeito, veio a acontecer, galgando esse plano sua regulamentação.

O surgimento de um Direito Constitucional de Família pôs às claras um interesse estatal sobre aspectos particulares de sua conformação e direitos de seus integrantes, e talvez o tenha feito visando mesmo o estabelecimento de um controle de senso jurídico-moral sobre os grupamentos familiares em geral, definindo condições de seu surgimento e institucionalizando, enfim, as estruturas aceitáveis por intermédio de diretrizes específicas³⁴.

Se tais aspectos, e particularmente o relativo ao controle do organismo familiar, são inegáveis em princípio, não seria menos verdadeiro que a constitucionalização da

³²COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. Madrid: Ed. Fundación Cultural del Notariado, 1996. v. 2, p. 380.

³³BARASSI, Lodovico. *Istituzioni di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 177 (tradução livre). No mesmo sentido: LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia*. Trad. José M. Navas. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1953. v. 4, p. 77.

³⁴“Estudando a família sob o prisma do direito público, afirma Eric Millard que *a noção de controle social é elemento chave para a compreensão do processo institucional e interinstitucional, que permite observar como a instituição subjetiva se objetiva, como a idéia de obra (obra constitutiva da instituição) passa da consciência de certas pessoas para outras pessoas, ligando-se à funcionalidade das medidas jurídicas...* Assim, o direito público constitui a família como objeto administrado e estabelece uma aparelhagem de intervenções. (...) Adita ainda o autor que a família é implicada no controle social porque é um lugar de socialização, de transmissão de valores e patrimônio, de aprendizagem e solidariedade e tais funções são processos de controle social.” (GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 131-132).

disciplina das relações familiares se mostra hoje irreversível sobretudo em função da própria tutela do indivíduo, das urgências inerentes ao desenvolvimento de sua personalidade, sempre coligadas ao convívio familiar.

Na atualidade, tal como se registra há bom tempo, a nuclearização da ordem familiar, o afrouxamento de estruturas hierárquicas³⁵, a perda de funções antes inerentes à sua própria essência, a dessacralização dos laços matrimoniais, dentre outros fenômenos, tratou de tornar a família um lugar marcado por laços tão sentidamente emocionais ou afetivos, a ponto de nela ser realçado o caráter eudemonista como maior de seus atributos, pois, como com objetividade retrata JOÃO BAPTISTA VILLELA:

“Se quiser brincar um pouco com as palavras, sem trair a verdade, pode-se dizer que a família é atualmente menos uma instituição procreativa e do que uma instituição recreativa. O modelo que prevalece na cultura atual é o da concepção que a socióloga Andrea Michel chamou, com toda propriedade, de eudemonista. Ou seja, cada um busca na família sua própria realização, seu próprio bem-estar.”³⁶

Daí o consenso hoje estabelecido em torno de que a disciplina constitucional das relações familiares atende em princípio à tutela do indivíduo nela imerso, para que a ele se dêem garantias de um desenvolvimento pessoal adequado, harmônico e pleno, salientando por isso mesmo PIETRO PERLINGIERI :

“A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem”³⁷.

Observado a matéria no âmbito do Direito Comparado, aliás, as referências à família em sede constitucional se faz uma prática de certo modo habitual em diversos

³⁵“Outro é hoje o padrão do comportamento dos membros de uma família nuclear. Não mais marido tirano, mulher submissa e filhos aterrados. O ambiente familiar descontrai-se e as relações entre marido e mulher e entre pais e filhos travam-se numa atmosfera bem diferente, cada qual dos membros deste grupo movendo-se com liberdade, ou ao menos a compreensão dos outros, na esfera própria observado aquele modelo de atividade que Hammond denominou sincrático, conforme o qual marido e mulher tendem a agir e tomar decisões, em diversos contextos, de comum acordo, ou, quando menos, o modelo autonômico em que cada qual decide com independência em âmbitos diversos que lhe toquem.” (GOMES, ORLANDO – op. Cit., p. 18) No mesmo sentido, relatando o fenômeno da nuclearização, estatização, democratização da família CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible*. Trad. Luis Diez-Picazo. Madrid: Tecnos, 1974. p. 157.

³⁶VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 72.

³⁷PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 244.

países, tais como Suíça, França, Alemanha, Chile, Paraguai etc.³⁸, e todas referendando a relevância do grupo familiar como base da sociedade, mas implementando regulação de suas relações internas na direção da tutela dos interesses e direitos de seus membros. De se realçar, todavia, que a despeito desse cuidado com o indivíduo frente à comunidade familiar, o que pode decorrer da forte institucionalização da organização familiar no plano moral ou religioso – e, portanto, em círculo pré-jurídico –, as diretrizes constitucionais na atualidade não de demitem do trabalho de induzir a convivência solidária como um dever inerente à comunidade familiar³⁹.

No caso do Direito de Família pátrio, o percurso da constitucionalização se deu paulatinamente, a partir da primeira Constituição da República, sempre por intermédio, em princípio, de referências vagas à relevância do casamento, sendo marco decisivo a Constituição de 1934, primeira onde se viram diversificação de dispositivos visando à tutela das relações familiares, produzida que fora a partir de uma Constituinte democrática, o que somente voltou a acontecer em relação à Constituição de 1946, na qual a família voltou a ter espaço bem definido, tanto assim que seu texto foi praticamente reproduzido pela Carta de 1.967.

O dado relevante na história constitucional ocorreu mesmo com a CONSTITUIÇÃO DE 1.988, onde a família recebeu um tratamento amplíssimo e bem cuidado, notadamente com vistas à abertura do texto constitucional à realidade social e à evolução das relações familiares⁴⁰, preenchendo lacunas relevantes no capítulo do aperfeiçoamento de seus marcos regulatórios.

³⁸Cf. GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*, cit., p. 133 e segs.; BIGI, José de Castro. *A família, os adolescentes e os índios*. In: *A CONSTITUIÇÃO brasileira 1988: interpretações*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 424 e ss.

³⁹“A concepção que aqui se apresenta não corresponde à exaltação de perspectivas anarquistas ou de mesquinho individualismo. O reconhecimento normativo, contido no art. 2º Const., do primado da pessoa e do reconhecimento das formações sociais como sendo colocadas a seu exclusivo serviço acompanham-se à contextual afirmação dos deveres de solidariedade. Nesse sentido, subsiste uma dignidade originária entre liberdade e responsabilidade.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 244).

⁴⁰“Para um perfeito entendimento da reforma constitucional (mescla de humanismo e realismo social), que se ajusta à evolução ocorrida na matéria, mister se faz a realidade fática e o exame do direito comparado, que nos mostram, desde logo, que impulsionado pelas correntes de defesa dos direitos humanos e de movimentos de proteção da mulher, vem o relacionamento familiar transformando-se completamente ao lado das próprias conseqüências impostas pelas atribulações da moderna sociedade de consumo.” (BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual da 2. ed. da obra *O direito civil na Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003).

1.3. A Família Na Constituição de 1.988

Para se ajustar o texto constitucional à nova forma de composição e convivência na família brasileira do final do Século XX, o constituinte começou por qualificar a família como *base da sociedade* e objeto de *especial proteção do Estado*, tal como perceptível no enunciado do art. 226, “caput”, o que, antes de qualquer outra coisa, uma vez mais acolhe o sentido da família como uma instituição social antecessora do próprio Estado, no interior da qual os indivíduos que a integram devem ser assimilados pelo sistema como sujeitos credores de uma tutela apropriada ao seu desenvolvimento pessoal em condições dignas⁴¹.

Logo, as diretrizes ensejadas pela Carta, sustentadas pelo *princípio da dignidade humana*, só fizeram ratificar tendências universais voltadas à reconfiguração das relações familiares⁴², outorgando aos integrantes dos grupamentos familiares a primazia com vistas a por seu intermédio erigir uma comunidade de afeto, na qual se integrem seus membros⁴³.

Nessa medida é que com a propriedade de sempre, após análise percuciente da Constituição de 1988, averba PAULO LUIZ NETO LÔBO:

“A análise dos documentos produzidos nas diversas fases em que se desenvolveu a Assembléia Nacional Constituinte, inclusive com referência ao texto final aprovado, conduz a algumas conclusões básicas:

- a) a proteção do Estado à família, sem qualificações ou restrições, aplica-se a qualquer tipo existente, e não apenas à legítima, que continuará sendo o tipo-padrão constitucional;
- b) a família assume claramente a posição de sujeito de obrigações e sujeito passivo de ação, ao lado do Estado;
- c) os interesses que são tutelados são fundamentalmente da pessoa humana, isto é, personalíssimos, indisponíveis, sem natureza patrimonializante;
- d) a família é concebida com base nos princípios de liberdade e igualdade: igualdade total entre os cônjuges e entre os filhos, independentemente da condição de nascimento; liberdade de constituir e extinguir relação conjugal; liberdade assentada na garantia da integridade física e moral; liberdade de fixar o número de filhos, de se planejar.

⁴¹BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*, cit., p. 62.

⁴²“As transformações das relações de um comportamento utilitário em um comportamento expressivo provocou, segundo Edward Shorter (Naissance De La Famille Moderne) duas tendências: a primeira foi a decisão dos jovens em substituir um sistema de valores centrado na fidelidade à cadeia de gerações e às responsabilidades perante a coletividade, por um sistema de valores exaltando a felicidade e o desenvolvimento pessoais; a segunda, a ruptura dos filhos com a sociedade tradicional, o fim do controle que a comunidade exercia sobre a juventude.” (LEITE, Eduardo Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994. p. 18).

⁴³“Princípio do respeito da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), que constitui a base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantindo, pelo parâmetro da afetividade, a plena realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (Cf. art. 227). (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 22-23).

Extingue-se de vez os resíduos da família patriarcal, rompendo-se a organização hierárquica tradicional;

e) os direitos dos membros da união familiar são autônomos, independente do status familiae (estado de casado ou de filho).”⁴⁴

Esses fatores reunidos, bem recebidos em suas particularidades pela doutrina civilista – e familiarista – de um modo geral⁴⁵ à época de sua promulgação, levaram o mesmo autor então a consignar oportunamente que um dos aspectos mais relevantes extraídos de seus termos diz respeito às condições favoráveis por ela entreabertas à denominada *repersonalização do direito de família*, produto daquela intensa busca pelo reencontro da pessoa, abandonada à própria sorte e substituído na faina jurídica pelo conceito de *sujeito de direito*, identificado apenas com uma entidade produzida pela razão técnica e esvaziada de qualquer humanidade⁴⁶.

Nesse trajeto, à medida em que ao redimensionar a organização familiar a normativa constitucional passa a estruturá-la tendo em mira a dignidade, a igualdade e liberdade de seus membros – valores então já estabelecidos como tais pela evolução social das relações familiares⁴⁷ - acaba por atribuir à socioafetividade um papel de suma relevância em suas relações internas, e até mesmo na condição de pressuposto legitimador

⁴⁴NETO LÔBO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 61.

⁴⁵Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Família e nova Constituição. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). *O direito na década de 1990: estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992; CHAVES, Antonio. O novo direito de família. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). *O direito na década de 1990: estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*, cit., BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: _____ (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*, cit.

⁴⁶“A construção moderna dos sistemas normativos fez-se com base na idéia de indivíduo, ficando esvaziada a noção de pessoa. Até mesmo como pressuposto lógico da idéia de direito subjetivo era necessário ver-se o sujeito de direito como mero ponto de imputação da norma. Descuidava o direito, portanto, da situação concreta do homem enquanto pessoa. O direito baseado nessa noção não foi capaz de evitar as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, levantando os olhos do jurista para a vulnerabilidade da pessoa humana diante de um direito que a enxergava como sujeito de direito impessoal. Assim é que o pós-Guerra viu ressurgir a noção de pessoa humana como informadora de todo direito. O direito existe em função da pessoa, noção que é, portanto, anterior a todo e qualquer direito. E esse dado, pessoa humana, além de ser pré-jurídico, é um dado não apenas ontológico mas também axiológico. A pessoa humana é e vale. Em cima dessa noção deve ser constituída a ordem normativa.” (CORTIANO JR., Erouths. O direito de família no Projeto do Código Civil. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LEITE, Eduardo Oliveira (Coords.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 4).

⁴⁷“Uma questão devemos ter bastante clara na análise da Constituição Federal de 1988, no que se refere à família, é que ela apenas reconheceu uma evolução que já estava latente na sociedade brasileira. Não foi a partir dela que toda mudança na família brasileira ocorreu. Constitucionalizaram-se valores que estavam impregnados e disseminados no seio da sociedade. Dos fatos caminhou-se para as normas, tardiamente, é verdade. O texto constitucional de 1988 contemplou e abrigou uma evolução fática anterior da família e do Direito de Família, que estava represado na doutrina e na jurisprudência.” (OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 90).

da co-existência de seus integrantes⁴⁸, recolocando no foco principal de suas preocupações a pessoa humana.

Tomando em consideração o exposto é que parece válido assegurar a existência de um direito fundamental à família, representado pela pretensão legítima de integração em um núcleo familiar, na busca da realização de condições personalíssimas imprescindíveis ao desenvolvimento da personalidade⁴⁹, mesmo porque as próprias diretrizes constitucionais, como dito antes, consagraram definitivamente uma família de perfil funcional⁵⁰.

Em suma, a Constituição Federal de 1988 assumiu a centralidade do sistema jurídico no quanto concerne às relações de família⁵¹, redesenhadas por ela em face da permeabilidade e comunicação necessárias entre o universo jurídico e a realidade social, sem, contudo, vedar espaços a vindouras transformações, sempre presumíveis nesse terreno⁵².

Deu-se, assim, que o molde constitucional hoje em vigor abriga uma acepção de família como comunidade encarregada da colaboração prestativa a tantos quanto nela se insiram, ou seja, cônjuges, companheiros, crianças, adolescentes e idosos, reforçando sob

⁴⁸“A família contemporânea, constitucionalizada, afasta-se do standart talhado em séculos passados. É o afeto o elemento unificador dessa família em busca do novo milênio. Os laços de família, conforme grafava Cecília Meirelles, afastam-se dos tradicionais critérios patrimoniais e biológicos, edificando-se sobre vínculos de amor e de afeição que aportam como verdadeiros elementos solidificadores da unidade familiar.” (FACHIN, Luis Edson. A família plural: jornada em direção à luz. In: _____. *Questões de direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 324) No mesmo sentido: PEREIRA, Sergio Gischkow. *Direito de família*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 31-32.

⁴⁹BARROS, Sergio Rezende de. Direitos humanos da família, dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 609.

⁵⁰“A nova tabua de valores que passou com a nova ordem constitucional a constituir o alicerce sobre o qual se sustenta todo o Direito de Família contemporâneo pode ser identificada basicamente em dois aspectos principais: a alteração do papel atribuído às entidades familiares e a alteração do conceito de entidade familiar. A família passa a ter papel funcional: servir de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. Não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior ao interesse de seus membros, mas passa a ser tutelada por ser instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram.”(PEREIRA, Sumaya Saady Morhi. *Direitos fundamentais e relações familiares*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 88). No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo. Disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. *Temas de direito civil*, cit., p. 398.

⁵¹“A primeira peculiaridade que se impõe observar nesse novo perfil da família, portanto, é que sua base, seu vértice, deslocou-se do Código Civil para a Constituição. Aliás, fenômeno que se operou, de resto, em todo Direito Privado, uma vez que as normas civis, fragmentadas em diversas legislações isoladas, só podem encontrar unidade na tábua axiológica da Constituição Federal.” (idem, p. 105).

⁵²Constitucionalistas não deixam de reconhecer essas mudanças, inclusive .(cf. SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*, cit., p. 849; CUNHA JÚNIOR, Dyrlei. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Ed. Juspodium, 2008. p. 1090; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 1. ed. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.306).

esse ângulo a solidariedade como um aspecto essencial ao cotidiano da comunidade familiar, ao mesmo tempo em que em cada caso garante um conjunto de direitos fundamentais a cada membro, com a especificidade necessária a suas específicas contingências.

Pródiga em minudenciar os meios institucionais de composição familiar, embora sem deixar de legar ao casamento a referência costumeira, abriu-se ao reconhecimento das uniões de fato estáveis, tanto quanto assumiu a monoparentalidade como instrumento de composição familiar, sem com isso fechar-se definitivamente a atualizações que o amadurecimento da consciência social vier a permitir, como ocorre ainda agora com o projeto convivencial de pares homoafetivos.

Para além disso, a consistente estrutura do texto constitucional sobre a família implica na proveitosa colheita de um complexo de princípios norteadores das relações nela imbricadas, provocando, assim, uma aproximação ou uma presença mais efetiva da normativa constitucional ao dia-a-dia da resolução legal ou judicial de conflitos, sendo inegável sua eficácia direta e indireta nessas situações.

1.4. Princípios Constitucionais do Direito de Família

A esta altura se torna indiscutível que o texto constitucional acentuou por meio de suas diretivas as tendências atuais do Direito de Família, semeando com isso uma diversidade de *princípios* destinados a influenciar o legislador ordinário, o juiz, o operador do direito de uma maneira geral, e com o vigor e intensidade empregados pelo constituinte no processo de renovação de suas estruturas⁵³.

Tais tendências, claro, passam pela maior intromissão do Estado no campo das relações familiares, pelo encarecimento do afeto como um valor de natureza jurídica, pela igualdade entre cônjuges, conviventes e filhos, pela diversidade de formas do organismo familiar, pela reformulação do papel dos pais junto à prole etc.

⁵³“A família trocou os Códigos pelo ‘governo dos princípios’, porém essa mudança não deve ser vista como enfraquecimento, e, sim, como a demonstração de uma nova densidade. A crítica da constitucionalização do Direito Civil decorre de ‘fetichização de uma racionalidade sistêmica fechada’, em que os modelos e os conceitos limitam a proteção jurídica, restringindo-a a soluções previamente previstas pelo legislador. Os princípios constitucionais, por outro lado, são normas vinculantes que, entretanto, não apresentam conjunto de soluções *prêt-a-porter*, pois que sua concretização se dá em cada caso concreto, por um meio de um método que parta da tópica.” (PEREIRA, Sumaya Saady Morhi. *Direitos fundamentais e relações familiares*, cit., p. 104).

Capturando com sensibilidade os rumos novos da disciplina da convivência familiar, SERGIO GISCHKOW PEREIRA assim os descreve:

“Com todas as falhas que costumam assolar as tentativas de compartimentar o agir humano e os correspondentes conhecimentos que o teorizam, arrisco-me a buscar critérios de sistematização das grandes modificações experimentadas pelo Direito de Família em nosso século.

No essencial, as modernas tendências podem ser sintetizadas nas três grandes características do Direito de Família atual, antes mencionadas: revalorização do aspecto afetivo, busca de autenticidade nas relações e preservação dos interesses de crianças e adolescentes.

(...) Em nove planos fundamentais, como disse, sugiro que se dividam essas tendências. São diferentes áreas nas quais estas se revelam e se mostram. Podem ser assim apresentados: a) o amor como valor capaz de dar origem, sentido e sustentação ao casamento ou a uma união estável, assim como às uniões homossexuais e às filiações socioafetivas; daí decorre a prevalência da questão afetiva sobre a patrimonial, pelo que se fala na despatrimonialização do direito de família; b) a completa paridade entre os cônjuges; c) igualdade dos filhos de qualquer natureza, incluídos os adotivos; d) reconhecimento e proteção do concubinato, hoje união estável (o concubinato pelo art. 1727, do Código Civil, passou a ter significado restrito); e) novo conteúdo do pátrio-poder (hoje denominado poder familiar pelo Código Civil), quando importa é o interesse de crianças e adolescentes; f) menor dificuldade na obtenção do divórcio e maior facilidade para obter separação judicial; g) adequação do regime de bens aos verdadeiros significados do casamento; h) atuação intensa do Estado sobre a família; i) influência dos avanços científicos e tecnológicos e da interdisciplinariedade e transdisciplinariedade.”⁵⁴

Sendo essas as tendências que conduziram o constituinte na elaboração das diretrizes gerais do Direito de Família, seu corolário natural é o de terem contribuído eficazmente na construção do complexo de princípios constitucionais, os quais, segundo a tendência doutrinária predominante⁵⁵, se organizam dentro da mesma lógica para o amparo das relações familiares de uma maneira geral.

O catálogo de postulados retirados do texto constitucional é variável⁵⁶, isso em razão de cada doutrinador pautar sua exposição sob certos critérios, fazendo proliferar,

⁵⁴PEREIRA, Sergio Gischkow. *Direito de família*, cit., p. 31.

⁵⁵Assim se retrata a situação porque há uma gama de doutrinadores que malgrado salientem o impacto do texto constitucional sobre o Direito de Família, deixam de aludir a princípios específicos a serem observados nas relações por ele dirigidas. (cf. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2006; VENOSA, Silvio Salvo. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6.; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5).

⁵⁶DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 31.

mais ou menos, o volume de valores assinalados, explícita ou implicitamente, pelo texto constitucional.

Tomando por referência uma plêiade de autores que palmilham rumos assemelhados no estudo da matéria⁵⁷, deve-se consignar que as possibilidades exurgidas da normativa constitucional garantem a existência, de certa forma consensual, dos seguintes **princípios do direito de família** : a.-) *Princípio da Dignidade Humana*; b.-) *Princípio da ratio do matrimônio e da união estável*; c.-) *Princípio da Igualdade*; d.-) *Princípio da Liberdade*; e.-) *Princípio da Afetividade*; f.-) *Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares*; g.-) *Princípio da Proteção Integral à Criança, ao Adolescente e ao Idoso*; h.-) *Princípio da Solidariedade Familiar*.

Já por serem decisivos e imprescindíveis à plena compreensão de toda arquitetura do direito de família contemporâneo, vale a pena examiná-los em suas particularidades, mesmo que brevemente, com a finalidade de se dimensionar o grau de relevância a abrangência de cada qual.

Dignidade Humana

Inicialmente, faz-se imprescindível consignar que o *princípio da dignidade humana*, aludido pelo *art. 1º, III, da Constituição Federal*, se faz presente nos domínios das relações familiares, mas antes disso se patenteia como fonte informativa de toda a ordem jurídica, sendo destinado a sublinhar o valor intrínseco da pessoa humana, na riqueza de sua diversidade racial, social, pessoal etc., e para a qual legislação e jurisprudência deverão estar voltadas, nos sentido de assegurar o desenvolvimento autônomo, com liberdade e respeito.

Desde a visão cristianizada de Pico Della Mirandola, passando por Kant, a idéia de dignidade empresta à humanidade o valor máximo na ordem das coisas, configurando-a como superior e imprecificável, daí advindo o apreço constitucional deferido pela atual Carta.

Em perfeita inteligência de seu significado, aliás, JUDITH MARTINS-COSTA averba com lucidez o seguinte:

⁵⁷DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit.; GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit.; NETO LÔBO, Paulo Luiz. *A repersonalização das relações de família*, cit.; MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6.

“Por esse caminho opera-se um câmbio semântico específico, verifica-se a passagem de um grau de significação a outro: a dignidade da pessoa como princípio jurídico vai designar não apenas o *ser da pessoa*, mas a *humanidade da pessoa*. Esta é vista de uma perspectiva que não a confunde com sujeito capaz juridicamente, nem com o indivíduo atomisticamente considerado, significando, diversamente, *a reunião de todos os homens naquilo que eles têm em comum*, a saber, sua qualidade de seres humanos. Em outras palavras, é ela que permite o reconhecimento de uma pertença (*appartenance*) a um mesmo gênero: o gênero humano.

(...)

Por isso é que, mais do que uma vazia expressão, como poderiam pensar os que ainda estão aferrados a uma visão legalista estrita do ordenamento jurídico, a afirmação do princípio, que nos mais diferentes países tem sido visto como princípio estruturante da ordem constitucional – apontando-se-lhe o valor refundante da inteira disciplina privada – significa que a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente à medida que a pessoa, considerada em si, e por sua humanidade, constitui o valor fonte que anima e justifica a própria existência do ordenamento jurídico.”⁵⁸

Considerada a extensão e abrangência desse postulado, não há duvidar de sua influência na reconfiguração das relações familiares, tanto por exaltar, por um lado, o valor intrínseco da pessoa humana em si, realçando com isso a funcionalidade das instituições de um modo geral - postas a serviço de seu desenvolvimento pessoal -, quanto por coibir, de outro, ataque à integridade e supremacia a seus valores existenciais, sempre acima de quaisquer outros de natureza patrimonial.

Por reflexos seus, por assim dizer, é que se deve pôr acima de qualquer suspeita a visão funcionalista da família, voltada, indubitavelmente, à missão de nutrir seus integrantes de relações indispensáveis ao asseguramento do integral e harmônico desenvolvimento de sua personalidade, pondo-os, dessarte, muito além de interesses diversos, por relevantes que sejam, na sua organização e funcionamento.

Com isso se justifica a flexibilização e democratização de suas estruturas internas, com o advento da igualdade entre cônjuges ou companheiros, a reconcepção do poder – familiar com a finalidade de ajustar sua fisionomia à idéia de autoridade parental, mais horizontalizada e congruente com a prioridade absoluta e melhor interesse dos filhos

⁵⁸MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: CUNHA, Alexandre dos Santos et al. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 408.

menores, a quem se deve o direito pessoal a um tratamento digno, conforme **art. 17, do Estatuto da Criança e do Adolescente**.

De igual modo, aliás, é esse mesmo princípio que obriga à consagração da possibilidade jurídica de qualquer união baseada no afeto recíproco, viabilizando, por exemplo, a união estável homoafetiva, crescentemente bem recebida pela doutrina e jurisprudência brasileiras⁵⁹.

⁵⁹EMENTA: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS. PRETENDIDA QUALIFICAÇÃO DE TAIS UNIÕES COMO ENTIDADES FAMILIARES. DOUTRINA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI Nº 9.278/96. NORMA LEGAL DERROGADA PELA SUPERVENIÊNCIA DO ART. 1.723 DO NOVO CÓDIGO CIVIL (2002), QUE NÃO FOI OBJETO DE IMPUGNAÇÃO NESTA SEDE DE CONTROLE ABSTRATO. INVIABILIDADE, POR TAL RAZÃO, DA AÇÃO DIRETA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA, DE OUTRO LADO, DE SE PROCEDER À FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS (CF, ART. 226, § 3º, NO CASO). DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA (STF). NECESSIDADE, CONTUDO, DE SE DISCUTIR O TEMA DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS, INCLUSIVE PARA EFEITO DE SUA SUBSUNÇÃO AO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR: MATÉRIA A SER VEICULADA EM SEDE DE ADPF? DECISÃO: A Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo - que sustentam, de um lado, o caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual e que defendem, de outro, a qualificação jurídica, como entidade familiar, das uniões homoafetivas - buscam a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96, que, ao regular o § 3º do art. 226 da Constituição, reconheceu, unicamente, 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" (grifei). As entidades autoras da presente ação direta apóiam a sua pretensão de inconstitucionalidade na alegação de que a norma ora questionada (Lei nº 9.278/96, art. 1º), em cláusula impregnada de conteúdo discriminatório, excluiu, injustamente, do âmbito de especial proteção que a Lei Fundamental dispensa às comunidades familiares, as uniões entre pessoas do mesmo sexo pautadas por relações homoafetivas. Impõe-se examinar, preliminarmente, se se revela cabível, ou não, no caso, a instauração do processo objetivo de fiscalização normativa abstrata. É que ocorre, na espécie, circunstância juridicamente relevante que não pode deixar de ser considerada, desde logo, pelo Relator da causa. Refiro-me ao fato de que a norma legal em questão, tal como positivada, resultou derogada em face da superveniência do novo Código Civil, cujo art. 1.723, ao disciplinar o tema da união estável, reproduziu, em seus aspectos essenciais, o mesmo conteúdo normativo inscrito no ora impugnado art. 1º da Lei nº 9.278/96. Uma simples análise comparativa dos dispositivos ora mencionados, considerada a identidade de seu conteúdo material, evidencia que o art. 1.723 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) efetivamente derogou o art. 1º da Lei nº 9.278/96: Código Civil (2002) "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família." Lei nº 9.278/96 "Art. 1º. É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família." Extremamente significativa, a tal respeito, a observação de CARLOS ROBERTO GONÇALVES (*Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6, p. 536, item n. 3): "Restaram revogadas as mencionadas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 em face da inclusão da matéria no âmbito do Código Civil de 2002, que fez significativa mudança, inserindo o título referente à união estável no Livro de Família e incorporando, em cinco artigos (1.723 a 1.727), os princípios básicos das aludidas leis, bem como introduzindo disposições esparsas em outros capítulos quanto a certos efeitos, como nos casos de obrigação alimentar (art. 1.694)." (grifei) A ocorrência da derrogação do art. 1º da Lei nº 9.278/96 - também reconhecida por diversos autores (*Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 818, p. 33, dez. 2003, item n. 8; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 20, p. 3-5) - torna inviável, na espécie, porque destituído de objeto, o próprio controle abstrato concernente ao preceito normativo em questão. É que a regra legal ora impugnada na presente ação direta já não mais vigorava quando da instauração deste processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. O reconhecimento da

inadmissibilidade do processo de fiscalização normativa abstrata, nos casos em que o ajuizamento da ação direta tenha sido precedido - como sucede na espécie - da própria revogação do ato estatal que se pretende impugnar, tem o beneplácito da jurisprudência desta Corte Suprema (RTJ 105/477, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RTJ 111/546, Rel. Min. SOARES MUÑOZ - ADI 784/SC, Rel. Min. MOREIRA ALVES): "Constitucional. Representação de inconstitucionalidade. Não tem objeto, se, antes do ajuizamento da arguição, revogada a norma inquinada de inconstitucional." (RTJ 107/928, Rel. Min. DECIO MIRANDA - grifei) "(...) também não pode ser a presente ação conhecida (...), tendo em vista que a jurisprudência desta Corte já firmou o princípio (...) de que não é admissível a apreciação, em juízo abstrato, da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de norma jurídica revogada antes da instauração do processo de controle (...)." (RTJ 145/136, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei) Cabe indagar, neste ponto, embora esse pleito não tenha sido deduzido pelas entidades autoras, se se mostraria possível, na espécie, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta com o objetivo de questionar a validade jurídica do próprio § 3º do art. 226 da Constituição da República. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de não admitir, em sede de fiscalização normativa abstrata, o exame de constitucionalidade de uma norma constitucional originária, como o é aquela inscrita no § 3º do art. 226 da Constituição: "- A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna, 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida, por impossibilidade jurídica do pedido." (RTJ 163/872-873, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno - grifei) Vale assinalar, ainda, a propósito do tema, que esse entendimento - impossibilidade jurídica de controle abstrato de constitucionalidade de normas constitucionais originárias - reflete-se, por igual, no magistério da doutrina (GILMAR FERREIRA MENDES, "Jurisdição Constitucional", p. 178, item n. 2, 4ª ed., 2004, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada", p. 2.333/2.334, item n. 1.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OLAVO ALVES FERREIRA, "Controle de Constitucionalidade e seus Efeitos", p. 42, item n. 1.3.2.1, 2003, Editora Método; GUILHERME PEÑA DE MORAES, "Direito Constitucional - Teoria da Constituição", p. 192, item n. 3.1, 2003, Lumen Juris; PAULO BONAVIDES, "Inconstitucionalidade de Preceito Constitucional", "in" "Revista Trimestral de Direito Público", vol. 7/58-81, Malheiros; JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II/287-288 e 290-291, item n. 72, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora). Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria - cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, "Direito de Família - Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro", p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, "Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal - Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo", 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, "A Homossexualidade no Direito", p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora - ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, "União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais", p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI,

"Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais", Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, "Unões Homossexuais: efeitos jurídicos", Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, "A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica", "in" "Revista da AJURIS" nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.). Cumpre referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS ("União Homossexual: O Preconceito & a Justiça", p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque: "A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetiva - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...)" (grifei) Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que, emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: "Relação homoerótica - União estável - Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade - Analogia - Princípios gerais do direito - Visão abrangente das entidades familiares - Regras de inclusão (...) - Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 - Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas." (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei) "(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria,

Além do mais, a se meditar bem a respeito, sua incidência é que estupidifica a regra inserta no *art. 1.641, II, do Código Civil*⁶⁰, que desconsidera valores transcendentais vocacionados à garantia e proteção do idoso, tornando suspeita, sem dúvida, sua própria constitucionalidade.

Em resumo, para dissertar sobre o mínimo, os registros feitos já são aptos a certificar as decorrências do forte enraizamento do princípio da dignidade humana no território do direito de família, já permitindo uma visão substancial de sua atuação na perspectiva da produção normativa, hermenêutica e jurisdicional, compreendendo-se então os motivos de sua sagração como um dos mais relevantes também no capítulo das relações familiares.

Ratio do Casamento e da União Estável

Aspecto essencial da repersonalização das relações familiares, os vínculos afetivos passam a ter vigor particular, revestindo-se da condição de alicerce fundamental dos laços conjugais ou das uniões de fato, cuja permanência ou dissolubilidade gravitam em torno de

a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão." (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei) Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, "in abstracto" - considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil -, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 03 de fevereiro de 2006. Ministro CELSO DE MELLO Relator (ADI 3300 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 03/02/2006, publicado em DJ 09/02/2006 PP-00006 RDDP n. 37, 2006, p. 174-176 RCJ v. 20, n. 128, 2006, p. 53-60 RSJADV jul., 2007, p. 44-46)

⁶⁰“1. DOAÇÃO. Contrato celebrado entre concubinos, que depois vieram a casar-se. Doador já sexagenário. Validez. Atos não ajustados em pacto antenupcial, nem condicionados à realização do casamento. Inocorrência de fraude à lei. Inaplicabilidade do art 312, cc art 258, § único, do Código Civil. É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se ao depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento. 2. CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art 258, § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil.” (TJSP – AP. Cível 007.512-4/2-00 – Rel. Des. Cezar Peluso – 2ª Câmara de Direito Privado – 28.08.1998)

sua subsistência, daí advindo conjuntura mais favorável ao divórcio ou separação, alterando-se com isso a velha acepção segundo a qual o caráter institucional dessas uniões deveria prevalecer sobre aspectos que tais, vistos então como fatores de relevância reduzida frente os interesses ensejados por sua virtual manutenção.

Vale dizer, que de certo tempo para cá essa tendência vem se acentuando, malgrado em períodos anteriores houvesse quem a enxergasse apenas como um sintoma daquilo que se convencionou chamar de *crise da família*.

Ainda assim, ORLANDO GOMES já consignava:

“O primeiro e o mais importante princípio do novo Direito de Família é o que põe a *ratio*, o fundamento básico, do matrimônio e da vida conjugal na afeição entre os cônjuges e a necessidade que *perdure completa comunhão de vida*. Não se confunde, no entanto, com a *affectio maritalis* dos romanos, nem com sua causa ou função social. São os fins do casamento, considerados *in abstracto*, que a constituem.

(...)

O que há de novo é que a tendência para fazer da *affectio* a *ratio* única do casamento, e com tamanha força que a dissolução do vínculo matrimonial passou a ser admitida em algumas legislações como um efeito do desaparecimento de sua *ratio*, toda vez que tenha fracassado e não possa ser reconstituído.”⁶¹

Nessa medida, a construção de relações familiares se ancoram em outra base, sem que se justifique mais a manutenção daquelas atingidas pela ação deletéria do desamor, em nome de quê, a propósito, talvez sequer se justifique ainda a sobrevida inútil que se tem dado – malgrado reações de parte da doutrina e jurisprudência – às separações fundadas em causas culposas⁶², hipóteses sob as quais se ocultam em verdade casos clássicos de

⁶¹GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 23.

⁶²SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS. CULPA. PROVA. DESCABIMENTO. DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE, EMBORA ADMITIDO PELO SISTEMA JURÍDICO.

É remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal.

A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo por que difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto. A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional.

Embora o sistema jurídico não seja avesso à possibilidade de reparação por danos morais na separação ou no divórcio, a pretensão encontra óbice quando se expurga a discussão da culpa pelo dissídio, e quando os acontecimentos apontados como desabonatórios aconteceram depois da separação fática, requisito que dissolve os deveres do casamento, entre os quais o da fidelidade. Não há dor, aflição ou angústia para

intolerância e desamor, que agora também desbordaram para os quadrantes das próprias uniões de fato.

Igualdade

Sobre a igualdade, como princípio geral em que se funda a ordem jurídica, seria impossível negar sua ascendência normativa sobre as relações de uma maneira geral, o que, naturalmente, abarca aquelas encontradas no âmbito familiar.

Se, no entanto, a idéia de igualdade se insere no contexto constitucional brasileiro desde há muito, a tendência inicial de sua inteligência deixava de se refletir com maior intensidade sobre as relações familiares, aspecto talvez explicável, em primeiro lugar, pelo fator cultural, cuja colaboração se dava no plano da verticalização e desigualação das relações internas, até por herança da velha família romana.

Tal maneira de organização familiar, claro, inspirou os tradicionais modelos de sujeição da mulher e dos filhos à figura do marido e pai, na velha estrutura patriarcal onde a igualdade se fazia apenas sob a ótica formal, criando então condições ao cultivo da idéia de chefia da família etc.

Outro fator contribuinte para esse quadro foi também a percepção da igualdade apenas sob o ponto de vista formal, vale dizer, a dita *igualdade perante a lei*, que se estabelecia até no plano constitucional como uma isonomia estritamente formal, descompromissada com o reconhecimento e seu deferimento em sentido substancial à cidadania.

Dentro dessa perspectiva, uma visão conservadora, ou anódina mesmo, da idéia de igualdade prestou serviços inestimáveis à manutenção de um quadro de invisibilidade das diferenças entre as diversas situações concretas de vida no que pertine aos integrantes de uma comunidade familiar, concebendo apenas uma isonomia formal e impotente quanto à devoção do respeito indispensável a cada um, com consideração de suas peculiaridades.

Embora autores de peso sustentem que a doutrina constitucional brasileira sempre se pautou por interpretar a *igualdade perante a lei* como *igualdade na lei*⁶³, esse traço de

indenizar quando não se perquire a culpa ou se define o responsável pelo abalo do edifício conjugal. Apelação desprovida. (TJRS – Ap. Cível nº N° 70005834916 – 7ª Câmara – rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis – em 02.04.2003).

⁶³“Entre nós essa distinção é desnecessária, porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que no exterior se dá à expressão igualdade na lei,

indispensável respeito às diferenças e da busca pela desigualação do tratamento jurídico entre desiguais, também levou tempo para ingressar na prática cotidiana do legislador ou do operador do direito, cumprindo-se um ciclo longo de desencontro entre o professado e o feito.

De qualquer sorte, porém, a Carta de 1988 assinalou opção natural e insofismável pela igualdade e democratização interna das relações de família, consignando às expressas seu intuito no **art. 226, § 5º**, assim como no **art. 227, § 7º**, produzindo condições necessárias à oferta do *referendum* à horizontalização das relações internas, no casamento, na união estável, entre pais e filhos etc.

Emprestam cores nítidas à descrição do novo quadro emergido da Constituição, no quanto concerne à igualdade, JOSÉ LAMARTINE CORREA DE OLIVEIRA E FRANCISCO FERREIRA MUNIZ, lançada em termos seguintes:

“A Constituição não reconhece a possibilidade de distribuição fixa de deveres e direitos entre homem e mulher no casamento. A repartição rígida de tarefas no interior da família com predeterminação legal de funções, gera um modelo de estrutura de sociedade conjugal autoritária, onde à mulher se reserva uma posição de inferioridade, porque então os domínios femininos não tem o mesmo peso dos domínios masculinos na vida da família.

Por aqui então se vê que a substituição do modelo patriarcal de família por um estatuto de coordenação entre marido e mulher no seio da família. A idéia diretriz é a de igualdade jurídica e de direção da família por ambos os cônjuges. É o princípio do concertamento: a direção da família se desenvolve por acordo entre cônjuges em relação aos assuntos mais importantes.”⁶⁴

Contemporaneamente, portanto, a igualdade substancial, plenamente reconhecida pela doutrina, jurisprudência e legislação constitucional ou ordinária, co-responsabiliza cônjuges e companheiros na direção e gestão da vida familiar fundada na convivência e sociedade conjugal, tal como por reforço sugere a regra do art. 1.511, do Código Civil, aplicável, nesse aspecto, à união estável, tanto quanto nos domínios das relações paterno ou materno-filiais, com o redesenho da relação entre pais e filhos, em consonância com as

ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. O princípio significa, para o legislador – consoante observa Seabra Fagundes – *que ao elaborar a lei deve reger com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a aquinhodá-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades.*” (SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*, cit., p. 215).

⁶⁴OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Ferreira. *Direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1990. p. 23-24.

disposições do art. 1.631 do mesmo estatuto, sem esquecimento, outrossim, da regulação dada pelo art. 227, § 6º, da CF, e repetida pelo art. 1.596 da legislação civil codificada.

Enfim, o que se projeta no interior das relações familiares, sejam quais forem, é a força da igualdade substancial emanada da própria acepção de Estado Democrático de Direito, daí provindo sua abrangência e imperatividade⁶⁵.

Liberdade

Elemento essencial e indissociável da pessoa, a liberdade, como possibilidade de agir em consonância com a própria consciência ou compreensão dos diversos aspectos da vida, conquanto sob o ponto de vista jurídico sofra a limitação indispensável à consolidação de um convívio social adequando, se apresenta como um direito fundamental garantido por garantias constitucionais de toda ordem, por isso mesmo se refletindo com força no plano das relações intra-familiares.

Sobre sua natureza e papel do Estado quanto às garantias de sua efetivação, GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MARTIRES COELHO E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO esclarecem que:

“As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar suas potencialidades. O Estado Democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado Democrático se justifica também como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes, resultantes dessas liberdades”.⁶⁶

A liberdade, enquanto liberdade ativa, garante às pessoas a possibilidade de se casarem ou não, de se manterem em união estável ou não, tanto quanto a liberdade de

⁶⁵“Essa igualdade dos cônjuges, e não só deles, pois a igualdade é das pessoas, e nem mais precisa ser civilmente casado para merecer tratamento igualitário nas relações afetivas, é, sobretudo, uma isonomia ostentada no fundamento supremo do Estado Democrático de Direito, da Carta da República brasileira, de defesa da dignidade humana, traduzida pela solidariedade econômica dos cônjuges, que passam a contribuir com seu trabalho no atendimento das necessidades do grupo familiar e outras diretivas também proclamadas pelo calor da progressão isonômica, mas contestada no mundo axiológico pelo contra fluxos de evidências que, lamentavelmente, ainda apontam e sinalizam para a existência abismal de uma desejada paridade” (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, cit., p. 21).

⁶⁶MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 349.

admitirem ou não a condição de filho, mesmo ante reconhecimento formal, constituindo-se como ingrediente indispensável à vida familiar sob todos os seus aspectos.

Mesmo em relação aos filhos, embora crianças ou adolescentes, em seu favor se consagra direito de liberdade que re-equaciona os lindes da relação derivada da autoridade parental, desde que o Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, nas ricas disposições de seu art. 16, a liberdade de participação na vida familiar, a liberdade de expressão, opinião etc⁶⁷.

Afetividade

Não se pode negar que os laços familiares não podem ser mais entendidos como fundados em vínculos formais ou institucionais, como se a razão de ser do organismo familiar ainda pudesse ser reduzida a uma dimensão formal e desumanizada, apesar de tudo quanto até aqui se enfatizou.

Relações familiares, com efeito, se sustentam, ao menos sob os nortes apontados por sua democratização⁶⁸, sob o fundamento do afeto, pois como em boa medida salienta GISELDA HIRONAKA:

“O afeto, reafirme-se, está na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso o afeto deve permanecer presente no trato dos conflitos, dos desenlaces, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e os desenlaces; perpassa e transpassa, também, os amores e os desamores. Porquê o afeto tem um quê de

⁶⁷“A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho. Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hetero ou homossexual. Há liberdade de extinguir ou dissolver a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 54).

⁶⁸“Para Anthony Giddens a família está se tornando democratizada, conforme modos que acompanham processo de democracia pública; e tal democratização sugere que a vida familiar poderia combinar escolha individual e solidariedade social. Segundo Giddens, um dos principais teóricos dessa concepção, a democratização no contexto da família implica igualdade, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisão através da comunicação, resguardo da violência e integração social. Os relacionamentos familiares democráticos ensejam responsabilidade compartilhada pelo cuidado com a criança, especialmente maior partilha entre mulheres e homens, na medida em que, na sociedade atual, as mães arcam com parcela desproporcional dos custos, embora desfrutem de parcela também desproporcional das recompensas emocionais dos filhos. (...) Ora, a família democrática nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros, das pessoas que a compõem, é respeitada, incentivada e tutelada. Do mesmo modo, a família dignificada, isto é, abrangida, informada pelo conceito de dignidade humana é, necessariamente, uma família democratizada.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. *Anais...* IBDFAM, 2005. p. 618-619).

respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Esse é o afeto de que se fala. O afeto-ternura; o afeto-dignidade”.⁶⁹

Inegável, dessarte, que uma vez considerada a família aquela comunidade destinada a abrigar mais emocionalmente seus membros, conferindo-lhes condições plenas para o integral desenvolvimento pessoal, os alicerces das relações travadas em seu interior apenas se justificam em função do afeto, valor em torno do qual se fixa o compromisso de entrelaçamento e solidariedade dele decorrentes⁷⁰.

Reconhece-se no afeto um fato gerador de relações e vínculos jurídicos, concedendo-lhe a ordem jurídica a devida tutela constitucional à medida em que o Estado deve afiançar que o indivíduo se desenvolva plenamente, para o quê depende, invariavelmente, da consolidação de laços intersubjetivos, constituídos com lastro em opções ou circunstâncias marcadas pelo cuidado afetivo.

É dessa perspectiva que o perscrutar o afeto como um direito fundamental reconhecível em diversas dimensões, SERGIO REZENDE BARROS averba :

“No âmbito da primeira dimensão, o afeto gera direitos individuais. Nessa dimensão o direito individual relativo ao afeto tem por objeto o próprio afeto. É o direito ao afeto. O afeto é primariamente uma relação entre indivíduos que se afeiçoam. Logo, a Constituição o protege como direito individual: direito humano de qualquer indivíduo. Nessa dimensão individual, o direito ao afeto é a liberdade de afeiçoar-se um ao outro. É uma liberdade constitucional. Tal como a liberdade de contrato, a liberdade de afeto é um direito individual implícito na Constituição, cujo § 2º, do art. 5º admite que mesmo não declarados, decorram do regime e princípios por ela adotados. No entanto, justamente por ser relação entre indivíduos, o afeto se desenvolve e evolui como relação social. Progride socialmente. Obriga crescentemente. Vincula, gera responsabilidade entre sujeitos. Daí porque o Direito o protege não apenas como fato individual mas como fato social. O afeto é fator de outros fatos que o direito protege. A afeição é um fato social jurígeno, que gera direitos e

⁶⁹HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos: um devaneio sobre a ética no direito de família. In: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. *Anais...* IBDFAM, 2005. p. 436.

⁷⁰“Por isto, insista-se, a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros. Em face, portanto, da mudança epistemológica ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família. Seus reflexos crescentes vêm permeando todo o Direito, como é exemplo a valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas da filiação, em detrimento, por vezes, dos vínculos de consangüinidade. Além disso, todos os filhos receberam o mesmo tratamento constitucional, independentemente de sua origem, se são biológicos ou não.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 183).

obrigações acerca de vários bens e valores, como alimentos, saúde, educação etc.”⁷¹

A conclusão natural, pois, é no sentido de se reconhecer a afetividade como um princípio geral na órbita do Direito de Família, com lastro normativo a partir do qual se registra, como assentado em doutrina, seu cunho juridicamente vinculativo para tantos quanto se enlacen em relações dessa natureza.

Cuidado obrigatório, todavia, está em não se confundir a afetividade à qual se devota o atributo de princípio jurídico com o afeto enquanto estado de alma ou sensação subjetiva, insondável sob o ponto de vista de sua realidade, mesmo porque na dimensão da ordem jurídica é possível a presunção de sua existência em situações nas quais habitaria ou deveria habitar⁷².

É esse postulado, enfim, que embasa as relações da família de fato, concedendo-lhe dignidade, tanto quanto também é aquele que em determinadas situações conflituosas, em casos de filiação, se torna o critério definidor da sua existência ou não, suplantando não raro, e por determinação judicial, a relevância imaginada de vínculos sanguíneos.

Trata-se, pois, de princípio dos mais destacados, e, inclusive, tomado em consideração sempre como um dos fatores aptos a atestar a natureza familiar de dada relação.

Pluralismo das Entidades Familiares

A idéia de família é, com efeito, produto cultural⁷³, se apresentando como um fenômeno produzido pelas condições de entendimento, hábitos e costumes desenvolvidos

⁷¹BARROS, Sergio Rezende de. A tutela constitucional do afeto. In: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. *Anais...* IBDFAM, 2005. p. 886.

⁷²“A afetividade como princípio jurídico não se confunde com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porque pode ser presumida quando esse faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O princípio da afetividade entre pais e filhos só deixa de incidir com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar. Na relação entre cônjuges e companheiros o princípio incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem o conteúdo conceptual mais restrito...” (NETO LÔBO, Paulo Luiz. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48.)

⁷³“Chegado a esse ponto, cabe definir a família no quadro sócio-econômico da atualidade como um regime de relações institucionalizadas, que são sancionadas pelo direito, dando à família categoria peculiar. Daí se pode entender que a família pode ser considerada como um organismo jurídico, como também uma instituição. Neste sentido, a família deixa de ser um fenômeno natural, assumindo antes um caráter de fenômeno cultural, como se lhe refere Rodrigo da Cunha Pereira, buscando subsídios em Jacques Lacan e João Baptista Vilella.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Evolução do direito de família*. In: _____. *Direito civil: aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 172).

por determinada sociedade em certo período, condição que em lugar de lhe conferir unidade de forma, pluraliza, ao revés, a possibilidade de sua composição, sendo comum que exista uma multiplicidade de modos de coexistência social em dada sociedade.

Os estudiosos, aliás, constataam uma diversificação das possibilidades de arranjo familiar, identificando uniões informais, conjugais, convivência parental entre pais e filhos, anaparental, entre descendentes de um mesmo ramo familiar etc., tudo a revelar que se deve mesmo dar crédito a RUI GERALDO CAMARGO VIANA quando ao discorrer sobre o tema afirma:

“A família é, antes de tudo, uma realidade social. Corpo intermediário entre o indivíduo e o Estado, como a entendem os publicistas. Essa realidade social existe dentro do Estado, subsiste às margens do Direito, que não cria tal realidade social, mas delimita e qualifica segundo a ideologia fundante, de tal sorte que já se disse ser sua disciplina legal uma construção necessariamente reconstrutiva; o Direito trabalha com os conceitos preexistentes, que procura organizar.

(...)

A família, como estado de fato, não é produto do Direito mas geradora de fenômenos jurídicos que se traduzem por outras instituições”.⁷⁴

Nessa consideração, e compreendendo a partir de seu espírito democrático a urgência em garantir à cidadania o direito de se organizar familiarmente por meio de caminhos alternativos, o constituinte inseriu no texto constitucional regra de onde se originou abertura à variação de composições familiares, admitindo como família as denominadas entidades familiares, tanto quanto a família monoparental, sem com isso cerrar definitivamente as portas para o acolhimento da família homoafetiva, da família anaparental etc., sem buscar controlar de modo restrito – e por intermédio de texto fechado – hipótese única de grupamento familiar como antes ocorria.

Segundo esse postulado, pois, deve-se sempre ter presente, à luz do texto constitucional, a observação oportuna de FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ, segundo a qual:

“Com a Constituição de 1988 consagra-se a proteção à família (art. 226). Mas a que tipo de família se refere a norma constitucional? A norma constitucional compreende tanto a família fundada no casamento quanto a união de fato (art. 226, § 3º), na família natural assente no fato da

⁷⁴VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Temas de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 46.

procriação (art. 226, § 4º) e a adotiva, todas as situações comunitárias análogas à família matrimonializada do ponto de vista sociológico.

A vida familiar protegida constitucionalmente pressupõe a existência de uma família. A garantia institucional não fica, porém, adstrita à família fundada no casamento. A família à margem do casamento é uma formação merecedora de tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, de estabilidade e de responsabilidade social, necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução de tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que para a Constituição a família e o casamento são realidades distintas.”⁷⁵

A julgar, assim, pelo quanto se vê exposto no contexto das disposições da Carta, o princípio do *pluralismo das entidades familiares* rompe com a postura de cultivada na realidade constitucional anterior em que o constituinte, sob indisfarçável espírito conservador e controlador da realidade familiar, tornava exigível um caminho único para a composição da organização familiar, criando noções repugnantes como a de *família natural*, modo singelo pelo qual a doutrina nomeava aquela à margem do sistema, despida de qualquer possibilidade de tutela jurídica⁷⁶.

Proteção Integral à Criança, ao Adolescente e ao Idoso

A diretriz constitucional da *proteção integral* ao idoso, à criança e ao adolescente, se mostra como aquela que compromete o organismo familiar com a obrigação de facilitar seu desenvolvimento pessoal sob a integralidade dos seus sentidos, vale dizer, o físico, o moral e o psíquico, reconhecendo em seu favor o caráter prioritário da atenção a lhes ser dispensada.

De ordem geral, isso se materializa de forma a estabelecer o respeito pessoal e à dignidade do idoso, da criança e do jovem conviventes no âmbito de uma organização familiar, com a admissão da condição especial da qual se revestem, como sujeitos diferenciados de direito, dada sua natural vulnerabilidade, decorrente da situação de vida.

O princípio, portanto, estrutura-se de tal modo a assegurar à criança e ao adolescente, de modo inicial, a plena e prestativa colaboração da família no sentido de

⁷⁵MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In: _____. *Textos de direito civil*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 78.

⁷⁶GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 42.

promoverem condições dignas de sua existência⁷⁷, atendendo com prioridade às necessidades das quais dependam seu livre e harmônico desenvolvimento pessoal, sob todos os aspectos.

Nesse particular, anota com precisão MARIA BERENICE DIAS:

“A consagração dos direitos das crianças e adolescentes como direitos fundamentais (CF art. 227), incorporando a doutrina da proteção integral e vedando referências discriminatórias entre filhos (CF art. 227, § 7º) alterou profundamente os vínculos de filiação. Como afirma Paulo Lôbo, o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com os pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A maior vulnerabilidade e fragilidade de cidadãos até os dezoito anos de idade, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração do princípio da prioridade absoluta, de repercussão imediata sobre o comportamento da Administração Pública na entrega, às crianças e adolescentes, dos direitos fundamentais específicos que lhe são consagrados constitucionalmente”.⁷⁸

Como um valor intransponível e de observância obrigatória, a proteção integral requer, antes do mais, a efetividade do *direito à convivência familiar*, seu fundamento inseparável, e nos moldes do quanto se irradia da disposição do art. 19, do ECA, ou seja, com a garantia de que sua educação e criação se realize no interior da família biológica, ou natural, onde prevalece a lógica da comunidade de afeto, inatamente concebida, ou, em situação excepcional apenas, se realizem no seio de família substituta, com o fito de se lhe possibilitar o indispensável para a evolução de suas aptidões pessoais.

Sobre ser imprescindível a filiação da criança ou do jovem a uma comunidade familiar, é ainda obrigatório o prestígio e a concentração de esforços na trajetória da consolidação daqueles estruturados junto à família biológica – ECA art.25 - vedando-se sua ruptura, mesmo por decisão judicial, quando inexistam razões suficientes, e mais ainda se a hipótese apenas abarcar, no plano de seus fundamentos, razões de ordem material ou patrimonial –ECA art.23.

⁷⁷“Se é certo que a própria Constituição Federal proclamou a doutrina da proteção integral, revogando implicitamente a legislação então em vigor, a Nação clamava por um texto infraconstitucional consoante as conquistas da Carta Magna. O dispositivo ora em exame (art. 1º/ECA) é a síntese do pensamento do legislador constituinte, expresso na consagração do preceito de que *os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos*. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento”. (CURI, Munyr; SILVA, Antonio Fernando Amaral; MENDEZ, Emília Garcia (Coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*: comentários jurídicos e sociais. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p. 15).

⁷⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 57.

De qualquer modo, aliás, compreende-se que inseridos no contexto familiar – e, portanto, em família natural (ECA art. 25) ou substituta (ECA art.28) – pais ou responsáveis se obrigam à proteção integral de crianças e jovens sob seus cuidados, o que, dito em outros termos, implica em atenção e cuidado permanentes quanto ao desenvolvimento de suas condições pessoais na esfera física, psicológicas ou morais, de forma integral.

Assistência material, afetiva e moral, com garantia à autonomia, liberdade e dignidade⁷⁹, são os elementos característicos da proteção integral à criança e ao adolescente dentro da estrutura familiar.

Relativamente ao idoso, a situação segue parâmetros assemelhados, desde que a ordem constitucional lhe reservou o reconhecimento de condição análoga, consoante se pode constatar da dicção do dispositivo dos **arts. 229 e 230, da CF**, sendo tal categoria de pessoas concebida como minoria⁸⁰ carente de tutela específica de seus direitos, com vistas à garantia à sua cidadania plena.

O Estatuto do Idoso, por exemplo, prevê seu direito à proteção integral no dispositivo de seu art. 2º, também cumprindo à família, e a ela sobretudo, prover o indispensável ao atendimento da integralidade de seus direitos fundamentais, segundo a exigência do art. 3º da legislação especial em referência.

Identicamente, no seu caso o sistema - no plano dos princípios gerais da tutela aos interesses da pessoa idosa – guarda o postulado da manutenção dos vínculos familiares como um fator indissociável da preservação de sua esfera jurídica, só admitindo em caráter excepcional sua transferência para núcleo familiar alternativo⁸¹.

No ambiente de suas relações familiares, tanto quanto, o idoso faz merecer a preocupação da ordem jurídica, que assim lhe garante tutela através da preservação de seu

⁷⁹Trilogia da Proteção Integral (cf. PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 137).

⁸⁰“Como já se afirmou o termo minoria deve ser reservado aos grupos sociais que, independentemente de sua expressão numérica, encontram-se qualitativamente em situação de desigualdade, por razões sociais, econômicas ou técnicas, grupos sujeitos à dominação de outros grupos prevalentes.” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 275).

⁸¹“Conforme o disposto no art. 226 e art. 230, da Constituição Federal, e art. 3º, V, do Estatuto do Idoso, qualquer medida ou decisão judicial a ser proferida em processo envolvendo direitos da pessoa idosa deverá observar a necessidade de garantir, sempre que possível, os vínculos existentes entre o idoso e seus familiares. O idoso tem direito a ser mantido em seu próprio lar, a fim de que sejam preservadas sua intimidade, sua propriedade, a privacidade, a cultura, os costumes, bem como para garantir a manutenção dos laços familiares.” (FREITAS JR., Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 13)

melhor interesse, cumprindo àqueles de cuja convivência desfrute o dever de cuidado com vistas a lhe tornar efetivo – concreto mesmo – o direito ao envelhecimento com preservação de sua integridade física, moral e psíquica.

Sobre a expressão jurídico-moral dessa idéia de cuidado com a pessoa do idoso, com propriedade anota HELOISA HELENA BARBOSA:

“Tanto ou mais importante que a solidariedade, o cuidado emerge como valor que assegura, em toda sua dimensão, o direito ao envelhecimento. O cuidado representa uma atitude de ocupação, de preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro, entrando na natureza e na constituição do ser humano. O cuidado sinaliza o rompimento com a tradição assistencialista ao idoso, orientada pela e para a doença, e que não atende toda a extensão das complexas e diversificadas necessidades do idoso, ajustando-se, por natureza, à função de facilitador da qualidade de vida do idoso.”⁸²

Enfim, a condição particular do idoso, da criança e do adolescente, uma vez captada pela lente do constituinte, como ocorreu, transfere para a ordem familiar o primeiro cenário em que se cobram posturas no sentido da tutela efetiva de seus direitos e interesses, compromissando os membros da comunidade familiar com o alcance dos objetivos inerentes à sua proteção integral.

Solidariedade Familiar

Para além dos princípios referidos há quem sustente, e com razão, a existência de outro, derivado diretamente da regra emanada do art. 3º, I da Constituição Federal, voltado à imposição da *solidariedade entre os integrantes da comunidade familiar, e isso em todos os sentidos possíveis*.

Referem-se seus defensores ao fundamento pragmático desse preceito, haja vista a completa inviabilidade de uma perspectiva em que o ser humano pudesse vir a ser percebido independentemente da coexistência com seus iguais, o que chega a ser pré-condição de seu próprio existir⁸³.

A solidariedade, entendida como um sentimento racionalmente guiado, limitado e auto-determinado, que compele à oferta de auxílio, uma vez presente uma mínima

⁸²BARBOSA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 70.

⁸³MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2008. p. 232.

similitude de certos interesses e similitudes⁸⁴, passa a caracterizar-se como modelo jurídico principiológico a partir do valor que lhe atribui o próprio texto constitucional, ao destinar-lhe a condição de princípio fundante da república.

E, sem dúvida, há uma conexão entre solidariedade e dignidade humana, à medida em que ao se plasmar no texto constitucional este último postulado não tinha em mente o constituinte a consagração de um individualismo sem qualquer limite, já que, como adverte MARIA CELINA BODIN DE MORAES:

“Ao contrario do que pode parecer, elevar a dignidade da pessoa humana (e o desenvolvimento de sua personalidade) ao posto máximo do ordenamento jurídico constitui opção oposta ao individualismo das codificações. A pessoa humana, no que difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, há que ser apreciada a partir de sua inserção no meio social, e nunca como uma célula autônoma, um microcosmo cujo destino e cujas atitudes pudessem ser indiferentes às demais.

Ao direito de liberdade da pessoa está contraposto - ou com ele será sopesado - o dever de solidariedade social, não mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade ou uma ação virtuosa que o indivíduo poderia ou não praticar, dentro de sua ampla autonomia. Na medida em que não se pode conceber o mítico *homo clausus*, cujo epíteto é o indivíduo, tampouco podem existir direitos que recorram a essa figura ficcional. Os direitos só existem para serem exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre pessoas, seres humanos *fundamentalmente organizados* para viverem em meio a outros.”⁸⁵

Nessa medida é que se impõe a admissão da dimensão constitucional do princípio da solidariedade, caracterizado como aquele em que nas relações gerais entre os cidadãos torna obrigatório a colaboração e as ações facilitadoras do livre desenvolvimento da personalidade de seus iguais, ou, em outras palavras, como acentua JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“ *Construir* aí tem o sentido contextual preciso. Reconhece que a sociedade existente no momento da elaboração constitucional não era nem livre, nem justa, nem solidária. Portanto, é signo ligüístico que impõe ao Estado não a tarefa de construir a sociedade - porque esta já existia - mas a liberdade, a justiça, a solidariedade a ela referidas. Ou seja, o que a Constituição quer com esse objetivo fundamental é que a República Federativa do Brasil uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva seja um fato de dignificação da pessoa e em que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a idéia de comunidade fundada em bem comum. Surge aí o símbolo do

⁸⁴DENNIGER, ERHARD - in NETO LÔBO, Paulo Luiz. *Famílias*, cit., p. 39.

⁸⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*, cit., p. 245.

Estado Democrático de Direito, voltado à realização da justiça social, tanto quanto a Formula liberdade, igualdade e fraternidade o fora no Estado Liberal proveniente da Revolução Francesa⁸⁶

⁸⁶SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 46.

CAPÍTULO II. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

1. Obrigação Alimentar. 1.1. Conceito de Alimentos. 1.2. Evolução Histórica. 1.3. Fundamento da Obrigação Alimentar. 1.4. Características dos Alimentos. 1.5. Espécies de Alimentos. 1.6. Considerações Oportunas.

1. Obrigação Alimentar

1.1. Conceito de Obrigação Alimentar, Pressupostos e Natureza Jurídica

A obrigação alimentar compreende a responsabilidade pela entrega de prestações indispensáveis à subsistência de alguém que se encontre impossibilitado de prover a própria subsistência⁸⁷, pois, ao menos em princípio, todo indivíduo deve alimentar –se por si mesmo com o quanto logre obter em virtude de seu trabalho e rendimentos⁸⁸.

O objeto dessa obrigação, portanto, corresponde a tudo quanto seja materialmente indispensável para a manutenção da vida de alguém, mais o imprescindível à habitação, vestuário, saúde⁸⁹, sendo essas necessidades essenciais a causa que, dentro desses limites, alguém pode invocar para deduzir o pleito alimentar⁹⁰.

De há muito, portanto, o conceito de alimentos gira em torno da provisão de necessidades materiais, o que invariavelmente se refletiu na elaboração do conceito técnico, a partir do qual a própria expressão passou a prefigurar no vernáculo sentidos distintos, tal como esclarece CLÓVIS BEVILÁQUA:

“A palavra alimento tem em direito uma acepção técnica, de mais larga extensão do que a da linguagem comum, pois compreende tudo que é

⁸⁷“Alimentos são prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si.” (GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 427).

⁸⁸MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*, cit., v. 1, p. 199.

⁸⁹LOPES DA COSTA salientava: “..alimentos é a expressão que compreende não só os gêneros alimentícios, os necessários para manter a dupla troca orgânica que constitui a vida vegetativa (cibaria), como também habitação (habitatío), o vestuário (vestuarium), os remédios (corporis curandi impedia)” (in CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 16).

⁹⁰“As necessidades cuja satisfação o alimentando pode pleitear são as essenciais para sua vida, tomando-se em consideração, em certa medida, sua posição ou situação social (por exemplo, se o alimentando necessita de educação ou formação profissional, como na hipótese de estar terminando sua preparação universitária, o devedor deve custeá-la.” (OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Ferreira. *Direito de família*, cit., p. 84).

necessário à vida: sustento, habitação, roupa, educação e tratamento de moléstias.”⁹¹

A se ressaltar, então, que sob o aspecto técnico a expressão jurídica alimentos confere com o a prestação realizada com o fim de atender às necessidades vitais de alguém⁹², entendimento registrado desde as mais antigas legislações sobre a matéria, dali saltando para as consolidações e legislação codificada nacional.

O ponto fundamental sob o ponto de vista técnico, pois, corresponde exatamente à compreensão possível sobre os elementos conformadores da idéia de necessidades vitais, cuja abrangência há de ser compatibilizada com as repercussões indescartáveis do princípio da dignidade humana.

Nesses passos, aproximam-se, se é que não se identificam plenamente com o quadro enformado pela incidência desse postulado, os esclarecimentos doutrinários de YUSSEF SAID CAHALI, extraídos, por sua vez, do escólio de *Estevam de Almeida e Martinho Garcez* :

“Alimentos são, pois, prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional).

Nesse sentido, constituem os alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física, como moral e social do indivíduo...”⁹³

A noção mais ampla possível abriga melhor resposta às exigências postas para uma vida digna, sendo impróprio considerar os alimentos apenas dentro das molduras do básico ou mínimo indispensável à mera sobrevivência.

Inventariando, a propósito, a acepção jurídica de alimentos em ordens jurídicas alienígenas, nota-se a inexistência de grande distanciamento daquela aqui concebida. No

⁹¹BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976. p. 383. No mesmo sentido: CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos alimentos no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 15 e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*, cit., v. 1, p. 197.

⁹²Doutrina antiga sempre aliou alimentos ao atendimento do indispensável ao sustento, mais educação e criação quando o beneficiário fosse menor (cf. LEAL, Antonio Luiz da Câmara. *Manual elementar de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1930. v. 1, p. 281; VAMPRÉ, Spencer. *Manual de direito civil brasileiro*. F. Briguiet & Cia., 1920. v. 1, p. 312; DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991; FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976. v. 2, p. 279.

⁹³CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 16.

direito italiano, com efeito, ela é idêntica, devendo os alimentos cobrirem as despesas decorrentes das necessidades vitais da pessoa, relacionadas à habitação, saúde, alimentação, mais as despesas com educação quando menor⁹⁴, desde que apontada a necessidade daquele que as solicita. No *direito francês*, há grande proximidade, referindo-se os alimentos à prestação entregue a alguém em estado de necessidade, compreendendo ordinariamente as despesas de sempre⁹⁵, sendo essa também a noção vigente no *direito alemão*⁹⁶. Há a previsão do instituto, sob vestes e conteúdo assemelhados, também no *direito norte-americano*, tanto quanto no *direito inglês*⁹⁷.

Pressupostos

Um dos fatores relevantes a serem reconhecidos na relação obrigacional alimentar, realmente, é o que sua constituição se dá em função de circunstância eventual, qual seja, a *necessidade* do alimentário, seja presumida, seja decorrente de uma conjuntura qualquer que o leve à impossibilidade de se auto-sustentar, o que, todavia, não será suficiente para tanto, salvo se o parente, cônjuge, ou companheiro⁹⁸ instado a realizar a provisão de recursos materiais indispensáveis à sua subsistência também reunir condições, isto é, *possibilidade material* de atender seus reclamos sem prejuízo do indispensável à manutenção de sua própria existência⁹⁹.

Sem a preexistência dessas condições, impossível o estabelecimento da relação jurídica em foco, consignando a respeito ARNALDO RIZZARDO:

“Três os pressupostos que emergem das regras acima para incidir a obrigação alimentar: o parentesco ou o vínculo marital ou da união

⁹⁴“Uma pessoa que se encontre em situação de necessidade, privada, ainda, do quanto seja indispensável para a vida, e que não se encontre em condições de prover o próprio sustento, sem fonte de recursos monetários e sem capacidade de trabalho (art. 438, § 1º), tem o direito de reclamar os meios de subsistência, ou seja, os alimentos, em dinheiro ou *in natura*, aos membros de sua família. O direito aos alimentos é limitado ao necessário para a subsistência, com a consideração de sua posição social (art. 438, § 2º): se referem, por isso, às necessidades com alimentação, habitação, do vestuário, da saúde (mas se se trata de menor, incluem também despesas com educação e instrução)...” (GALGANO, Francesco. *Istituzione di diritto privato*. 4. ed. Milano: CEDAM, 2006. p. 416). No mesmo sentido, TRABUCHI, Alberto. *Istituzione di diritto civile*. 43. ed. Milano: CEDAM, p. 340; ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 5. ed. Padova: CEDAM, 2007. p. 1.272; BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: la famiglia - le successioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1987. v. 2, p. 484.

⁹⁵Cf. HAUSER, Jean; HUET-WEILLER, Daniele. *Droit Civil: la famille*. Paris: LGDJ, 1993. p. 881 e 884.

⁹⁶FERRAND, Frederique. *Droit privé allemand*. Paris: Dalloz, 1997. p. 547; SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão: direito de família*. 9. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p. 364-365.

⁹⁷Cf. GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*, cit., p. 630.

⁹⁸Cf. C.C., art. 1.694.

⁹⁹Cf. C.C., art. 1.695.

estável; a necessidade e a incapacidade de se sustentar a si próprio; e a possibilidade de fornecer alimentos da parte do obrigado.

Essa trilogia há de se fazer presente em todas as imposições de prestar alimentos, como bem sustentava *San Tiago Dantas: A obrigação alimentar pressupõe três elementos. São pressupostos da obrigação alimentar: primeiro que entre quem dá alimento e quem o recebe haja vínculo de parentesco, embora omissos; segundo, que um dos parentes esteja necessitado e não possa prover o seu sustento por si próprio; terceiro, que o outro parente esteja em condições de dar o sustento, sem se privar do que é necessário à sua própria subsistência. Se faltar um desses pressupostos, não há obrigação alimentar; se ocorrem, a obrigação alimentar se estabelece.*¹⁰⁰

Há quem acrescente a esses pressupostos o relativo à proporcionalidade¹⁰¹ entre a prestação entregue e a possibilidade econômica de quem a realiza, o que, todavia, tende a ser questionável, uma vez entendido tal aspecto como um dado concernente não à existência do vínculo prestacional, mas apenas ao modo de ser de seu objeto, parecendo inadequado reputá-lo como dado indispensável à sua constituição. Basta ver, aliás, que a virtual desproporção entre o necessário e o pago remete os sujeitos à premência de uma revisão da prestação sem incidir em sua insubsistência ou expô-la a tal risco.

De outro lado, convém realçar que a menoridade de filhos exclui, naturalmente, a necessidade de prova da necessidade, uma vez presumida em decorrência do dever de sustento, inerente à condição paterna ou materna¹⁰² (CC. Art. 1.734).

Natureza Jurídica

A obrigação alimentar tem natureza legal. Ao menos entre parentes, cônjuges e companheiros. É, sim, dever de cunho assistencial que incumbe a tantos quantos sejam designados pela lei, aí residindo seu caráter particular e distintivo em relação aos vínculos obrigacionais comuns, conquanto espelhe traços firmes de identidade, tais como a natureza pessoal do vínculo, a expressão patrimonial da prestação, além, é claro, da responsabilidade pelo virtual inadimplemento.

Se neste ponto convergem doutrinadores sobre o caráter da relação obrigacional alimentar, um choque de opiniões se pode observar quanto à sua inserção entre aquelas de cunho patrimonial, ou seja, voltadas normalmente ao acréscimo patrimonial de um de seus

¹⁰⁰RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*, cit., p. 738.

¹⁰¹DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v. 5, p. 542.

¹⁰²NETO LÔBO, Paulo Luiz. *Famílias*, cit., p. 350.

sujeitos, ou de ambos, haja vista conhecidíssima acepção sobre o *aspecto não patrimonial dos alimentos*.

Realmente, sobre essa matéria registrou EMILIO BETTI:

“Consideremos, por exemplo, a relação alimentar legal, que a lei impõe a certas relações de família. Surge o problema de enquadramento na sistemática do direito de obrigações esta obrigação que comumente se denomina legal. Partamos da premissa que essa expressão em si considerada não apresenta um significado preciso: é uma palavra incolor e equívoca. Na realidade devemos recordar que é sempre a lei que impõe uma obrigação a uma situação de vida. Mesmo assim, é nítida a diferença entre a obrigação que tem como fonte um negócio jurídico ou um ato ilícito e a obrigação surgida sem que seja traçada por um comportamento lícito ou ilícito do parente obrigado. Então, o pressuposto da obrigação é uma situação de fato, ou uma relação jurídica qualificante (legitimante): por exemplo, uma relação de família, descendência, filiação ou afinidade. Esta relação é a causa do nascimento da obrigação alimentar, sempre que presentes os requisitos, isto é, o estado de necessidade, em razão do qual o parente não pode prover seu sustento por meio de suas forças. A esta altura se pergunta qual seria o interesse tutelado com a obrigação alimentar. Cicu mostrou bem a diferença entre a relação obrigacional derivada de uma relação de família e aquela decorrente de negócio jurídico. Em certo sentido a relação obrigacional legal é um aspecto da mesma relação de família, porque esta traz consigo, como emanção necessária, a tutela da pessoa...”¹⁰³

Essa visão despe a relação obrigacional alimentar de sua característica patrimonial, uma vez acentuado, no interior das relações familiares, o dever de zelo recíproco - particularmente no tocante à tutela da vida - entre parentes, dado entendido como suficiente para remeter ao segundo plano a virtual expressão econômica da prestação.

Conquanto seja verdade o interesse superior entrevisto nas relações obrigacionais derivadas de laços familiares, parece pouco razoável recusar o cunho econômico-patrimonial das prestações de que se compõe, valendo, assim, realçar que se trata de vínculo no qual marcam presença, em semelhantes condições, elemento pessoal e patrimonial, o predomínio de qualquer deles, portanto¹⁰⁴.

Já no tocante ao tipo de interesse em trânsito pela relação obrigacional alimentar, não há duvidar de que seria inadequado sintonizá-lo unicamente no plano dos interesses privados, uma vez marcante a presença de um interesse público inerente à tutela das condições dignas da existência do alimentário.

¹⁰³BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3, p. 96-97, tradução livre.

¹⁰⁴CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 35.

Tudo indica, à luz da compreensão manifestada sob consenso pela doutrina, que a relação obrigacional alimentar é de ordem pública¹⁰⁵, havendo aí uma imbricação visível entre interesses privados e público, daí advindo, exemplificativamente, a irrenunciabilidade ao direito.

A justificativa desse posicionamento, aliás, deve ter íntima conexão com o fato de os alimentos resguardarem um direito essencial à pessoa, ou seja, o direito à vida, mola propulsora de sua existência.

Oportuno, nesse contexto, colacionar o pensamento de SAN TIAGO DANTAS, posto nestes termos:

“A característica fundamental da obrigação legal de alimentos está na íntima relação entre o direito aos alimentos e o direito à vida. Como cada um tem direito à vida, é justo que o grupo social a que o indivíduo pertença lhe forneça os meios necessários para viver. Se o indivíduo não é capaz com recursos próprios de assegurar sua subsistência, esta obrigação compete ao Estado; mas, antes de caber ao Estado, cabe aos parentes, aos membros da família *lato sensu*, da qual o indivíduo faz parte e que tem a obrigação de sustentá-lo. Esta íntima relação entre o direito à vida e o direito aos alimentos define todas as características da obrigação alimentar.”¹⁰⁶

Em síntese, trata-se de relação obrigacional, sim, na qual estão presentes o elemento pessoal e o patrimonial, dadas suas auto-explicativas finalidades e funções, notadamente a de guarnecer o direito a uma existência digna.

1.2. Evolução Histórica

A obrigação alimentar tem, sim, como uma de suas origens o direito romano, malgrado ali apenas se tenha tornado algo próximo do que hoje se verifica em relação a ela na sua fase mais avançada.

Com razão, pois, os que afirmam uma situação conjuntural como incompatível com o perfil de relação jurídica dessa natureza, já porque a família romana, durante longo período, se fixou diante da autoridade do *pater famílias*¹⁰⁷, único titular de direitos sobre

¹⁰⁵CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos alimentos no direito de família*, cit., p. 20.

¹⁰⁶DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*, cit., p. 331.

¹⁰⁷“Os romanos exaltavam a *patria potesta* como uma de suas grandes instituições. E isso é verdade se considerado que nenhum outro povo culto consolidou e perpetuou uma organização com as características da família romana. Pensemos, inicialmente, na família em seu modelo antigo e genuíno. Os poderes sobre os *filiifamílias* são da mesma natureza da soberania em relação aos corpos políticos. A família, em seu

aqueles que se encontravam sob seu domínio, mostrando-se assim inconcebível a admissão de uma obrigação sua para com eles¹⁰⁸.

À vista disso, observam PAUL JÖRS E WOLFGANG KUNKEL:

“Sendo a *patria potestas* um poder sobre as pessoas a ela submetidas, não originava obrigações para o *pater familias*. O dever de prestar alimentos a filhos e netos não surge até a época imperial, fora do sistema jurídico tradicional e dos marcos delimitados pela *extraordinaria cognitio* dos cônsules. Talvez só existisse em relação aos indivíduos da casa, submetidos à autoridade do *pater*; mais tarde, ao redor do século II da era cristã, se concedeu também o direito a alimentos aos descendentes emancipados”.¹⁰⁹

Isso faz certo que a relação obrigacional alimentar apenas se constituiu nos moldes próximos ao de hoje no Direito Romano quando o modo de organização familiar e suas relações internas sofreram alteração, com valorização do parentesco sanguíneo sobretudo, pois como assinala MAX KASER:

“Atenuando-se cada vez mais as fortes vinculações que unem a família como associação jurídica, consolidada sob a direção monocrática do *paterfamilias*, a partir da República, e ainda mais nos princípios do Império, perde também relevo o parentesco agnatício, fundado na pertença às associações familiares. Em seu lugar ganha cada vez mais importância o parentesco de sangue (*cognatio*), independente de relação naquela associação.

Esse parentesco, desprendido das relações de poder, manifesta-se em múltiplos deveres de lealdade e proteção, pelos quais, por exemplo, os pais não podem ser demandados pelos filhos em tribunal, pais e filhos não podem testemunhas uns contra os outros etc. Na época pós-clássica essas restrições aumentam por motivos cristãos.

Dá-se uma quebra total do poder doméstico quando, no direito imperial (desde Antonio Pio?) se reconhece o dever recíproco de alimentos entre todos os consanguíneos legítimos em linha ascendente e descendente e entre irmãos.”¹¹⁰

estilo antigo, tinha seu aspecto sagrado, ou seja, seu culto, e o *pater* era o sacerdote. Ele era o juiz de seus *filiifamilias*, e diante de condutas ilícitas tinha poderes para puni-los de todos os modos possíveis, com prisão, pena corporal e até com a morte (*ius vitae et necis*); por delitos cometidos em relação a estranhos, podia colocar o *filiufamilias* sob autoridade do lesado para liberar-se de sua responsabilidade, como se fazia nas antigas comunidades, nas relações internacionais (*is noxae dandi*). Podia também vender ou alugar o *filiusfamiliae*, expor ou matar o recém-nascido. O direito romano antigo não punha limites ao exercício desses graves poderes do *pater familia*.” (BONFANTE, Pietro. *Istituzione di diritto romano*. 5. ed. Milano: Francesco Vallardi, 1912. p. 152, trad. livre do italiano).

¹⁰⁸ Cf. CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 38.

¹⁰⁹ JÖRS, Paul; KUNKEL, W. *Derecho privado romano*. Trad. L. Prieto Castro. Ed. Labor, 1937. p. 413. (trad. Livre do espanhol).

¹¹⁰ KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämerle. Fund. Calouste Goubenkian, 1999. p. 348-349.

Somente a esta altura, então, a relação obrigacional se estabelece no plano da ordem jurídica romana, tal como registra o DIGESTO, no LIVRO XXV, chegando depois a influenciar os demais ordenamentos.

No direito pátrio, aponta-se como origem mais próxima as ORDENAÇÕES FILIPINAS, que faziam referência aos alimentos em seu LIVRO I, tit. 88, § 15, nos seguintes termos:

“Se alguns órfãos forem filhos de taes pessoas, que não devam ser dadas por soldadas, o Juiz lhes ordenará o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado, e todo mais em cada hum anno. E o mandará escrever no inventário, para se levar em conta seu Tutor ou Curador. E mandará ensinar a lêr e escrever aquelles que forem para isso, até a idade de doze annos. E dahi em diante lhes ordenará sua vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda”¹¹¹.

O instituto se aperfeiçoou e compareceu também à legislação nacional pré-codificada, ou seja, na CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS, elaborada por TEIXEIRA DE FREITAS, cujas prescrições foram em grande parte influenciadas pelas *Ordenações Filipinas*, tanto quanto pelas determinações do *Assento nº 5, de 1.772*¹¹².

A esta altura as disposições já deixavam entrever que a obrigação alimentar entre parentes já possuía os contornos cultivados atualmente, estando presentes fatores específicos de sua condicionalidade, variabilidade e reciprocidade, depois confirmados no Código Civil de 1.916, cujo texto foi influenciado pelo *Esboço de Teixeira de Freitas*, assim como pelo BGB e *Código Civil Português*¹¹³.

O Código Civil em vigor, introduzido pela Lei Federal nº 10.406/02, manteve as linhas gerais do instituto, com aperfeiçoamentos, unificando disposições sobre o direito a alimentos de cônjuges e companheiros, fixando sua transmissibilidade aos herdeiros do alimentante e outras inovações, bem recebidas, de modo geral, pela doutrina.

¹¹¹Apud CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos alimentos no direito de família*, cit., p. 15.

¹¹²MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 179. No mesmo sentido: notas à “*Consolidação das Leis Civil*: arts. 168 e 170. Paris: B.L. Garnier, 1870.

¹¹³idem, p. 179.

1.3. Fundamentos da Obrigação Alimentar

Sendo, enfim, uma obrigação legal estabelecida em razão de um estado de necessidade material experimentado por alguém¹¹⁴, quando recai sobre membros da comunidade familiar o que se toma em consideração é o espírito de solidariedade determinante de sua constituição, e razão última de sua subsistência, em nome de quê, com efeito, o amparo recíproco entre seus membros ocorre tradicionalmente, mesmo antes de sua conversão em dever legal¹¹⁵.

Basta ver que desde o DIGESTO, como sabido, o dever de socorro recíproco no ambiente da comunidade familiar se estrutura sobre valores como a *aequitas*, *caritas sanguinis* e *pietas ratio*¹¹⁶, prenunciando a idéia de *solidariedade familiar* enquanto razão jurídica do dever de amparo material entre seus membros.

Neste particular, observa ALBERTO TRABUCHI:

“O direito à prestação alimentar pode derivar também de um contrato, como pode encontrar sua fonte no testamento (legado de alimentos) (art.660). Aqui, entretanto, nós nos ocupamos da obrigação estabelecida pela lei, com fundamento na solidariedade familiar. Os alimentos são atribuídos a alguém devido à consideração de sua incapacidade de prover o necessário para sua existência, e encarrega a outro (em função de casamento, parentesco ou afinidade), tendo em conta sua possibilidade econômica”¹¹⁷

No plano da doutrina nacional, subscrevendo essa posição e divulgando-a na atualidade, PAULO LUIZ NETO LÔBO assinala:

“Sob o ponto de vista da Constituição a obrigação a alimentos funda-se no princípio da solidariedade (art. 3º, I), que se impõe à organização da sociedade brasileira. A família é a base da sociedade (art. 226), o que torna seus efeitos jurídicos, notadamente os alimentos, vinculados no direito/dever de solidariedade. A legislação infraconstitucional estabelece seus limites e contornos: o Código Civil (art. 206, § 2º, e 1.694 a 1.710), que deu unidade ao direito material sobre o assunto, além do ECA, art. 22, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), as normas residuais de direito material da Lei de Alimentos (Lei nº 5478/68) e outras normas dispersas.

¹¹⁴BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: la famiglia - le successioni*, cit., p. 479.

¹¹⁵HAUSER, Jean; HUET-WEILLER, Daniele. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1993. p. 882.

¹¹⁶“Portanto, surgida originariamente como dever ético, a obrigação de assistência e socorro resultante do vínculo familiar aparece, no direito romano, como expressão da *aequitas*, da *caritas sanguinis* (Dig.XXV,Lib.III, fr.5.§ 2), da *pietas ratio*, mais propriamente como uma obrigação jurídica a traduzir o fundamento moral do instituto, calcado na solidariedade que nasce da comunhão de sangue, nomes e afeto.”(CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 30).

¹¹⁷TRABUCHI, Alberto. *Istituzione di diritto civile*, cit., p. 340. No mesmo sentido OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Ferreira. *Direito de família*, cit., p. 55; GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 429; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 407.

É jurídica, pois, a obrigação alimentar, fundada no princípio normativo da solidariedade, seja na relação entre parentes, seja na relação familiar (cônjuges, companheiros).”¹¹⁸

Claro, entretanto, que se esse fundamento explica o revestimento jurídico da relação obrigacional alimentar, ainda não o justifica totalmente, porquanto a inteira percepção da histórica conversão de um dever de ordem moral em outro de matiz legal-obrigatório só se dá em face da clara visão sobre o objeto fundamental de sua tutela.

Nesse particular, e em princípio, o que sobressai é a íntima relação entre o dever alimentar e o *direito à vida*, do qual deflui como uma emanção destinada a lhe emprestar suporte e concretização, sobretudo dignificando-o na medida que se ocupa de prestar garantias a uma existência em condições humanamente satisfatórias.

É, em outras palavras, direito instrumental posto a serviço do *direito à vida*, inserido no contexto dos direitos fundamentais e de personalidade (CF art. 5º, “caput” e X)¹¹⁹, sobretudo porque lhe oferece o essencial pra sua plena efetividade quando garante condições existenciais dignas ao seu titular.

Recorde-se, nestes passos, que o direito à vida não se limita a estipular o direito ao existir puro e simples, mas também, e especialmente, acrescenta a possibilidade de vida em condições aceitáveis, dignas, ou seja, de tal modo a haver acesso a tudo quanto possa ser indispensável em termos materiais, morais e psicológicos.

Vale acrescentar que mesmo os constitucionalistas não deixam de laborar em favor de uma expansão do conceito do direito à vida, dentre eles se sobressaindo, por exemplo, ANDRÉ RAMOS TAVARES, que sobre o assunto consigna:

“O conteúdo do direito à vida assume duas vertentes. Traduz-se, em primeiro lugar, no direito de conservar-se existente, e, em segundo lugar, no direito a um adequado nível de vida.

Assim, inicialmente cumpre assegurar a todos o direito de simplesmente continuar vivo, permanecer existindo, até interrupção da vida por causas naturais. Isso se faz com segurança pública, com a proibição de justiça privada e com respeito, por parte do Estado, do direito à vida de seus cidadãos.

¹¹⁸NETO LÔBO, Paulo Luiz. *Famílias*, cit., p. 345.

¹¹⁹“Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (p. ex.:direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 396).

Ademais, é preciso assegurar um nível mínimo de vida, compatível com a dignidade humana. Isso inclui o direito à alimentação adequada, à moradia (art. 5º, XXIII), ao vestuário, à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215) e ao lazer (art. 217).”¹²⁰

Em face disso é que seria impróprio olvidar que uma das funções do direito aos alimentos corresponde, com efeito, a de agir para garantir efetividade ao direito à vida, havendo quem o encerre junto deste, inclusive, no plano dos denominados direitos da personalidade¹²¹.

Forçoso concluir que a obrigação alimentar realmente se apresenta como expressão da *solidariedade familiar*, uma vez enlaçados os integrantes da comunidade familiar pelo dever de socorro recíproco nas eventuais situações de necessidade, fundando-se, igualmente, na imposição de salvaguardar o direito a uma existência digna em prol de quem venha a reclamá-los, pois dela depende a provisão dos meios indispensáveis para o desfrute de uma condição mais adequada de vida.

1.4. Características dos Alimentos

Relações obrigacionais da natureza destas ora examinadas cobrem-se de particulares contornos, sublinhados correntemente pela doutrina, cuidando eles, em sua maior parte, de aspectos diretamente vinculados à especial finalidade do crédito alimentar, à sua função social e, sobretudo, aos alicerces de ordem ética e moral sobre os quais ela se edifica¹²².

Entende-se tecnicamente inatacável admitir que em decorrência das circunstâncias expostas a obrigação alimentar legal, e portanto concernente ao caso das relações de família, se apresente com as notas particulares da *variabilidade, condicionalidade e reciprocidade*¹²³.

¹²⁰TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 491.

¹²¹FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*, cit., v. 1, p. 329.

¹²²CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos alimentos no direito de família*, cit., p. 22.

¹²³GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 433.

Condicionalidade

Dessa característica se cogita porque o vínculo obrigacional depende fundamentalmente de que os pressupostos iniciais, determinantes de sua constituição, vale dizer, necessidade de quem os reclame e possibilidade de quem deva prestá-los, venham a existir, e a persistir, para sua constituição e permanência.

Por isso, a propósito, fixa o art. 1.695, do Código Civil que a obrigação apenas tem o seu nascedouro na efetiva situação de necessidade de quem os reclame, subentendida na hipótese da inexistência de bens suficientes, ou na impossibilidade do exercício de ocupação profissional de onde viesse a extrair meios para o seu sustento, tudo isso sem prejuízo de aquele instado a assumir o encargo possa fazê-lo sem dano à sua própria subsistência¹²⁴.

Vale acrescentar que dentro dessa ótica, a característica sob enfoque também exige que tais condições se mantenham, pois de outro modo a superveniência de qualquer fator capaz de extingui-las gera a inexorável extinção do vínculo, fator que se encontra previsto na disposição do art. 1.699¹²⁵, do Código Civil.

Variabilidade

A relação obrigacional derivada da lei se protraí no tempo, permanecendo todo interregno no qual se der necessidade do alimentando, sendo absolutamente previsível a possibilidade de alteração das circunstâncias econômico-patrimoniais do alimentante ou do alimentando. Dessarte, se presente e importante fará incidir a regra do antes aludido art. 1.699 do Código Civil¹²⁶.

Oportuna, nesse caso, a observação de ZENO VELOSO:

¹²⁴“Os alimentos serão devidos apenas excepcionalmente, quando comprovada a necessidade do alimentando, por sua ausência de recursos (insuficiência do que ganha com seu trabalho), e bens (no caso de possuí-los, insuficiência com sua alienação), que justifique a impossibilidade de por si mesmo prover à sua subsistência. Assim, não serão devidos alimentos às pessoas que podendo trabalhar não trabalham. Demonstrada, ainda, essa necessidade, há que se apurar a possibilidade do alimentante de arcar com a prestação alimentícia desde que sua capacidade financeira permita, sem desfalque do necessário a seu próprio sustento e manutenção.” (CARVALHO, Milton Paulo. *Código Civil comentado*. Coord. Min. Cesar Peluso. 1. ed. São Paulo: Manole, 2007. p. 1.661).

¹²⁵“Se a capacidade financeiramente do alimentante foi sensivelmente diminuída em razão da formação de uma nova família, admite-se a exoneração da pensão alimentícia devida aos filhos maiores do anterior casamento, mormente se possuem condições físicas e psíquicas de trabalho lícito.” (RT 799/304).

¹²⁶MARIA BERENICE DIAS pondera: “Consagra a lei o princípio da proporcionalidade ao estabelecer que a fixação de alimentos deve atender às necessidades de quem os reclama e as possibilidades da pessoa obrigada a presta-los (art. L694, § 1º). A exigência da obediência desse parâmetro permite a revisão ou exoneração do encargo.” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 456).

“A obrigação de pagar alimentos é uma relação continuativa ou de trato sucessivo. A mutabilidade ou variabilidade do valor da prestação alimentícia, por força das circunstâncias supervenientes que determinaram a mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem a recebe, numa adaptação – que tem de respeitar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade – à nova realidade, é um verdadeiro princípio nessa matéria, encontrado na generalidade dos códigos, daí afirmar-se que a revisibilidade é da essência da obrigação alimentar.”¹²⁷

Reciprocidade

Já a reciprocidade, esta se liga ao fato de que os sujeitos da relação obrigacional não ocupam posição fixa na relação, podendo alternar a condição com que nela ingressem, ora sendo sujeito passivo, e portanto devedor de alimentos – quando sua situação econômica lhe permita -, ora passando à situação de credor, alimentando, na hipótese de já não mais poder prover por si suas necessidades fundamentais.

Por relevante, anota-se o caráter apenas accidental dessa característica da relação obrigacional legal, pois, como afirma ORLANDO GOMES:

“A reciprocidade não é característica fundamental e natural da obrigação alimentar, mas simples elemento accidental, que se apresenta em algumas situações. As obrigações de elementos originários de outras fontes não são recíprocas, senão somente a que deriva da lei com fundamento na existência do laço familiar.”¹²⁸

Lembre-se, ademais, que outras características marcam também a relação obrigacional alimentar sob estudo, dentre elas se destacando : a.-) ***atualidade***; b.-) ***irrepetibilidade***; c.-) ***irrenunciabilidade***; d.-) ***transmissibilidade***; e.-) ***imprescritibilidade***; f.-) ***divisibilidade***; g.-) ***sucessividade***; h.-) ***incompensabilidade***; i.-) ***impenhorabilidade***.

Mesmo em se tratando de trabalho voltado à dimensão da tutela do direito aos alimentos, julga-se oportuno recuperar a memória sobre esses seus atributos peculiares, uma vez inegável sua influência naquela esfera, passando-se, então ao exame de cada qual com a brevidade recomendável.

¹²⁷ VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 17, p. 33.

¹²⁸ GOMES, Orlando. *Direito de família*, cit., p. 414.

Atualidade

Indiscutível que prestações alimentares se prestam ao atendimento de necessidades atuais ou futuras daquele a quem devam ser entregues, sendo inconcebível sua projeção para o passado.

Com efeito, não haveria por que admitir a retroação do vínculo alimentar uma vez condicionada sua constituição a um quadro de necessidades a serem atendidas, no mínimo, a partir de sua eclosão, sendo inadequado fixá-las para período anterior. Por esse motivo, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO apregoava:

“Os alimentos objetivam a satisfação de necessidades atuais ou futuras e não passadas (*in praeteritum non vivetur* ou *nemo vivitur in praeteritum*). Têm eles finalidade prática, a subsistência da pessoa alimentada. Se esta, bem ou mal, logrou sobreviver sem recorrer ao auxílio do alimentante, não pode pretender, desde que se resolveu a impetrá-lo, se lhe concedam alimentos relativos ao passado, já definitivamente transposto. A pensão alimentícia em hipótese alguma poderá ser subministrada para Período anterior à propositura da ação, não se atendendo, portanto, a necessidades passadas.”¹²⁹

A propósito, sobre a relevância desse atributo da prestação – atualidade - basta ver a SÚMULA 309, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, cujo enunciado arreda qualquer possibilidade de manejo da execução de crédito alimentar via constrição da liberdade de locomoção do devedor (CPC art. 733) quando ele se refira a prestações inadimplidas há mais de três meses, contados retroativamente a partir da data da distribuição, circunstância que lhe subtrai o cariz inicial¹³⁰.

E, realmente, pois doutrina e jurisprudência, por via de seu entendimento predominante, tem mesmo acentuado o desaparecimento do caráter alimentar daquelas prestações vencidas que o credor adormecido deixou de executar a tempo e a hora, caso em

¹²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, cit., v. 1, p. 307.

¹³⁰ “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRESTAÇÕES ALIMENTÍCIAS. DÉBITO ATUAL. PRISÃO CIVIL. É admissível a prisão civil do devedora de alimentos quando se trata de dívida atual, correspondente às três últimas prestações anteriores ao ajuizamento da execução, acrescidas das que se vencerem no curso do processo – Súmula 309/STJ. Não constitui o Habeas Corpus remédio adequado para examinar aspectos probatórios acerca da capacidade financeira do alimentante. A solução apenas parcial não afasta a possibilidade de decretar-se a prisão civil do devedora de alimentos. Recurso Improvido.” (RHC 24.415/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 28/10/2008).

que resulta completamente interdita a vereda da execução com vias constritivas mais rígidas (CPC art. 733)¹³¹.

Irrepetibilidade

As prestações alimentícias devidamente entregues pelo devedor não podem ser restituídas, como, aliás, consensualmente a doutrina admite. Fala-se, a propósito do fundamento dessa característica, repousando para alguns no *dever moral*¹³², para outros a quantia despendida a esse título seria naturalmente irrestituível¹³³.

O incontestável, no entanto, é que essa característica deriva do fato de se tratar a prestação alimentar de um bem consumível, sendo então naturalmente inviável sua restituição.

Nesse caminho, aliás, faz boa anotação SAN TIAGO DANTAS:

“Desde o momento em que o juiz reconheceu os alimentos contra determinada pessoa, passam a ser devidos, e pode acontecer que posteriormente, por qualquer outro meio de impugnação legal, o alimentante demonstre que não devia os alimentos, que já os pagou, e pede então que os alimentos lhes sejam restituídos. Deve-se ou não atender? A primeira regra é que o alimentando não deverá restituição alguma de alimentos, a não ser que tenha já obtido a prestação de alimentos de outra pessoa, porque se tomou os alimentos e os consumiu não se pode pretender tenha enriquecido a custa alheia, e, por conseguinte, não está em condições de enriquecimento ilícito, que criaria a obrigação de restituir o consumido.”¹³⁴

Claríssimo, em conseqüência, que a denominada *irrepetibilidade* tem razão de ser localizável em fundamento um tanto mais além das meras aparências, alicerçada, assim, nas funções às quais se destina - responsáveis por sua condição de bem consumível -, tanto quanto pela inviabilidade de sua percepção, salvo situações excepcionais, vir a ferir a regra inserta nas disposições do art. 884, do Código Civil.

¹³¹“(…) E Diana Amato afirma que as prestações vencidas e não pagas durante período prolongado, quando reclamadas *a posteriori*, já não mais exercem função alimentar. Expressiva jurisprudência pactua desse entendimento, na consideração de que os alimentos pretéritos restam assim desqualificados de sua função específica de meio necessário para a sobrevivência do alimentando” (CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 756).

¹³²PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, com suporte em MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*, cit., p. 502.

¹³³MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, cit., v. 1, p. 308.

¹³⁴DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*, cit., p. 338-339.

Nessa premissa, diga-se, é que se pode admitir em *caráter excepcional* a restituição de alimentos quando ferida a regra precitada, solução referendada por doutrina e jurisprudência nas situações das quais se puder extrair conclusão seguríssima sobre a ausência de pressuposto essencial - necessidade, por exemplo – no instante da entrega da prestação¹³⁵.

Irrenunciabilidade

A exemplo da idéia propagada pela SÚMULA 379, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o dispositivo do art. 1.707, do atual Código Civil¹³⁶, tratou de estimar como irrenunciável o direito aos alimentos, malgrado passível de não exercício temporário, mesmo em presença de seus pressupostos.

Justificável, assim, essa disposição do legislador em admitir a consequência natural do caráter de ordem pública do direito aos alimentos, tornando-a necessária e indispensável pelo próprio credor, fenômeno bastante aceitável haja vista tratar-se ele de garantia valiosa do direito à vida, ou a existência, em condições dignas¹³⁷, como já visto anteriormente.

Esse entendimento, entretanto, vem sendo desafiado.

Recente decisão proferida no âmbito do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA deitou por terra a certeza e segurança pretendida pelo legislador em torno dessa matéria, uma vez que deu por ato jurídico perfeito a renúncia realizada por ex-cônjuge ao tempo da separação judicial, sem lhe qualificar como mera abstenção ao exercício do direito aquela sua postura, ficando a ementa do julgado assim lançada:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. Separação judicial. Acordo homologado. Cláusula de renúncia a

¹³⁵“Consideram alguns, levando-se em conta que a exoneração alimentar só pode ser obtida através de ação específica, submetida ao procedimento comum ordinário (sem possibilidade de liminar, conquanto seja autorizada antecipação genérica da tutela jurisdicional, quando presentes robustos requisitos do art. 273, do Código Instrumental), que haveria uma possibilidade, ao menos hipotética, da utilização da proteção reconhecida ao credor para fins nefastos, abusando de seus direitos, o que geraria um enriquecimento sem causa, em detrimento do devedor, que prestaria pensão a quem já não mais precisa.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Direito das famílias*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 497).

¹³⁶“Art. 1.707 – Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.”

¹³⁷“Como consequência desse caráter de ordem pública é comum na legislação dos países cultos a preceituação da irrenunciabilidade dos alimentos (Fernandez, El Derecho de Familia En La Legislación Comparada). O nosso Código Civil prescreve a impossibilidade de renúncia (art. 404), que, assim, se houver, se reputará nula e não produzirá qualquer efeito. Não é possível convenção particular em matéria de alimentos, pois a vontade privada não poderá prevalecer sobre um princípio de ordem pública, que se manifesta pelo superior interesse social, pela incolumidade do indivíduo, pela sua saúde e pela sua vida”. (CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos alimentos no direito de família*, cit., p. 23).

alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. Carência de ação. Ilegitimidade ativa. - A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo. - Deve ser reconhecida a carência da ação, por ilegitimidade ativa do ex-cônjuge para postular em juízo o que anteriormente renunciara expressamente. RECURSO ESPECIAL conhecido e provido. (REsp 701.902/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2005, DJ 03/10/2005 p. 249)”

O ponto nodal, pois, diz com os alimentos no casamento e na união estável, relações nas quais cônjuges e companheiros não são reconhecidos como parentes, de tal modo que ao cabo da relação, extinta a sociedade conjugal ou a convivência, nada mais justificaria a subordinação de um em relação ao outro, sejam quais forem os motivos.

Há, em verdade, uma cultural – e contemporânea - aversão à dependência econômica entre ex-cônjuges ou companheiros, acobertada pelo pretexto da igualdade jurídica entre homens e mulheres na fase pós-Constituição de 1.988, entendida como razão suficiente para o afastamento definitivo do direito aos alimentos quando do término da vida em comum, crendo-se, ademais, na natureza particular deles nesses casos, circunscrita a uma suposta função indenizatória¹³⁸.

Além do exposto, aferram-se seus defensores à idéia de que a obrigação alimentar entre casais deriva do dever de sustento, que deveria ser compreendido como extinto ante a renúncia expressa, dado que a igualdade material entre os cônjuges, a inserção da mulher no mercado de trabalho, sua farta possibilidade de independência econômica recomendariam o tratamento consentâneo com essa realidade, já porque ausente qualquer razão para sua indisponibilidade.

Sobre isso, a propósito, não se vêem motivos para discordâncias no tocante à reformulação dos caminhos de homens e mulheres na sociedade atual, sob muitos aspectos igualitária, conquanto sob o ponto de vista dos rendimentos femininos, forçoso reconhecer, ainda existam, por exemplo, desníveis acentuados em função da situação de gênero.

Todavia, ainda uma questão se impõe: sendo alicerçados os alimentos na tutela da existência digna, assim como na solidariedade familiar, seria sustentável o fundamento do

¹³⁸COLTRO, Antonio Carlos Mathias. A separação judicial e a renúncia aos alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 61. Em sentido assemelhado: PEREIRA, Sergio Gischkow. *Direito de família*, cit., p. 174.

acórdão motivador dessa polêmica, e há pouco citado?

Como se lobriga, as dúvidas ainda encontram um terreno fértil à sua espera, sendo pouco provável tecnicamente que se possa imaginar a inexistência de qualquer situação de fundo, calcada na solidariedade ou na tutela da dignidade humana, com substância suficiente para o afastamento das possibilidades da constituição do vínculo alimentar.

Transmissibilidade

Outra característica da relação obrigacional alimentar é sua transmissibilidade aos herdeiros do falecido, em consonância com as disposições do art. 1.700¹³⁹, do Código Civil, que a determina de um modo geral, com o fito de evitar solução de continuidade na entrega das prestações ao alimentário.

Considerado o alcance da regra, o encargo alimentar vincula os herdeiros do alimentante falecido, sendo-lhes imposta na proporção dos respectivos quinhões o dever de responder pelas prestações vencidas e por se vencer após a morte do alimentante¹⁴⁰.

Essa exegese da norma codificada foi a que prevaleceu, contrariando posicionamentos recalcitrantes no sentido de apenas se ter permitido a comunicação da dívida alimentar remanescente aos herdeiros¹⁴¹.

Os combatentes da situação instalada pela disposição em referência a atacam fincados na percepção do cunho personalíssimo da obrigação alimentar, realçando, sobretudo, as possibilidades - reputadas incongruentes - de sua literal aplicação, tais como a de sobrinhos terem de prestar alimentos ao tio, caso o autor da herança pensionasse o irmão, ferindo assim os limites relativos à imposição do encargo decorrentes do dispositivo do art. 1.697, do Código Civil¹⁴².

As críticas, ademais, decorrem também do fato de os beneficiários da regra estabelecida poderem ostentar a condição de herdeiros do autor da herança, já por isso aquinhoados por deixas ou quinhões idôneos no tocante à garantia de sua subsistência em

¹³⁹“Art. 1700 – A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694. “

¹⁴⁰cf. PEREIRA, Sergio Gischkow. *Direito de família*, cit., p. 166-167.

¹⁴¹“A obrigação alimentar é intransmissível, sem embargo de responderem os herdeiros pelos débitos existentes à época da morte do alimentante. Tal transmissão é do passivo, e não de alimentos, nem mesmo entre cônjuges. Não se trata, portanto de um exceção à regra da intransmissibilidade.” (FACHIN, Luis Edson. *Direito de família: elementos críticos à Luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 291).

¹⁴²Cf. VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*, cit., p. 37.

condições dignas ou, quando parentes dos sucessores, reunirem condições de lhes pleitear alimentos diretamente¹⁴³, tal como se extraia de entendimento jurisprudencial predominante à época da entrada em vigor do Código Civil de 2.002, realizado a partir da norma do art. 23, da Lei Federal 6.515/73, de teor assemelhado.

Todavia, a despeito de seu bom propósito técnico, esses questionamentos ou divergências parecem endereçar mal tanto a questão quanto as respectivas melhores soluções, descuidando-se de ponto fulcral que, ao quando é dado perceber, não escapou à análise criteriosa da sempre atenta MARIA HELENA DINIZ, para quem sem abrir mão do caráter personalíssimo da obrigação alimentar, pondera:

“É transmissível a obrigação alimentar, pois o art. 1.700 (c.c. art. 1.694; RT, 729:233, 717:133, 616:177) do Código Civil prescreve que o credor de alimentos (parente, cônjuge ou companheiro) pode reclamá-los de quem estiver obrigado a pagá-los, podendo exigi-los dos herdeiros do devedor se este falecer, porque a estes se transmite o dever de cumprir a obrigação alimentar, passando, assim, os alimentos a ser considerados como dívida do falecido, cabendo aos seus herdeiros a solução até as forças da herança (CC art. 1.792, c.c. os arts. 1.821, c.c. 1.997), no limite do quinhão que a cada um deles couber. Logo, se inexistir herança inviolável será a transmissão da obrigação alimentar (TJMG, 3ª Câ., AP. Civ. 10000.00251.143.4-000, Rel. Des. Lucas S.V. Gomes, j. 1º-03.2002). Com isso o alimentário tem o direito de exigir a prestação alimentícia dos herdeiros do antigo devedor, consignando-se então uma exceção ao caráter personalíssimo da obrigação alimentar? Parece-nos que não, pois a dívida alimentar continuará sendo do *de cujus*, visto que o espólio por ela responderá. Trata-se, na verdade, de débito do espólio em razão do art. 1.792, do Código Civil. Os herdeiros não são devedores; só têm a responsabilidade pelo pagamento da dívida alimentícia, exigível até o valor da herança.”¹⁴⁴

No tocante ao mais, ou seja, no quanto diz respeito às questões suscitadas em torno da exclusão de parentes herdeiros desse benefício, ou no tocante à profilaxia quanto à virtuais situações incoerentes, como aquela de sucessores não normalmente obrigados terem de assumir responsabilidades inerentes ao encargo alimentar, a mesma autora, com a sensibilidade de sempre, questiona com razão as resultantes dos raciocínios normalmente realizados a respeito, enfatizando a urgência de soluções mais justas, no caso vinculadas à maior urgência, ou seja, a de não se permitir condições indignas de subsistência do alimentário – ainda que sucessor – ao longo do procedimento de liquidação da herança,

¹⁴³SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.850.

¹⁴⁴DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v. 5, p. 545.

objetivo que deve sobrepujar qualquer outro para se dar inteira efetividade à norma e suas finalidades¹⁴⁵.

Quanto a isso, por sinal, seu entendimento parece triunfar sobre os demais, havendo já recente decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA por via da qual se assegurou a herdeiro, na pendência de inventário, o direito aos alimentos, impondo-se ao espólio a obrigação de entregar as parcelas vincendas e por vencer ao longo de seu transcurso, a saber:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – REFORMA DO JULGADO - ESPÓLIO - OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS APÓS A MORTE DO ALIMENTANTE - RECURSO IMPROVIDO.

1. O espólio deve prestar alimentos àquele a quem o *de cujus* devia, mesmo quando vencidos após a sua morte.
2. O alimentando é presumível herdeiro e, por isso, deve ser mantida a obrigação a fim de suprir sua subsistência no decorrer do processo.
3. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.040.969 - RJ - 2008/0086435-0 – Rel. Min. MASSAMI UYEDA – 3ª Turma – em 23.09.2008)

Em suma, não restam incertezas quando à transmissão das responsabilidades pelas prestações relativas à dívida alimentar do autor da herança aos seus sucessores, mesmo os herdeiros, com a observação de que a disciplina legal da matéria não a permite se não nas hipóteses da prévia constituição do vínculo obrigacional, respeitados, ainda os parâmetros do art. 1.792, do Código Civil¹⁴⁶.

¹⁴⁵DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, cit., v. 5, p. 546.

¹⁴⁶“Assim, a sempre lembrada *lógica do razoável* recomenda algumas pontuações: Primo, quando o novel legislador determina que *a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor na forma do art. 1.694* (art. 1.700) parece-nos que teve em vista a transmissão da obrigação de prestar alimentos já estabelecidos, mediante convenção ou decisão judicial, reconhecidos como de efetiva obrigação do devedor quando verificado seu falecimento; quando muito poderia estar compreendida nessa obrigação se, ao falecer o devedor já existisse demanda visando o pagamento de pensão. (...) E, secundo, embora diferente do que consta do art. 23, in fine, da Lei do Divórcio (remissão ao art. 1.796 do Código então em vigor), é certo que o art. 1.587 do Código revogado, segundo o qual *o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança*, ainda que incumbindo-lhe a prova do excesso, foi literalmente reproduzido pelo art. 1.792 do novo Código, de tal modo que a obrigação de pagamento da pensão alimentícia devida aos parentes ou cônjuge do falecido não se dimensiona *na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada* (art. 1.694, § 1º, a que faz remissão o art. 1.700), mas encontra seu limite natural nas forças da herança e do quinhão hereditário que couber ao sucessor.” (CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 79).

Imprescritibilidade

A pretensão alimentar, dada sua natureza específica, não é atingida pela possibilidade de prescrição, mas essa indenidade à extinção do direito se restringe a ela, não alcançando a pretensão executória, no quanto concerne a prestações alimentares vencidas, nos exatos termos da disposição do art. 206, § 2º, do Código Civil.

Divisibilidade

O dispositivo do art. 1.698, do Código Civil, veio consagrar posição já assentada no sentido de se configurar a obrigação alimentar como divisível, podendo ser imposta a diversos co-devedores, responsabilizados nesse caso – cada qual – por uma específica quota-parte, proporcional à sua condição econômica.

Como se afirmou, tradicionalmente a opinião sobre a divisibilidade da obrigação alimentar se fazia presente, independentemente de previsão legal, esclarecendo bem seus fundamentos JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ:

“A obrigação da prestar alimentos nem é solidária, nem é indivisível. Antigos autores, como Pothier, reputavam solidária a obrigação alimentar, mas hoje a doutrina e a jurisprudência francesas já se firmaram no sentido contrário, considerando-a não solidária e divisível, tendo em vista que a solidariedade não se presume, tendo que resultar de um texto de lei ou de convenção das partes e que o objeto da obrigação de alimentos – uma quantia em dinheiro – é essencialmente divisível (*Josserand, cit., pg. 329*)”¹⁴⁷.

Sendo assim, vale a pena assinalar que apenas duas questões ainda comportam alguma discussão, a primeira sobre a possibilidade de chamada dos co-responsáveis para a composição da lide, aspecto sobre qual, ao menos pela rama, é possível enxergar hipótese de litisconsórcio passivo facultativo, sem definição exata do modelo de intervenção de terceiros, dada que *sui generis*, dizendo respeito a segunda a problema de direito material nascido da edição do Estatuto do Idoso pela Lei Federal nº 10.741/03.

Em verdade, o problema aí diz com a inovação feita pelo legislador ao consagrar a *solidariedade passiva* como um dos atributos da obrigação alimentar em que o idoso seja o credor (Estatuto do Idoso, art. 12), oferecendo-lhe, assim, um *plus* consistente em matéria de garantias, porém com um saldo jurídico perigoso.

¹⁴⁷CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos alimentos no direito de família*, cit., p. 31-32.

Realmente, o aspecto que se pretende ferir diz respeito à desarrazoada violação ao princípio da isonomia, conquanto se deva reconhecer a peculiaridade dos beneficiários da norma sob análise, aliás, por isso mesmo sendo dotados de uma prioridade absoluta no relativo à proteção integral de suas necessidades, segundo os termos das disposições de seus arts. 2º e 3º, ora colacionados:

“Art. 2º - O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei, ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades para a preservação de sua saúde física ou mental, e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º - É obrigação da família, da comunidade, da sociedade, e do Poder Público, assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

A polêmica, aliás, se abre na comparação com a situação jurídica de sujeitos de idêntica qualificação, como a criança e o adolescente, por exemplo, também cercados pelas garantias da proteção integral e prioridade absoluta, em seu caso diretamente lançadas no texto constitucional, como é possível vislumbrar à simples leitura do disposto no art. 227, da Carta :

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Sabido que a solidariedade passiva se apresenta como¹⁴⁸ uma garantia, uma vez certo que em seu caso a pluralidade de sujeitos passivos não afasta a unidade de vínculo, e daí sua extinção via pagamento da dívida por inteiro por qualquer deles, vem a interrogação sobre os motivos considerados pelo legislador para promover a desequiparação entre duas realidades tão idênticas.

Ao se recensar as possíveis causas do privilégio oportunizado aos idosos não se localiza uma só razão plausível, o que vem alentando o surgimento de propostas de

¹⁴⁸DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, p. 278; DELGADO, Régis, Mário Luis. *Código Civil comentado*. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 248.

extensão da garantia legal a outros sujeitos, injustiçados, de fato, pelo indevido alijamento estabelecido pela norma estatutária.

Nesse sentido, a propósito, consigna SERGIO GISCHKOW PEREIRA:

“Grandes discussões e tumultos surgirão em face do art. 12 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 1º.10.03), que, em favor dos idosos, impôs que a obrigação alimentar é solidária. Essa solidariedade contraria tudo o que até hoje se entendeu, ou seja, que a obrigação alimentar não é solidária. Penso que não há necessidade dessa solidariedade, pois o tradicional binômio recursos-necessidade tudo resolve: mesmo sem solidariedade, sempre se decidiu que, acionado alguém que tivesse os recursos suficientes, pagaria tudo o que necessitasse o autor da ação de alimentos! (...) Desde quando os idosos precisam mais de alimentos do que uma criança ou de que um homem de trinta anos completamente incapacitado para o trabalho? É uma contradição valorativo insuportável para o sistema jurídico. Digo mais, se aceita a solidariedade da obrigação alimentar, terá de ser para todos quantos necessitem de alimentos; se não se chegar a tanto, que, pelo menos, repito e insisto, se aplique para todos os casos de grave necessidade.”¹⁴⁹

A bem da verdade, tal posicionamento merece o endosso, pois não se compreende por que as crianças e jovens, os quais - é necessário convir - respondem por parcela considerável das demandas judiciais alimentares, e além disso gozam da condição de sujeitos em condição peculiar desde o texto constitucional, possam ter sido excluídos da possibilidade de gozo dessa faculdade, parecendo justificável que em nome do primado da isonomia venham a se beneficiar igualmente da solidariedade passiva quando credores de prestação alimentar¹⁵⁰.

Sucessividade

A leitura dos dispositivos dos arts. 1.696 e 1.697 indicam, sim, a existência de uma ordem sucessiva a ser respeitada quando à imputação do encargo alimentar, retirando-se do credor o direito à livre escolha sobre a pessoa do potencial devedor¹⁵¹.

¹⁴⁹ PEREIRA, Sergio Gischkow. *Direito de família*, cit., p. 177.

¹⁵⁰ Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 409.

¹⁵¹ “A alimentar alcança todos os ascendentes, recaindo nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Como diz Yussef Cahali, há uma ordem sucessiva ao chamamento à responsabilidade de prestar alimentos. De forma que quem necessitar de alimentos deverá pedi-los primeiramente ao pai, ou à mãe (RT 490:108); na falta (morte, incapacidade, invalidez) ou impossibilidade (péssima condição econômica) destes, aos avós paternos ou maternos...” (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, cit., p. 1.176.

Incompensabilidade

O crédito alimentar, malgrado se refira a prestação representada por quantia em dinheiro, não fica sujeito à compensação, regra exposta no dispositivo do art. 1.707, do Código Civil, assim se determinando haja vista sua natureza peculiar, extraída, por óbvio, de suas finalidades.

Essa diretriz, vale dizer, é nota particular do direito pátrio, e isso desde as Ordenações Filipinas¹⁵², que já obstruía a possibilidade de encontro de contas em relação ao crédito alimentar, até para reforçar as garantias de uma existência condigna do alimentário.

Embora se propale, à vista da circunstancialidade de alguns casos concretos, a necessidade de se flexibilizar a diretriz sob análise, ainda há fortes resistências provenientes de certos setores da doutrina, que nutrem ferrenho sentimento de oposição a qualquer abertura extravagante aos seus termos¹⁵³.

Mesmo assim ainda há de se reconhecer uma tendência ao entendimento que restringe o alcance da proibição, notadamente em algumas hipóteses específicas onde restaria sem sentido, e contra o critério da razoabilidade, admiti-la.

Impenhorabilidade

A destinação do crédito alimentar, realmente, o lança para fora do círculo dos bens alcançáveis por virtuais credores do alimentando, naturalmente ficando ele inserido no contexto do patrimônio mínimo, indispensável à guarnição de suas necessidades fundamentais.

De resto, há de ser lembrada, para finalizar, outra característica.

O direito aos alimentos se submete a um regime jurídico específico, como já visto, notabilizando-se por ser *personalíssimo*, titularizando-o, assim, apenas aquele que em

¹⁵²Cf. CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 86.

¹⁵³“A solução é justificável. Destinados à preservação da integridade do credor, não se pode admitir a compensação de sua manutenção com outros direitos. Desenvolvendo a idéia, Maurício Fabiano Mortari defende que não pode haver compensação nem mesmo *quando a obrigação deveria ser paga em dinheiro e o devedor entrega gêneros alimentícios, paga a mensalidade escolar, consulta médica etc.*, pois tal proceder constitui *mera liberalidade de sua parte, por isso mesmo não tem o condão de quitar o débito nem total, nem parcialmente.*” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 609).

razão da relação parental ou da condição de cônjuge ou companheiro, aspecto em razão do qual ele se torna insuscetível de cessão¹⁵⁴, ou *incessível*.

1.5. Espécies de Alimentos

A prestação alimentar não tem ordinariamente o mesmo conteúdo em toda e qualquer situação, assim como é igualmente verdadeiro que a julgar pela fonte de sua emanção se torna possível estabelecer distinções importantes, tanto quanto se dá se apreciadas a partir das respectivas finalidades.

Por isso, classificam-se as obrigações alimentares a partir de diversos critérios, produzindo-se tecnicamente modelos de obrigação distintos em suas especificidades, a depender do ponto de partida a partir do qual sejam avaliadas.

Inventariar as espécies de alimentos a partir de seus respectivos critérios se faz necessário, pois suas peculiaridades repercutem, sim, no tocante à tutela indispensável ao direito em causa.

Alimentos Naturais e Civis

Essa distinção pode ser invocada quando se vislumbra a obrigação alimentar sob o enfoque da finalidade da prestação entregue ao alimentando, o que em cada caso repercutirá na extensão das necessidades a serem cobertas pela prestação respectiva, como sabido.

No que concerne, por exemplo, aos denominados *alimentos civis*, são eles o que se destinam não só ao provimento do necessário para a manutenção de necessidades básicas do alimentando, mas também devem se voltar à manutenção da sua condição social, para preservar – lhe o status, na exata dimensão do quanto prescreve o art. 1.694 do Código Civil¹⁵⁵.

¹⁵⁴CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA leciona: “O crédito alimentar é inseparável da pessoa. Não pode ser cedido a outrem. Tratando-se de crédito incessível, a transferência acaso realizada não é somente inoponível a terceiros, como inválida entre as partes.” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 501).

¹⁵⁵PONTES DE MIRANDA assim conceituava os alimentos civis: “..os que se taxam segundo os haveres do alimentante e a qualidade e condições do alimentando.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*, cit., p. 197).

Se objetivarem, porém, à mera manutenção das necessidades básicas do alimentando, são designados *alimentos naturais*¹⁵⁶, correspondendo, assim àqueles que visam a socorrê-lo no que puder ser considerado como parte das necessidades básicas¹⁵⁷, tais como aquelas arroladas pelo art. 1920 do Código Civil.

Disseca-os bem LUIS EDSON FACHIN:

“Quanto à extensão os alimentos podem ser *necessarium vitae* e *necessarium personae*. Os primeiros, também denominados alimentos naturais, são aqueles no seu sentido mais estrito, ou seja, verdadeiramente destinados a suprir necessidades vitais, como alimentação, habitação, vestuário. Alimentos do primeiro quadrante: morada, saúde, nutrição propriamente dita.

Os alimentos *necessarium personae*, impropriamente qualificados como alimentos intelectuais, são alimentos civis para atender às necessidades de natureza intelectual e formação moral e pessoal, compreendendo a educação e todas as circunstâncias que estão ligadas ao desenvolvimento normal da pessoa.”¹⁵⁸

Essa especificação, embora de uso corrente entre manualistas e monografistas, nunca se estabeleceu pacificamente, porque se origina de uma concepção atentatória a postulados indispensáveis, sinalizando uma distinção de necessidades pessoais em permanente conflagração com o princípio da isonomia e o da dignidade humana.

Por isso já se indagou alhures se seria concebível uma prestação alimentar na qual não coubesse fatia voltada à educação e formação pessoal, justamente por ser tal fator inerente à própria idéia de auxílio alimentar.

Contemporaneamente, pois, urge considerar esse escalonamento entre hipóteses de alimentos em função dos fatores assinalados, mesmo porque já se vislumbram reflexos negativos dessa situação na própria legislação codificada, em face dos quais os naturais passaram a ser associados à forma de sanção civil.

O que se pretende revelar é o mal estar localizado hoje nas disposições do art. 1.694, § 2º, disposição na qual se colhe que o alimentário culpado pela própria necessidade (como se fosse aferir responsabilidade culposa nisso) terá seu pensionamento limitado ao indispensável à sua subsistência, situação também apontada pelo dispositivo do art. 1.704,

¹⁵⁶ ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 903.

¹⁵⁷ MADALENO, Rolf. Execução de alimentos e cumprimento de sentença. : _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 243.

¹⁵⁸ FACHIN, Luis Edson. *Direito de família: elementos críticos à Luz do novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 293.

§ único, concernente à hipótese na qual o cônjuge culpado - pela separação-, impossibilitado de qualquer atividade laborativa e sem parentes em condições de lhe aportar qualquer recurso, for em busca do apoio material do ex-consorte.

O *punctum saliens*, claro, se situa justamente na dimensão de se saber como um direito de expressão tão significativa, já por se estabelecer como uma garantia de existência digna, pode ser reduzido a um mínimo, do qual se subtrairia a parcela voltada ao atendimento do lado espiritual da vida, por assim dizer, ou seja, a educação, a formação moral pessoal, sem a qual há mera subsistência, vazia de seu sentido mais relevante.

Note-se que assim sendo talvez seja caso de suspeitar da própria constitucionalidade dos dispositivos que consagram essa distinção, frente ao atentado aos primados da isonomia e dignidade humana (CF arts. 1º, III e 5º, caput), tanto quando se dá nos dispositivos da legislação civil que limita indevidamente o direito a uma existência digna em função do fator culpa, para cuja aferição faltam critérios objetivos, até pela impossibilidade de instituí-los¹⁵⁹.

Alimentos Legítimos, Voluntários ou Indenizativos

Trata-se de classificação estabelecida à vista da fonte constitutiva da obrigação, sendo por isso mesmo correto assinalar que os alimentos legítimos são aqueles provenientes da lei, como se dá em relação aos nascidos de relações tipicamente familiares, postos, em princípio, em virtude das determinações da lei.

Os alimentos voluntários, ou *deixados*, são os que se institui por deliberação da vontade unilateral do alimentante, ou pela via de negócio jurídico.

Já os denominados alimentos indenizativos¹⁶⁰ provêm de obrigação de indenizar, em consonância com o quando dispõe o art. 948, II do Código Civil, fugindo por isso à origem nas relações familiares.

¹⁵⁹“O art. 1.704, do Código Civil assegura alimentos apenas indispensáveis à sobrevivência, se o cônjuge alimentário for declarado culpado pela separação, em curiosa restrição de direitos, quando o usual seria afastar a pesquisa da causa na demanda oficial de separação judicial, exatamente ante a tendência jurisprudencial e doutrinária de afastar a pesquisa causal nas demandas separatórias e alimentícias. Notadamente quando a culpa já perdeu qualquer função e efeito na separação judicial, para fazer prevalecer critérios superiores, com valores provenientes da dignidade pessoal dos cônjuges, para consorte poder buscar a separação sem precisar provar qualquer causa ligada à culpa do cônjuge demandado.” (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, cit., p. 637).

¹⁶⁰ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 909.

Sobre esse tópico a discussão essencial a ser feita se refere ao tratamento jurídico dispensável aos *alimentos voluntários* e aos *indenizativos*, uma vez que estes têm como substrato relação jurídica de outro gênero, como esclarece PONTES DE MIRANDA:

“Legítimos são os alimentos que se devem por direito de sangue (*iure sanguinis*), ou parentesco; e *deixados*, ou *prometidos*, ou *obrigacionais*, os que se prestam em virtude de disposições testamentárias, ou de convenção. Só os alimentos *legítimos*, assim chamados *ex dispositive juris*, constituem capítulo do direito de família; os convencionais, ou obrigacionais ou prometidos e os legados pertencem ao direito das obrigações e ao direito das sucessões, onde se regulam o negócio jurídico que lhe serve de fundamento.”¹⁶¹

Essa visão sobre a distinção a ser feita a partir da fonte de onde emanam os alimentos carece, realmente, de uma visão mais contemporânea, estando assentada em critérios técnicos que redundaram – como esperado – numa depreciação injustificável dos alimentos indenizativos e voluntários frente aos legítimos, à mostra, principalmente, no campo da tutela judicial oferecida e uns e a outros.

Respeitada uma ótica consagrada ao razoável, não haveria porque negar a peculiaridade de cada qual em razão de sua origem, ao mesmo tempo em que, por outro lado, esse dado é insatisfatório no quanto diz respeito à negação da plena identidade de essência - ou finalidade - entre as três espécies, aspecto indubitavelmente mais relevante qualquer que seja a abordagem.

Desse ponto de vista, nenhum argumento de peso justifica o alijamento das possibilidades instrumentais concedidas para a tutela judicial dos alimentos legítimos em relação àqueles das demais espécies ora sob exame, conclusão naturalmente dedutível a partir da perspectiva do alimentário, cujas necessidades, em qualquer das três hipóteses, não se diferencia seja em extensão ou em intensidade.

Por isso esse assunto tem sido pautado por processualistas apegados às premissas postas pelo efetivo acesso à justiça, ao devido processo e ao justo processo, valendo colacionar, a propósito, a sempre valiosa opinião de LUIZ GUILHERME MARINONI E SERGIO CRUZ ARENHART:

“Diz-se com frequência que os alimentos indenizativos não possuem verdadeira natureza alimentar, não se lhes aplicando, por conseguinte, o regime de técnicas processuais típico das prestações alimentícias. Com efeito, afirma-se que estes alimentos possuem mecanismo próprio de

¹⁶¹MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*, cit., v. 3, p. 198.

proteção judicial, consistente no primitivo art. 602, do CPC (hoje substituído pelo art. 475-Q), de modo que dispensaria instrumentos coercitivos e substitutivos previstos para execução dos alimentos legítimos.

Também não se justifica a consequência que se tenta tirar dessa distinção entre os alimentos. A tutela diferenciada dada aos alimentos decorre da urgência em sua percepção. Em razão da natureza própria dessa verba, quem dela necessita o faz porque não tem condições de se manter por suas próprias forças. Sem esse montante, corre-se o risco de abandonar o credor ao relento, faltando-lhe o mínimo imprescindível à satisfação de uma vida digna. Ora, essa constatação não se reduz aos casos de alimentos devidos em razão do vínculo de parentesco ou de casamento. Ao contrário, essa característica subsiste em todas as formas de alimentos, de modo que todas impõem resposta efetiva e tempestiva da jurisdição.”¹⁶²

Eis então boas razões para se remodelar a visão que ainda hoje prevalece sobre a matéria, a fim de conciliá-la com as diretrizes maiores do sistema.

Alimentos Futuros e Alimentos Pretéritos

Essa especificação se realiza por instância de um critério puramente processual, e com a preocupação voltada ao termo inicial do vínculo obrigacional, critério a partir do qual se denominam *alimentos futuros* aqueles devotados à cobertura das necessidades do alimentando desde a data do trânsito em julgado da sentença ou da data da composição entre as partes.

Ao contrário, os *alimentos pretéritos* são os instituídos em data anterior à execução, e bem assim acumulados, contrariando a diretriz do *in preteritum non vivitur*, já porque somente de maneira excepcional se abre a possibilidade da cobrança de alimentos a partir de momento longínquo no passado¹⁶³.

Alimentos Definitivos, Provisórios e Provisionais

Os *alimentos definitivos* são os apoiados em decisão já passada em julgado – malgrado sujeita a revisão –, ou em termo que retrate composição amigável entre alimentante e alimentando.

¹⁶²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Execução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 374-375.

¹⁶³Cf. CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 97.

Os alimentos *provisórios* são os previstos no dispositivo do art. 4º da Lei Federal nº 5478/68, correspondendo à antecipação, via tutela executiva mandamental¹⁶⁴, do direito a ser assegurado ao final por intermédio da decisão definitiva, servindo ao propósito de desde logo conceder satisfação às necessidades ao alimentando no curso da demanda.

Diferentemente, no entanto, os denominados *alimentos provisionais* são aqueles que constituem meio de provisão do sustento pessoal do demandante no curso da lide, propiciando-lhe, ainda, recursos para as despesas do processo¹⁶⁵, deferidos à guisa de tutela cautelar *ad litem*, cabível independentemente de demonstração prévia da situação de família capaz de originar a obrigação.

São, por conseguinte, alimentos de natureza diversa, embora se prestem a uma finalidade semelhante.¹⁶⁶

Alimentos Compensatórios

A doutrina registra essa espécie de obrigação alimentar, peculiarizada por seu desiderato, uma vez voltada apenas à compensação do súbito desequilíbrio econômico-patrimonial gerado pela separação ou divórcio.

Sua estipulação, normalmente negocial, visa ao objetivo específico relatado, o que fará desses alimentos um instrumento apenas temporário, dedicado à superação de uma sazonal circunstância econômica desfavorável.

Nessa perspectiva, leciona ROLF MADALENO:

“*Jorge O. Azpiri* define a pensão compensatória como uma prestação periódica em dinheiro, efetuada por um cônjuge em favor do outro na ocasião da separação ou do divórcio vincular, onde se produziu um desequilíbrio econômico em comparação com o estilo de vida

¹⁶⁴CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA assim se manifesta a respeito: “...a tutela diferenciada da Lei nº 5478/68 possui feição nitidamente executiva na medida em que é concedida apenas a quem disponha de prova da relação de parentesco ou da obrigação de alimentar do devedor (art. 2º da Lei Especial), devendo o órgão judicial já no despacho inicial fixar os alimentos sem maiores indagações (segundo o art. 4º da Lei Especial o juiz somente não o fará se o credor declarar que deles não necessita.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 86).

¹⁶⁵NELSON NERY JR. E ROSA MARIA DE ANDRADE NERY assim conceituam os provisionais: “Diferentemente dos alimentos provisórios, da LA art. 4º, os alimentos provisionais podem ser pedidos por quem não tem prova constituída de sua qualidade de credor. A cautelar será concedida provisoriamente (CPC art. 854, § ún.) e, ou, definitivamente, em virtude das provas do *periculum in mora* e *fumus boni juris* demonstradas pelo requerente.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 1139).

¹⁶⁶Registra-se, no entanto, posição contrária, no sentido de igualar em substância as duas situações (cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 438-439; PEREIRA, Sergio Gischkow. *Ação de alimentos*. 4. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 83).

experimentado durante a convivência matrimonial, compensando desse modo a disparidade social e econômica com a qual se depara o alimentando em função da separação, comprometendo suas obrigações materiais, seu estilo de vida e sua subsistência pessoal.”¹⁶⁷

Segundo se colhe, tal modalidade de pensionamento decorre de uma virtual tentativa de compensar o dever de socorro inerente ao casamento - e também à união estável -, propiciando assim o asseguramento da manutenção das condições sociais desfrutadas pelo ex-consorte, afetadas pelo rompimento da sociedade conjugal ou da vida comum.

Três observações carecem de consignação.

Inicialmente, impossível deixar de ver que talvez essa modalidade de obrigação alimentar se torne desnecessária na ordem jurídica brasileira, uma vez que a parentalidade, o casamento ou a união estável geram em regra o direito aos alimentos civis, propícios, em tudo, à satisfação da manutenção do nível econômico de vida do separado ou divorciado.

Para além disso, nota-se a ausência de fundamento jurídico plausível para sua imposição, descartado que deve ser o relativo à virtual compensação pelo dever de assistência, em tese extinto pela dissolução da sociedade conjugal, quando em verdade a subsistência dessa obrigação pessoal recíproca atravessa o seu término, respaldando, inclusive, a obrigação alimentar no instante pós-separação.

E em arremate, vale observar que sendo compensatória a verba, o caráter a lhe ser emprestado é o de verba reparatória, alicerçada no intuito de reparar virtual dano, o que lhe despe da condição de alimentos legítimos, uma vez incorrente fato gerador da obrigação legal de ressarcimento, sendo prudente incluí-la, se tanto, no rol das obrigações alimentares voluntárias.

Alimentos Transitórios

Fala-se, ainda, em modalidade relativamente nova de alimentos, ou seja, os transitórios, aqueles a serem deferidos apenas por certo período, normalmente quando o beneficiário reúna condições de em algum tempo lograr o próprio sustento.

¹⁶⁷MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, cit., p. 725.

Usualmente essa modalidade de relação obrigacional alimentar se instala entre ex-cônjuges ou companheiros, ou mesmo no atendimento de necessidades de filho maior etc., admitindo a doutrina que sua virtude seria a de evitar que o alimentário permaneça impassível frente à conjuntural necessidade de apoio alimentar eternizando assim a relação de dependência¹⁶⁸.

Acórdão citado pela doutrina e relativo à matéria é esclarecedor, sobretudo pela objetividade da exposição do dono do voto condutor, SERGIO GISCHKOW PEREIRA, que em parte ora se transcreve:

“(...) estou batizando de alimentos transitórios, que seriam alimentos a serem pagos durante um período fixado nos casos em que, em princípio, não seria de haver alimentos, mas que, emergencialmente, eles se tornam necessários...O fato é que a lei não proíbe que isso ocorra. Em muitos casos é imprescindível. O exemplo mais característico é o de uma moça que se casasse aos 18 anos e se separasse aos 19 anos. Ninguém cogitaria de que ela devesse ter alimentos, porque ela viveria dos 19 aos 90 anos sendo sustentada pelo marido! Claro que ela tem de ir trabalhar para se sustentar. Só que ela não vai conseguir emprego em uma semana, nem em um mês. Haveria de se conceder um prazo, por exemplo, de seis meses, durante o qual o emprego pudesse ser conseguido e os alimentos seriam pagos somente durante esse período....Já me objetaram o seguinte: por que fazer essa construção, o binômio necessidade-recursos não resolveria? Haveria necessidade de pôr um prazo? Por que não simplesmente conceder alimentos e deixar que depois o alimentante reaja? Acontece que aí pode haver – pelo menos em termos de lógica formal – um impasse, porque a mulher pode não arrumar emprego - e exemplo fornecido – ficar quieta. Aí vem o homem com uma ação de exoneração e ela alega *não houve mudança de estado algum. Não se alteraram as minhas necessidades, porque não estou empregada*. Assim os alimentos começam a se prolongar. Se tomarmos em termos estritamente lógico-formais o binômio necessidade-recursos, a necessidade prosseguiria, e ela nunca iria trabalhar, sempre alegando que precisa.” (TJRS – 8ª Câm Cível – Ag.Reg. 596028183, 14.03.96)¹⁶⁹.

Trata-se, pois, de inovação em matéria de obrigação alimentar, e, a julgar pelos fundamentos, produto de uma certa arrogância intelectual de todo ociosa, fundada, sobretudo, em preconceito de gênero ou categoria social, por sua vez alimentada pela inusitada presunção de má-fé do alimentário, em tudo contrária às diretivas de um sistema em que tal possibilidade inexistente.

À base da questão se encontra – sem surpresa alguma – o mal estar dos alimentos entre cônjuges e companheiros, questionados e questionáveis na atualidade ante a ascensão

¹⁶⁸Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENWALD, Nelson. *Direito das famílias*, cit., p. 643.

¹⁶⁹Idem.

sócio-econômica da mulher, uma vez que cada vez menos mulheres carecem de apoio dos respectivos ex-cônjuges ou ex-companheiros, fator a ser posto em discussão na arena adequada, mas insuficiente para estabelecer um desvirtuamento – nega-se aqui qualquer idéia de aperfeiçoamento – de um instituto jurídico que prescinde dessa espécie de reforma.

Para se concluir de igual maneira basta ter presente o postulado da boa-fé objetiva, introduzido no sistema com repercussões ainda mais acentuada desde a entrada em vigor do atual Código Civil, cujo alcance abarca a obrigação alimentar, sendo suficientemente eficaz contra o virtual abuso de direito (CC art. 187) por meio de sua sofisticada malha de proteção.

Com isso, a abulia do alimentário seria passível de enfrentamento com base no descumprimento dos deveres implícitos, notadamente o relativo à lealdade e colaboração, nada impedindo em caso de sua afirmação a tutela liminar do direito à exoneração, sem necessidade da infringência de qualquer diretiva fundamental do ordenamento para a conquista desse objetivo.

Alimentos Intuitu Personae e Intuitu Familiae

Trata-se neste caso de classificação fundada no critério do endereçamento da prestação alimentar, de maneira a se reconhecer a hipótese dos alimentos *intuitu familiae* sempre que destinados globalmente ao grupo familiar, sem individualização, situação potencialmente geradora do direito de acrescer em benefício de seus demais integrantes a parcela proporcionalmente cabível ao membro em relação ao qual se deu a extinção do vínculo obrigacional (por maioria ou possibilidade de manutenção das próprias necessidades etc.).

Ao contrário, os alimentos *intuitu personae* são aqueles entregues individualizadamente aos seus respectivos beneficiários.

Alimentos Gravídicos

Esta é a mais recente modalidade de alimentos, instituída pela Lei Federal nº 11.804/2008, correspondendo ao apoio alimentar que o suposto genitor deverá prestar à mãe gestante até o nascimento do filho, devendo ser cobertas as necessidades indicadas,

em princípio, pelas recomendações médicas, sem prejuízo de outras entendidas relevantes pelo juízo¹⁷⁰.

Há um elemento diferencial em relação a esses elementos, isto porque devem ser fixados quando presentes apenas indícios suficientes da relação parental – paternidade –, dispensando-se, assim, prova plena desse vínculo no momento da concessão, valendo a pena lembrar que nascida a criança eles se convertem em alimentos definitivos, assim permanecendo caso não haja contestação por parte do alimentante¹⁷¹.

Não é demasiado anotar que os nascituros em geral já vinham sendo reconhecidos credores de alimentos, podendo para tanto ir a juízo representados pela genitora, tanto em atendimento àquilo que dita o art. 2º, do Código Civil, como o art. 8º, do ECA, c.c. o art. 227, da CF, embora tal possibilidade viesse se estabelecendo no mais das vezes para filhos de casais casados e separados – de fato ou de direito – no instante do pedido, vindo a nova lei atender agora aos demais casos, fora desse círculo.

1.6. Considerações Oportunas

Em nível de conclusões parciais parece obrigatório reconhecer que a obrigação alimentar clama por uma noção contemporânea, com a finalidade de ajustá-la aos reclamos do atual estágio das relações familiares, tanto quanto da compreensão atual sobre o modo pelo qual as relações interprivadas se organizam, notadamente em tempos de consenso sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Nesse particular, por conseguinte, faz-se imperativa uma reflexão sobre a distinção entre alimentos civis e naturais, calcada na viabilidade de alimentos estabelecidos em nível aquém das necessidades de ordem moral da pessoa, o que caracteriza uma afronta aos postulados do art. 1º, III da Constituição Federal.

Para além disso, há necessidade de reforçar a idéia de alimentos como expressão da solidariedade familiar, dessa imemorial¹⁷² tendência à reciprocidade de encargos e

¹⁷⁰GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Alimentos gravídicos*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 09 jan. 2009.

¹⁷¹“A transformação dos alimentos em favor do filho ocorre independentemente do reconhecimento da paternidade. Caso o genitor não conteste a ação e não proceda ao registro do filho, a procedência da ação deve ensejar a expedição do mandado de registro, sendo dispensável a instauração do procedimento de averiguação de paternidade para o estabelecimento do vínculo parental.” (DIAS, Maria Berenice. *Alimentos para a vida*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 09 jan. 2009).

¹⁷²“Os efeitos do parentesco são consideráveis. Todos os parentes estão ligados por solidariedade, quer ativa, quer passiva. A solidariedade familiar obriga todos os parentes a participar na vingança privada (a faida;

acentuado espírito de colaboração entre os integrantes de uma comunidade familiar, com a compreensão, todavia, da indispensável diferenciação interna entre eles, notadamente para realçar o prevalecimento da tutela e proteção da criança e do idoso, sujeitos especiais de direitos conforme os termos dos arts. 227 e 230, da Constituição Federal.

Sobretudo, parece relevante consignar a existência de solidariedade passiva no quanto diz respeito à obrigação alimentar em favor de crianças e idosos, malgrado apenas neste último caso haja previsão expressa da lei (Lei 10.741/2003 – art. 12), dado que a isonomia constitucional (art. 5º “caput” CF) obriga a identidade de situação jurídica no quanto concerne ao direito-garantia de alimentos, sendo insuficiente para obstaculizar essa solução a virtual barreira erguida pelo art. 265, do Código Civil, uma vez peculiar o quadro.

Note-se, em acréscimo, que nessas duas hipóteses é indescartável também uma *coreponsabilidade solidária do Estado* pela entrega da prestação alimentar, tanto assim que na hipótese do *idoso*, a legislação estatutária específica comanda:

“Art. 14 – Se o idoso e seus familiares não possuírem condições econômicas de proverem seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social”¹⁷³.

Nenhuma distinção de tratamento jurídico existe no que concerne à criança e ao adolescente, à medida em que a legislação estatutária¹⁷⁴ voltada à sua proteção obriga o Conselho Tutelar ou o Juiz de Infância a inserir a criança ou o adolescente em risco pessoal e social (ECA art. 98) em programa de auxílio, comunitário ou oficial, naturalmente para suprir suas necessidades materiais, estabelecendo então o dispositivo legal o seguinte:

italiano, vendetta; holandês, vete): quando um membro da família é lesado, todos os outros devem ajudar a vingar do mal recebido. Na Baixa Idade Média a guerra privada devia ser conduzida pela própria vítima, ou, se ela tivesse morrido ou tivesse se incapacitado, pelo parente varão mais próximo. É ele que conclui a paz, recebe a ‘composição’ (ou seja, o preço do resgate da vingança) e o distribui entre todos os presentes; geralmente ele tem direito à metade, na qualidade de detentor do *mundium*, e atribui o resto aos outros parentes, muitas vezes até o sexto ou oitavo grau. Do ponto de vista passivo, todos os membros da família podem ser responsabilizados e hostilizados por qualquer malefício cometido por um deles; devem contribuir para pagar a composição, a menos que expulsem o culpado do grupo familiar por um complexo processo de abandono. (...) A solidariedade familiar manifesta-se ainda em outros domínios. É assim que todos os parentes se devem mutuamente assistência em justiça: se um deles tem que prestar juramento de inocência, todos são obrigados a co-jurar.” (GLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 563).

¹⁷³ Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso.

¹⁷⁴ LEI 8069/90.

“Art. 101 – Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98¹⁷⁵, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

(...)

IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança ou ao adolescente”

Tem relêvo essas determinações legais, pois uma vez compreendida como subsidiária a responsabilidade alimentar estatal no tocante a qualquer cidadão necessitado, nos casos sob exame o Estado se coloca na situação de garante principal, ou co-obrigado solidário e devedor de assistência aos sujeitos especiais em evidência – crianças, adolescentes e idosos -, arcando com os ônus via programas específicos de apoio material e moral.

Realçado o exposto, e para finalizar, convém também assinalar que dentro das concepções aqui exploradas, não faz sentido a limitação do encargo alimentar a partir do elemento culpa, como visto na legislação codificada (art. 1.694, § 2º e 1.704, § único), insuficiente para justificar o pensionamento indigno nos dois casos, aí se constatando substancial suspeita de afronta direta ao disposto pelo art. 1º, III, da CF.

¹⁷⁵“Art. 98 - As medidas de proteção à criança ou ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados:
I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis;
III – em razão de sua conduta”

CAPÍTULO III. TUTELA DE DIREITOS

1. Tutela de Direitos. 1.1. De Ordem Geral. 2. Autotutela de Direitos 2.1. Autotutela Como Tutela Preventiva e Seus Meios. 2.2. Autotutela Como Tutela Repressiva 3. Tutela Parajurisdicional de Direitos. 3.1. Conceito e Fundamento. 3.2. Arbitragem. 3.3. Conciliação. 3.4. Transação. 3.5. Mediação. 4. Tutela Jurisdicional. 4.1. Direito Fundamental à Jurisdição. 4.2. Devido e Justo Processo. 4.3. Tutela Jurisdicional, Perfil e Diretrizes.

1. Tutela de Direitos

1.1. De Ordem Geral

A previsão de direitos e, em suma, a própria idéia de ordenamento jurídico pressupõem a possibilidade latente do conflito, gerado pela colisão de interesses, direitos, ou, em última análise, exercício anormal – presumidamente prejudicial - de certa posição jurídica. Daí parecer decorrência natural do sistema o conceito de *tutela de direitos*, em sentido de sua preservação ou garantia de efetividade, pois se são concebidos com a promessa de facilitar o acesso e gozo legítimo de bens da vida, o asseguramento do exercício desimpedido das faculdades que lhes competem se torna uma urgência inolvidável.

Por isso, leitura científica do sistema de direito privado, por exemplo, permite extrair conclusão de que à previsão de direitos materiais se segue a de meios indispensáveis à sua defesa e preservação, de modo explícito ou implícito, uma vez imprescindível a garantia de indenidade às esferas jurídicas pessoas dos sujeitos de direito de um modo geral.

É imanente à ordem jurídica, por via de consequência, um *sistema de tutela de direitos*, de cuja conceituação cuidou, com a acuidade de sempre, ANTONIO MENEZES CORDEIRO:

“Em sentido amplo, podemos considerar tutela de direitos como conjunto de institutos destinados a prevenir, a conter, e a remediar a violação de direitos subjetivos ou, mais latamente, de posições jurídicas reconhecidas

pelo ordenamento. Trata-se de matéria surgida ao longo da História, sem unidade dogmática e estreitamente ligada a diversas disciplinas.”¹⁷⁶

De conseguinte, a existência desse conjunto de institutos conceituado pelo eminente jurista lusitano é auto-explicativa, pois, se os direitos são prestações garantidas pelo sistema, este há de disponibilizar meios adequados à sua concretização, uma vez indiscutível as multifárias hipóteses de ameaça ou violação a serem afastadas por meios jurídicos apropriados.

À vista disso, LUIS CABRAL DE MONCADA – outro grande mestre lusitano - sublinha o seguinte:

“Já por várias vezes temos dito no decurso destas lições que quem diz direito (direito subjetivo) diz uma pretensão garantida; diz *garantia*. A garantia, uma certa forma de segurança, é da essência do jurídico, como ressalta da própria definição que demos do direito objetivamente considerado. Ora, é essa garantia que constitui, depois do *sujeito*, depois do *objecto* e do *facto jurídico*, o último elemento a considerar na análise das relações jurídicas.

Não iremos aqui insistir nesta noção que já oportunamente foi analisada quando tratamos da relação jurídica. Vamos apenas frisar agora as condições em que esse elemento de garantia, sempre potencialmente oculto e latente em todos os direitos, se evidencia, aparece e funciona. Essas condições são as seguintes: 1º - que o direito exista e seja susceptível de exercício; 2º. que tenha havido violação dele; 3º que o sujeito de direito, ou que alguém por ele se disponha a opor a essa violação uma defesa. Verificadas essas condições, o elemento garantia da relação jurídica torna-se *facto real*, material, visível. Aquilo que até aí não era senão uma possibilidade latente, torna-se *acto*; e esse *acto*, ora se traduz em uma actividade privada, exercida directamente e exclusivamente pelo interessado, ora, as mais das vezes, numa actividade judiciária, exercida pelo interessado em colaboração com os órgãos do Estado, os Tribunais. No primeiro caso fala-se de uma realização de defesa privada dos direitos; no segundo de uma realização e defesa judiciárias, tendo por meio normal aquilo que em direito se chama a *acção* (*actio, jus actiones*).”¹⁷⁷

Nesses termos, havendo posição jurídica apoiada em normas ou princípios da ordem jurídica, existirá seu amparo ao nível do sistema, seja pela via da atividade jurisdicional do Estado, seja pela via da autotutela, para se cumprir o fim natural dos

¹⁷⁶CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, t. 4, p. 405.

¹⁷⁷MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 746.

direitos, ou seja, sua concretização efetiva, permitindo-se até mesmo ao titular a sua tutela, por suas próprias forças, seja em caráter preventivo ou repressivo¹⁷⁸.

O que se conclui, a prevalecer esse raciocínio, é que o Estado, mesmo empalmando – sob monopólio - poderes de garantia no tocante ao resguardo e efetividade dos direitos, não deixa de ceder também ao titular da posição jurídica a alternativa de atuar autonomamente para alcançar tal objetivo, podendo agir do modo mais eficiente possível no sentido de afastar ameaças ou reprimir violações em circunstâncias excepcionais.

Sob tal perspectiva, mas na ótica do direito lusitano, averba FERNANDO PESSOA JORGE:

“É a regra a tutela pública, enunciada em termos genéricos no art. 1º, do Código de Processo Civil: *a ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e nos limites declarados na lei.*

Excepcionalmente, aqui ou ali, esta permite que o titular do direito utilize os próprios meios a fim de o garantir ou realizar; mas, para além dessas autorizações avulsas (algumas das quais consideraremos ao tratar do direito de não cumprir), a lei regulou certas modalidades típicas de tutela privada, aplicáveis a todos, ou, pelo menos, à generalidade dos direitos. O seu carácter excepcional continua, contudo, a projectar-se nos condicionalismos apertados que limitam o recurso a elas.”¹⁷⁹

Nessa conjuntura técnica pode-se afirmar que na ordem jurídica nacional a tutela de direitos subjetivos também se estrutura sobre esses dois planos, o jurisdicional e o não jurisdicional, onde se abriga a autotutela, valendo consignar que se *a priori* o texto constitucional, em seu art. 5º, XXV, atribui o monopólio da jurisdição ao Estado, e particularmente ao Judiciário¹⁸⁰, punindo pela via do art. 245, do Código Penal, o denominado *exercício arbitrário das próprias razões*, não deixou de viabilizar em situações específicas a atuação do titular do direito, por suas forças próprias, com vistas à sua garantia.

¹⁷⁸“Para se evitar as violações, se conta com meios de defesa permitidos pela lei. A defesa pode ser preventiva, se tende a impedir as possíveis violações futuras; e repressiva, se tende à reação contra aquelas já consumadas.” (COVIELLO, Nicolas. *Doctrina general del derecho civil*. Trad. Felipe de J. Tena e Raul Berron Muciel. México: Ed. Union Tipografica Editorial Hispano-Americana, 1949. p. 534 – tradução livre para o português).

¹⁷⁹JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 210.

¹⁸⁰SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 131-132.

Em resumo, há de se prestar atenção, em termos de tutela a direitos, que o fato de o sistema priorizar os meios jurisdicionais não o impede de excepcionar, pondo nas mãos do particular o alcance de garantias em prol das suas posições jurídicas, seja de modo preventivo ou repressivo, como pedagogicamente expõe MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES:

“Quando apreciamos a noção de direito subjetivo, vimo-la formada destes dois elementos: um titular de um direito de um lado, sujeito passivo desse mesmo direito, de outro. Quando o sujeito passivo da obrigação a desrespeita, quando se porta contrariamente ao direito que é obrigado a respeitar, caracteriza-se uma lesão a esse mesmo direito e a ordem jurídica acode no sentido de evitar ou reparar essa mesma lesão sofrida. Oferece, para tanto, os meios indispensáveis a normalizar a situação jurídica desequilibrada. Tais meios podem ser preventivos ou repressivos quanto ao seu conteúdo, e judiciais ou extrajudiciais em relação à sua forma.”¹⁸¹

Diante dessas evidências, convém examinar, ainda que pela rama, o que se deve entender por autotutela preventiva e repressiva de direitos, à vista da doutrina.

2. Autotutela de Direitos

2.1. Autotutela Preventiva e Seus Meios

A tutela preventiva de direitos, como já mencionado, é aquela permitida ao titular do direito com vistas à profilaxia de futuras ameaças ou violações, se estabelecendo tanto de *modo judicial* como *extrajudicial*.

Sob o ponto de vista das possibilidades de atuação *extrajudicial*, o titular de direito pode então se acautelar fazendo uso da autonomia da vontade, promovendo negócios jurídicos apropriados à garantia de direito, tal como os denominados negócios jurídicos fiduciários, visando ao estabelecimento de penhor, caução, hipoteca, ou então constituir o documento e seu respectivo registro em cartório, com vistas a prevenir sua posição jurídica etc.

¹⁸¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 1, p. 552.

Já no quanto diz respeito à *órbita judicial*, o manejo de protesto judicial, notificação etc., com o que o titular logra o resguardo de seu direito, em consonância com as regulares expectativas emanadas do sistema¹⁸².

À vista disso, MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES realiza a oportuna observação:

“Os meios preventivos podem ser judiciais ou extrajudiciais. São judiciais todos aqueles que só podem ser realizados através da autoridade do juiz.

São reconhecidos como tais, os seguintes: 1º) o protesto; 2º) a retenção; 3º) o arresto e o seqüestro; 4º) a detenção pessoal; 5º) a caução; 6º) a notificação ou a interpelação judicial; 7º) os depósitos preparatórios da lide.

Os meios preventivos privados ou extrajudiciais são todos aqueles dos quais o titular do direito pode se prevalecer para melhor segurança de seu direito, como as garantias reais, a hipoteca, o penhor, a anticrese etc.”¹⁸³

O fato é que tais vias são aquelas a serem percorridas inicialmente, como modo de precaver a virtual ameaça ou violação de direito, se apresentando as medidas relatadas como eficazes, no mais das vezes, a esse propósito.

Por isso, exatamente, é que se concorda com ANTONIO MENEZES CORDEIRO quando descreve a forma de agir do particular em termos da tutela de seus direitos, averbando:

“Procurando defender seus direitos os particulares movem-se, em primeira linha, no campo da sua liberdade pessoal. Nessa linha podemos perceber a participação em campanhas moralizadoras, em iniciativas cívicas, em acções publicitárias ou, muito simplesmente: o exercício de actuações persuasivas junto de devedores, de vizinhos, ou de outros potenciais prevaricadores, para que cumpram os deveres respectivos. Deve-se assinalar que esses meios genéricos são, no dia-a-dia, muito eficazes; pessoas colocadas em situações sensíveis abstêm-se de violar direitos subjectivos depois de prevenidas de sua existência ou do risco de violação.

No âmbito da autonomia privada ou de direitos subjectivos, surgem possíveis medidas materiais ou jurídicas de defesa: no primeiro caso teremos, por exemplo, a construção de um muro, a colocação de grades nas janelas ou a instalação de um alarme; no segundo caso, a contratação de um guarda ou de um empresa de segurança.

Ainda nesse campo podemos distinguir actuações internas, p. ex., a celebração de um seguro adequado.”¹⁸⁴

¹⁸²Cf. COVIELLO, Nicolas. *Doctrina general del derecho civil*, cit., p. 534.

¹⁸³LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, cit. v. 1, p. 554.

¹⁸⁴CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*: parte geral, cit., p. 405.

2.2. Autotutela Como Tutela Repressiva

Nestes passos, o examinável agora é aquela porta entreaberta deixada pelo sistema jurídico à disposição do titular de posição jurídica nele respaldada, de modo a lhe permitir uma atuação efetiva e voltada à repressão de virtual lesão ou ameaça de lesão à qual fique ela exposta, nisso havendo, talvez, um resquício da vingança privada dos tempos imemoriais.

De qualquer maneira, apesar de o Estado seguir sendo a referência e o titular das possibilidades de repressão aos virtuais conflitos interprivados, em situações específicas, visando a garantir a prevalência da ordem jurídica sobre ameaças ou violações abruptas, será possível ao particular arrostar a agressão a partir de suas próprias forças.

A propósito dessa possibilidade, presente também no direito germânico, assim se pronuncia HEINRICH LEHMANN:

“Princípio Fundamental. A proteção dos direitos contra a violação e o perigo de vulneração é, em geral, missão do Estado. O titular há de solicitar a intervenção judicial. A autodefesa não é compatível com uma atividade estatal ordenada, a menos que com ela se ataque o mundo jurídico alheio. Daqui deriva o princípio jurídico seguinte: a autodefesa é admissível dentro dos limites do exercício próprio do direito e da livre atuação. A autodefesa que implique em intromissão em círculo alheio de direitos só é permitida quanto esteja expressamente autorizada.”¹⁸⁵

Deduz-se, por óbvio, que essa eventualidade fica adstrita a situações excepcionais, quando então os braços institucionais do Estado não tenham como alcançar a situação atravessada pelo titular do direito ofendido ou ameaçado, delegando-lhe, por via de consequência, o direito de fazê-lo por si.

A situação em apreço é, aliás, bem analisada e explicada por HEINRICH EWALD HÖRSTER, nos termos seguintes:

“A acção directa (Selbsthilfe), regulada nos arts. 336 e 338, permite recurso à força, com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em tempo útil aos meios coercitivos normais, para evitar a inutilização prática desse direito, desde que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo, sendo a acção ilícita quando sacrifique interesses superiores aos que o agente visa defender. Tudo o que exceda o estritamente necessário para a defesa do direito torna a acção directa ilícita. A acção directa, que não se

¹⁸⁵ LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia*, cit., v. 1, p. 174 – tradução livre para o português. No mesmo sentido: ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 92-93.

aplica aos direitos de pretender (antes da prestação) e aos direitos potestativos, constitui na maioria dos casos uma antecipação ao recurso aos meios coercitivos normais que, no caso concreto, já não podiam ser accionados a tempo pelos órgãos competentes do Estado.”¹⁸⁶

Listam-se entre as faculdades que restam autorizadas pelo sistema aos titulares de direitos a legítima defesa, o estado de necessidade, a possibilidade do desforço pessoal para arrear violação a direito real, além de outras situações que tais. Escusado afirmar que no sistema jurídico de direito privado brasileiro há situações diversas em que se manifestam essas possibilidades de autotutela de modo repressivo.

Discorrendo sobre o assunto, sob o enfoque do sistema jurídico de direito privado brasileiro, diz a Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“Atualmente, apesar da enérgica repulsa à autotutela como meio ordinário de satisfação de pretensões, para certos casos a própria lei abre exceções à proibição. Exemplos antigos de autotutela no ordenamento brasileiro são o direito de retenção (arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434, do CC), o desforço imediato (CC art. 1.210, § 1º), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC art. 1.283), a auto-executoriedade das decisões administrativas; e, sob certo aspecto, o poder de efetuar prisão em flagrante (CPP art. 301), e os atos que, apesar de tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP art. 24/25; CC art. 2.188, 929 e 930).”¹⁸⁷

Enfim, nada obstante a evolução dos meios de tutela a direitos, há de coexistir com os sofisticados modelos de tutela jurisdicional a autotutela, sob pena de se permitir a deterioração de direitos legítimos, cuja defesa minguariá ante a impotência do Estado em prestar suporte às pretensões decorrentes, não residindo nisso restos de incivilização, até porque talvez tenham razão aqueles que compreendem ser bastante possível que a justiça privada nunca tenha triunfado de modo isolado em qualquer sociedade, sendo de se presumir sua convivência com outros meios institucionais de resolução de conflitos em mãos das autoridades¹⁸⁸ politicamente constituídas.

¹⁸⁶HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 218.

¹⁸⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (Parágrafos Únicos dos arts. 249 e 251, do Código Civil). In: VELOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem a Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Ed., 2005. p. 22.

¹⁸⁸“Deve desde logo excluir-se que no princípio tenha havido só justiça privada. Ao poder político tem sempre de caber a imposição de sanções pelas violações de regras que atinjam o próprio corpo social. Temos por isso de distinguir as vinculações consideradas de interesse fundamental, que o Poder tomou

3. Tutela Parajudicial de Direitos

3.1. Conceito e Fundamento

Tratam-se como *formas parajudiciais* de tutela a direito aquelas relacionadas à autocomposição ou heterocomposição que se realizam à margem da jurisdição, função e atividade tida, ao menos em princípio, como exclusivamente estatal.

A premissa, nesta ordem de idéias, é a de que a pacificação social, objetivo fundamental das formas de solução de conflito, pode ser alcançada por outros meios, rotulados como *equivalentes jurisdicionais* ou *substitutos jurisdicionais*, ou ainda *meios parajudiciais*, também eficientes nesse sentido.

Sobre o tema, pondera CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“Ora, sempre que se aspire a um bem, não o obtendo porque não lhe dá quem podia dá-lo o porque a lei exige que ele só seja obtido pelos caminhos da Justiça, cabe ao sujeito resignar-se e com isso sacrificar seu próprio interesse; ou tentar, de algum modo, impor seu interesse ao outro sujeito (Carnelutti). A resignação pode dar-se antes de exteriorizada a pretensão, não surgindo então conflito algum; ou depois de surgido o conflito, que por esse meio se extingue. A renúncia ao bem é uma forma de autocomposição. Variam os modos pelos quais o sujeito vai em busca do bem pretendido.

Uma ordem de soluções apontadas como socialmente convenientes, além de juridicamente legítimas, é aquela integrada por atividades reunidas nos conceitos de *autocomposição* e *heterocomposição* (Niceto Alcalá-Zamora y Castillo). Com uma série de ressalvas limitativas, emergentes da lei e da ordem pública, esses meios de solução de conflitos podem ser legitimamente ativados sem que qualquer processo tenha sido instaurado, evitando-o, ou na pendência de um processo em curso, pondo-lhe fim. Os modos de autocomposição e heterocomposição comportam, pois, as modalidades *extraprocessual* e *endoprocessual*.¹⁸⁹

Se o ilustre processualista em referência cogitou da conveniência e legitimidade desses meios, convém acrescentar que sua utilização é vista atualmente como indispensável para a garantia de acesso à justiça, isso caso se tome em consideração a

sempre sobre si, assegurando-as e sancionando-as pela força se necessário for, e os interesses entre particulares. Só estes terão estado, em certa fase, de certa forma abandonados à justiça privada. Supõe-se que sempre houve um poder supremo na sociedade. Mesmo que as primeiras sociedades tenham sido as sociedades familiares, prévias ao aparecimento do Estado, em todo caso existe nessas sociedades a autoridade familiar, a quem incumbe já manter a coesão do grupo”. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*, cit., p. 60).

¹⁸⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. v. 1, p. 138.

realidade indisputável da insuficiência da jurisdição no tocante à prevenção e estancamento dos conflitos interprivados¹⁹⁰.

Sobre o assunto, aliás, pesquisadores de elevado nível têm feito constatações amplamente negativas sobre a contribuição da atividade jurisdicional estatal em prol da designada pacificação social, pois a morosidade nas soluções é um fato incontestável, ampliando-se consideravelmente o volume de feitos pendentes, enquanto os labirínticos procedimentos postos à disposição das partes em nada colabora para a reversão do quadro, aliás, fadado à piora.

Convém, a propósito, fazer o registro do argumento – baseado em dados estatísticos confiáveis – relativo à crise do Judiciário, utilizado por FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, lançado em termos seguintes:

“Em 1.990, o Judiciário brasileiro recebia, em primeira instância, um processo para cada 40 habitantes. Em 1.998, um processo para cada 22 habitantes, praticamente o dobro. O número de processos julgados, contudo, sobrepôs variação em 105%, dado esse a indicar que a capacidade de julgamento do Poder Judiciário tem se associado às variações da demanda. Na Justiça estadual do Rio Grande do Sul, 95% dos processos entrados são julgados no mesmo ano. Em São Paulo, 78,9%. Já no Rio de Janeiro a média é menor, 52,4%, enquanto no Maranhão essa quantidade não supera 27 %. No ano de 1.998, cada magistrado brasileiro julgou em média 704 processos no ano, sendo que em São Paulo (estadual) cada magistrado chegou a julgar 1.724 processos. No Rio Grande do Sul e Santa Catarina 1.000 sentenças em média, foram proferidas por juiz. Na Bahia, porém, a media anual foi de 31 processos.

Apesar da alta produtividade de boa parcela do Judiciário brasileiro – produtividade essa acentuada pela utilização de recursos de informática (ainda subaproveitados) – o fato é que quase a integralidade do país é deficitária, já que, em média, cerca de 29 % dos processos entrados não conseguem ser julgados no mesmo ano, passando para o seguinte.”¹⁹¹

Esses apontamentos bastam para revelar os motivos e fundamentos de uma retomada desses meios parajudiciais de solução dos conflitos, pois o monopólio estatal da

¹⁹⁰“Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções não jurisdicionais dos conflitos, tratados como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar pelo exercício da Jurisdição e através das formas do processo civil, penal e trabalhista.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 32-33).

¹⁹¹GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. p. 28.

jurisdição tem acarretado um desconforto ou desconfiança para os consumidores do sistema de justiça, já que o Estado tem se mantido inadimplente no que diz respeito às promessas de acesso a uma *ordem jurídica justa*¹⁹², conceito teórico em constante litígio com a realidade da atividade jurisdicional.

À vista das urgências da satisfação plena desse direito fundamental à jurisdição, os meios equivalentes, ou alternativos a ela, com o correr do tempo, passaram a ser a rota de fuga do sistema, para ter lugar então a efetivo *acesso à justiça*, solução, aliás, apregoada também por MAURO CAPPELLETTI:

“Temos feito referência ao fenômeno do *gigantismo jurisdicional*. Este mesmo é consequência direta dos renovados e ampliados deveres *sociais*, recentemente descritos, da função judicial, mas é também derivação indireta do dilatado *acesso* aos órgãos jurisdicionais pretendidos e, mais ou menos, cumpridamente realizados pelas duas *ondas* do movimento em prol do acesso à justiça e descritas no parágrafo precedente.

Tal fenômeno, por outra parte, tornou-se particularmente preocupante, não tanto, ou não somente por razões numérico-quantitativas – a sobrecarga dos órgãos judiciais que pode até levá-los a uma paralisação – senão também, e sobretudo, por razões qualitativas. A carga excessiva de trabalho pode, amiúde, traduzir-se de fato, num declínio na qualidade dos procedimentos e das decisões judiciais.

(.....)

Aqui manifesta-se a terceira, e mais recente, mas também mais complexa e talvez, potencialmente, a mais grandiosa *onda* no movimento mundial por um direito e uma justiça mais acessível. Tal onde de reformas, que em quase todas as partes se encontra, todavia, em um período inicial e experimental, e que somente a uma análise superficial pode parecer em contraste com as outras duas e se traduz em múltiplas tentativas tendentes a obter fins diversos, mas conectados entre eles por diferentes modos. Dentre esses fins surgem: a.-) o de adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias; b.-) o de promover e fazer acessível um tipo de justiça que em outro lugar definimos como *coexistencial*, quer dizer, baseada sobre a conciliação e mediação e sobre critérios de equidade social distributiva, onde seja importante manter situações complexas e duradouras de relações entre indivíduos e grupos, em lugar de *tranché* uma relação isolada, com rígidos critérios jurídicos de *razão* e *sem razão* essencialmente dirigidos ao passado; c.-) o de submeter a atividade pública a formas frequentemente novas e de qualquer maneira mais

¹⁹²“A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim o de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de modo que o problema do acesso a justiça traz à tona não apenas um programa de reforma, como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti.” (WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998).

acessíveis de controle, e mais, em geral, de criar formas de justiça acessíveis e quanto mais descentralizadas e *participatórias*, com participação, em particular, de membros daqueles mesmos grupos sociais e comunidades que estejam diretamente interessados na situação ou controvérsia em questão, e que são, particularmente, conscientes desta situação ou controvérsia. É justamente em razão do surgimento desta última finalidade que a participação dos leigos na administração da justiça tenha voltado a ser, recentemente, um dos temas de maior interesse teórico e prático.”¹⁹³

Tais ponderações revelam já desde há muito uma proposta de reconfiguração do modelo de tutela processual de direitos, apontando a premência em se manter um sistema capaz de reunir meios judiciais e parajudiciais como última forma, visando ao pleno atendimento da já antevista ampliação de demanda, agravada pelo déficit de estrutura do Judiciário para abarcá-la e atendê-la com suficiência.

Portanto, para se garantir que o sistema processual pátrio se mantenha cultivando essa mentalidade voltada à ampliação e aperfeiçoamento do acesso à Justiça, faz-se necessário implementar e estimular o uso dos meios alternativos, tais como a *conciliação*, a *mediação*, a *transação*, pois somente assim se concretiza o ideal perseguido pelo princípio essencial do *Estado de Direito*.

Tem-se captado também, como reforço dessa visão, e em razão desses fundamentos ora explorados, uma porfia em prol da modificação da denominada *cultura da sentença*, representada pela judicialização das controvérsias, isso tendo em vista a finalidade de se impedir a tormentosa e insuportável demanda destinada ao Judiciário, cujas soluções, ao final, parecem tornar a concepção de *pacificação social* um pouco mais que uma miragem graças a eternização dos prélios judiciais.

Ensaio bem equilibrado a respeito da indesejável prevalência da *cultura da sentença* foi elaborado com a acuidade e visão vanguardista por KAZUO WATANABE, que em certo trecho - com razão – sustenta:

“O atual sistema processual brasileiro, seguindo sempre a linha do nosso legislador, procura prestigiar, em vários dispositivos, os meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação (arts. 125, IV, 331, 447 a 449 e 599 do CPC) e a arbitragem (Lei de Juizados Especiais, anteriormente Juizados de Pequenas Causas). Temos agora até mesmo a Lei Especial de Arbitragem (Lei nº 9.307/96).

¹⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento. In: _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução e Notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008. v. 1, p. 389.

Todavia, a mentalidade forjada nas academias e fortalecida na práxis forense, que é aquela já mencionada de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz, por meio de sentença, mentalidade essa agravada pela sobrecarga excessiva de serviços que têm os magistrados, vem fazendo com que os dispositivos processuais citados sejam pouco utilizados.

Há mesmo, o que é lastimável, como que um preconceito contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juízes que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar conflitos de interesses.

E há, ainda, a falsa percepção de que conciliar é atividade menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional consiste, basicamente, pacificar com justiça os conflitantes, alcançando por via de consequência a solução do conflito.”¹⁹⁴

O perceptível é que o centro de atenção, ou de outro modo dito, o objetivo perseguido com maior intensidade, passa a ser a pacificação, isto é, a dissolução do conflito mediante alternativa consagradora de uma maior participação dos sujeitos envolvidos, e, assim, de forma a se arredar inicialmente a solução autoritária estatal, cuja legitimidade também parece se encontrar em xeque. Dessarte, os arautos desse posicionamento postulam pela prevalência, ou pelo menos pela equivalência, da *ordem consensual* sobre a *ordem imposta*, frente aos seus benefícios, assim explicados por PETRÔNIO CALMON FILHO:

“A ordem consensual, ao contrário, é negociada e autocompositiva, não-adversarial, em que as partes mantêm o controle sobre o procedimento e sobre a decisão final, escolhendo o mecanismo mais apropriado, levando em consideração o tempo necessário para se chegar a uma solução, o custo, o lugar e a pessoa que eventualmente atuará como facilitador. As partes chegam a soluções suscetíveis de satisfazer os interesses de ambos, conservam o relacionamento entre si e preservam a confidencialidade dos fatos que geraram o conflito, do relacionamento e do próprio procedimento e sua solução.”¹⁹⁵

¹⁹⁴ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Estudos em homenagem à Profa. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Ed. DPJ, 2005. p. 684. No mesmo sentido: “A sólida herança cultural transmitida pela obra dos cientistas do direito, mais a prática diuturna dos problemas da Justiça institucionalizada e exercida pelo Estado com exclusividade, mediante julgamentos e contrições a pessoas e bens, são responsáveis pelo grade zelo votado à jurisdição como objeto de hermético monopólio estatal. Mas a exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, a ponto de afastar ou menosprezar os outros meios de pacificar, constitui um desvio de perspectiva a ser evitado.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 137).

¹⁹⁵ CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. In: DIDIER, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). *Teoria do processo: panorama mundial*. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2008. p. 837.

Organizando tecnicamente a exposição sobre os meios alternativos ou parajudiciais, segue-se a forma que os organiza em dois blocos, o primeiro relativo aos *modos de autocomposição* enquanto o segundo se refere aos *métodos de heterocomposição*. A classificação se realiza, como perceptível, a partir da participação, ou não, de terceiro, como órgão encarregado da solução definitiva para a discórdia entre os interessados.

No tocante aos meios de *autocomposição*, ou seja, aqueles cuja materialização depende apenas da vontade dos interessados, vale lembrar que se subdividem em dois grupos de medidas, o primeiro atinente às *formas unilaterais*, tais como a renúncia, a confissão etc., enquanto o segundo diz respeito às *formas bilaterais*, onde se aninham a conciliação e a transação.

Sobre os modos de *heterocomposição*, vale lembrar, aqueles nos quais uma terceira pessoa se encarrega de pôr termo ao conflito, pode-se dizer que dizem respeito, por exemplo, à arbitragem.

Entre todos se sobressaem a conciliação, a transação e a arbitragem, cujo exame, mesmo superficial, vale a pena.

3.2. Arbitragem

O instituto da arbitragem, com sua fisionomia atual, foi introduzida na ordem jurídica brasileira a partir da Lei Federal nº 9.307/96, sendo assim conceituado por CARLOS ALBERTO CARMONA:

“(...) meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da decisão judicial (...).”¹⁹⁶

A característica fundamental da arbitragem concerne ao fato da submissão dos interessados em litígio à decisão de um terceiro, o árbitro, segundo convenção por eles estabelecida com fundamento na autonomia da vontade.

Embora peculiar em alguns sentidos, ela se manifesta por meio de procedimento um tanto simplificado, para o qual, no entanto, se requisita obediência estrita aos cânones

¹⁹⁶CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 51.

do *devido processo legal*¹⁹⁷, malgrado princípios como o da publicidade e o duplo grau de jurisdição não se insiram nesse contexto.

O objeto da arbitragem é necessariamente limitado, nos termos da lei, podendo se referir, por força do art. 1º, da Lei 9.307/96, a *direitos patrimoniais disponíveis*, como salienta JOSÉ CRETILLA NETO:

“Em síntese, o poder de transigir é mais amplo quando o litígio é submetido à jurisdição estatal, podendo ser empregado tanto acerca de direitos disponíveis como de direitos indisponíveis. No juízo arbitral apenas litígios relativos a direitos disponíveis podem ser apreciados. Devido à dificuldade terminológica apontada, acerca da expressão *direitos disponíveis* e também pelo fato de que não seria conveniente restringir a competência do juízo arbitral, as legislações estrangeiras preferem delimitar a atuação do juízo arbitral fazendo referência às controvérsias acerca dos direitos que possam ser objeto de transação.”¹⁹⁸

Importa considerar, ainda, que o procedimento no juízo arbitral goza de grande mobilidade, em consonância com o estabelecido pelo art. 24, da Lei de Arbitragem¹⁹⁹, sendo igualmente objeto de opção dos litigantes, ou do próprio árbitro, lembrando-se sempre que os parâmetros da fórmula escolhida deverão estar consentâneos com as diretrizes do postulado do *due process*, além, é claro, de se encontrarem compatíveis com uma tutela efetiva às particularidades dos direitos sob controvérsia.

Um ganho considerável obtido pelo instituto se deve à disciplina oferecida à decisão do árbitro, considerada no plano legal como *sentença arbitral*, tal como dispõe o art. 23 da Lei de Arbitragem, produzindo entre as partes os mesmos efeitos típicos daquela proferida por órgão do Poder Judiciário, assim se expressando o legislador em seu art. 31, cujos termos são os seguintes:

¹⁹⁷“Essa expressiva aproximação entre o processo estatal e o arbitral é suficiente para abrigá-la sob o manto do direito processual constitucional, o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçadas pela Constituição da República aos institutos processuais. Isso implica também, conseqüentemente, incluir o processo arbitral no círculo da teoria geral do processo, entendida esta muito amplamente como legítima condensação metodológica dos princípios e normas regentes do exercício do poder. A doutrina especializada esmera-se em fazer essa atração da arbitragem ao sistema do direito processual civil comum, o que constitui valiosa premissa metodológica indispensável ao seu bom entendimento e à correta solução de problemas que lhe são inerentes. Assim está em precioso estudo no qual Vincenzo Vigoritti destaca, em relação ao juízo arbitral, a necessidade *do respeito às regras fundamentais dos juízos cíveis, tradicionalmente resumidas na fórmula do procedural due process.*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: _____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 29).

¹⁹⁸CRETILLA NETO, José. *Lei de Arbitragem brasileira comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 40.

¹⁹⁹“Art. 21 – A arbitragem estabelecerá o procedimento estabelecido pelas partes nas convenções de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes, delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.”

“Art. 31 – A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

Essa disposição, realmente, está a indicar inicialmente a possibilidade de uma leitura segundo a qual a sentença arbitral teria, sim, *conteúdo jurisdicional*, já que lhe estende os mesmos efeitos daquela proferida no âmbito do Poder Judiciário, acepção defendida com a lucidez de sempre por CARLOS ALBERTO CARMONA, nos termos seguintes:

“O art. 31 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator de emperramento da arbitragem. Certamente continuarão a existir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual - e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita. Para rebater tal idéia tacanha de jurisdição, não há lição mais concisa e direta que a de Giovanni Verde: *A experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Desse mito faz parte a idéia de que a justiça deva ser administrada em via exclusiva por seus juízes.*”²⁰⁰

Nessa medida, vai se firmando no seio da doutrina, tanto quanto da jurisprudência, a convicção de que a arbitragem concentra atividade jurisdicional²⁰¹, embora se conserve como meio alternativo à jurisdição estatal, parecendo cada vez mais crescente o interesse em seu estudo e em sua prática, dada a objetividade e as flexíveis possibilidades de solução do litígio, inclusive por critério de equidade, sem contar a garantia desfrutada pelas partes de reclamarem ao Judiciário nas hipóteses de nulidade da sentença arbitral, conforme disposição do art. 32, da Lei de Arbitragem.

De outra parte, superado está o questionamento sobre sua virtual inconstitucionalidade, dada a possível afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, conforme art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pois desde o julgamento pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL do caso SE 5.206-7, em 2001, se

²⁰⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, cit., p. 45. No mesmo sentido: ALVIM, Eduardo de Arruda. *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 57; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 80.

²⁰¹ Ressalvada a opinião contrária, ou, pelo menos, não entusiasmada nesse sentido, de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, cit.

assentou entendimento no sentido da inexistência de ofensa qualquer pois a Carta garante o acesso à Jurisdição sem eliminar a faculdade de os interessados saírem em busca de meios alternativos visando à solução de conflitos, já que, como adverte EDUARDO SILVA DA SILVA:

“É necessário que, de plano, afasta-se a propalada inconstitucionalidade da arbitragem pela incidência do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A suposta revitalização do instituto da arbitragem ocasionada pelo advento da Lei nº 9.307/1996 em nada fere o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. A faculdade de o cidadão provocar a jurisdição resta absolutamente incólume, haja vista que a opção pela arbitragem é mera faculdade, que em nada fere o acesso ao Poder Judiciário. *José Carlos Barbosa Moreira* é enfático em desmistificar que ao se optar pela jurisdição arbitral não se afronta ao princípio do monopólio da jurisdição estatal: *O sistema não vulnera a garantia da inafastabilidade do controle judicial, contemplado no art. 5º, XXXV, da Constituição. Decerto a vulneraria se tornasse obrigatória a arbitragem, forçando as partes, mesmo contra a vontade delas, o acesso à Justiça estatal. São elas mesmas, porém, que acordam submeter a árbitro o litígio.*²⁰²

Nada obstante isso, os manuais e escritos específicos ainda colecionam pronunciamentos que verberam a utilização da arbitragem em nível muito aquém das expectativas regulares, de onde alguns extraem, e não sem razão, conclusões negativas sobre sua efetiva colaboração para o acesso à Justiça, notadamente no concernente a camadas mais simples da população²⁰³.

3.3. Conciliação

Outro modo de se pôr termo à quizila dá-se quando os interessados se conciliam, ou seja, com o auxílio de uma terceira pessoa alcançam um ajuste satisfatório, evitando a submissão da controvérsia ao Judiciário, ou, caso já esteja em curso a demanda, extinguindo o processo por seu intermédio.

²⁰²SILVA, Eduardo da. Constituição, jurisdição e arbitragem. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 387.

²⁰³“Entretanto, apesar da nova roupagem, e diversamente do que muitos esperavam, decorridos cinco anos do advento da lei, não se viu ainda a arbitragem interna decolar. Não se observou a diminuição do número de feitos perante a jurisdição estatal, não se constatou um aumento da celeridade dos processos judiciais, como não se viu, também, a criação de tribunais arbitrais para a solução de conflitos de porte pequeno e médio, apesar das tentativas legais de prestigiar o instituto e de até mesmo se determinar a instituição compulsória da arbitragem para algumas hipóteses, o que é constitucionalmente discutível.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*, cit., p. 127).

O preceito sobre o qual a idéia em foco se consolida, realmente, é o de que tanto melhor será para os litigantes encerrar, com economia de tempo e com ausência de desgastes pessoais, a controvérsia, do que submeterem-se ao percurso sinuoso e alongado do processo judicial.

A presença do instituto no sistema jurídico pátrio é consolidada de há muito, tal como explica WALTER CENEVIVA:

“A conciliação não é novidade no direito brasileiro. O art. 161 da Constituição Imperial de 1.824 impunha como pré-requisito do começo de qualquer processo, a tentativa de conciliação das partes, da qual o juiz daria notícia nos autos. A disposição não foi repetida nas Constituições posteriores, nem acolhida nos códigos de processo civil estaduais (excluído o de São Paulo, que a previu e no código nacional de 1.939).”²⁰⁴

A conciliação é assim vista, por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“A conciliação consiste na intercessão de algum sujeito entre os litigantes, com vista a persuadi-los à autocomposição. Pode dar-se antes do processo, com vistas a evitá-lo, qualificando-se nesse caso como *conciliação extraprocessual*, quando promovida no curso do processo é *endoprocessual*.”²⁰⁵

Em cada uma das hipóteses há aspectos relevantes a serem registrados. Na conciliação dita *endoprocessual*, o que se lobra de início é que a tendência é quando ao estabelecimento de sua facultatividade, sem embargo da obrigatoriedade em hipóteses específicas, como as relacionadas a certas matérias, notadamente direito de família²⁰⁶.

Na legislação processual atual, por exemplo, em se cuidando de matéria que verse sobre direito disponível, ou patrimonial, e não sendo o caso de julgamento antecipado, o art. 331, do Código de Processo Civil obriga o juiz a realizar a tentativa de conciliação entre as partes, também imperativa, diga-se, no âmbito de relações jurídicas típicas de direito de família.

Dentro do âmbito dessa hipótese, pois, cumprirá ao magistrado agir como conciliador, empreendendo esforços para a solução da controvérsia como um elemento

²⁰⁴ CENEVIVA, Walter. Conciliação no processo civil brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 373.

²⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 144. No mesmo sentido: THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1, p. 560.

²⁰⁶ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e juizado de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985. p. 149.

facilitador do entendimento entre elas, o que, por óbvio, requer habilidade e desprendimento, já que, como assinala ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“Critica-se, ainda, a atribuição de conciliador ao próprio juiz da causa, em razão da dificuldade em desvincular o papel mais ativo do juiz na obra de convicção das partes, de um verdadeiro pré-julgamento. Mesmo assim, deve-se reconhecer que o êxito na tentativa de conciliação depende em grande parte da habilidade pessoal do juiz, de seu poder de persuasão e da forma como conduz, devendo evitar pressões descabidas sem deixar de empenhar-se a fundo no convencimento das partes. Por isso alguns juízes conseguem um número elevado de acordos, enquanto outros são menos felizes em suas tentativas.”²⁰⁷

Talvez a antes vista *cultura da sentença* ainda venha a empecer as possibilidades de sucesso mais expressivo da conciliação endoprocessual, mas o fato é que não se deve olvidar a existência hoje do denominado *princípio da obrigatoriedade da conciliação*²⁰⁸, extraído do art. 125, do Código de Processo Civil, fator que comanda imperativamente a urgência de que os magistrado acedam, cumprindo-o como se deve.

Carece de anotação, todavia, o fato de não ser mais obrigatória a audiência de conciliação, uma vez estabelecido pelo § 3º, do art. 331, do Código de Processo Civil, a possibilidade de sua não realização quando o direito não se prestar à transação ou quando de logo o magistrado inferir sua inviabilidade, norma criticada por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR da seguinte maneira:

“A Lei nº 10.444/02 também acrescentou novo § 3º ao art. 331, que praticamente anulou o esforço para habituar os juízes brasileiros ao importante instituto da audiência preliminar, pois abriu-lhes a oportunidade de não realizá-la *se as circunstâncias da causa* evidenciarem ser improvável a transação. A lei do menor esforço conduzirá grande número de juízes a seguir de marcar audiência de instrução e julgamento sem tentar a conciliação, e sem, infelizmente, efetuar a triagem que a lei destinou à audiência preliminar (art. 331, § 2º).

²⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e juizado de pequenas causas, cit., p. 130.

²⁰⁸ “Parece-nos que é exatamente isso o que ocorre com o inciso IV do art. 125, do Código de Processo Civil, oportunamente acrescentado pela Lei nº 8952/94. A determinação para que o magistrado tente a conciliação das partes em qualquer tempo possui uma carga político-ideológica tão grande que passamos a ter no nosso ordenamento jurídico processual civil vigente uma regra que deve informar todo o restante do sistema. Consequência é que, além da estrita observância aos princípios fundamentais do processo civil, sob o ângulo constitucional, deve a jurisdição civil, e m sentido amplo, obediência também ao princípio genérico infraconstitucional da obrigatória tentativa de conciliação das partes, a qualquer tempo. Onde quer que haja processo com feição jurisdicional (arbitragem, por exemplo), havendo contato entre as partes, indispensável que se tente a autocomposição, antes do julgamento.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*, cit., p. 148).

Nada recomendava transformar a audiência preliminar a simples eventualidade a ser cumprida segundo critério pessoal do juiz.”²⁰⁹

De toda maneira, ineludível a subsistência do princípio acomodado na letra do art. 125, IV, do Código de Processo Civil, já que, como afirma JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

“Por fim, o poder de direção implica a realização de esforços, visando à conciliação das partes (inciso IV). A conciliação é meio alternativo de solução de controvérsias, ao qual o legislador recorre com bastante entusiasmo, com o objetivo de reduzir a quantidade absurda de processos.

Além do momento procedimental adequado à conciliação (art. 331), deve o juiz incentivá-la durante todo curso do processo, em atenção aos objetivos de celeridade e eficiência do mecanismo estatal de solução de controvérsias. Nada obsta que tal se dê até mesmo antes da resposta do réu, caso o julgador entenda presentes as condições favoráveis ao acordo.”²¹⁰

No tocante à *conciliação extraprocessual*, pode-se ver que as possibilidades são as de sua realização pela via de órgãos diversos, como autarquias como o PROCON, ou instituições como o Ministério Público etc., ou ainda por órgãos jurisdicionais, tal como é o caso do Juiz de Paz, que na legislação italiana exerce esse papel de modo oficial²¹¹, solucionando controvérsias certamente destinadas ao Judiciário já abarrotado.

3.4. Transação

Modo alternativo de solução ou prevenção de litígios, a *transação* é normalmente inserida entre os meios de autocomposição bilateral²¹², tratando-se de negócio jurídico em que as partes previnem ou resolvem uma situação de litígio mediante renúncia recíproca a direitos dela provenientes.

Sobre o tema, aliás, averba CARLOS ROBERTO GONÇALVES:

“No sentido técnico-jurídico do termo, contudo, constitui negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes previnem ou terminam relações

²⁰⁹THEODORO JR., Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 246. Em sentido inverso, cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*, cit., p. 150.

²¹⁰BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 371.

²¹¹Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conciliação e juizado de pequenas causas*, cit., p. 152.

²¹²DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 140.

jurídicas controvertidas, por meio de concessões mútuas. Resulta de um acordo de vontades, para evitar riscos de futura demanda ou para extinguir litígios judiciais já instaurados, em que cada parte abre mão de uma parcela de seus direitos, em troca de tranqüilidade. Segundo *Cunha Gonçalves*, *transação é o contrato pelo qual is transigentes previnem ou terminam o litígio, cedendo, um deles ou ambos, parte de suas pretensões ou prometendo um ao outro alguma coisa em troca do reconhecimento do direito contestado.*²¹³

A apreensão do conceito revela os motivos pelos quais esse instituto é hoje assimilado pelo Código Civil como contrato típico, sendo assim previsto nos arts. 840 e seguintes, uma vez patente o acordo de vontades, independentemente da influência de terceiro, caracterizado pela renúncia bilateral a pretensões que defluam da situação jurídica controvertida.

Em sede doutrinária, haja vista o exposto, propõe-se como características próprias da transação a *incerteza de uma relação jurídica*, tanto quanto sua *eliminação mediante concessões recíprocas*²¹⁴, sendo ela viável, por outro lado, quando presentes alguns requisitos, assim enumerados por CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA:

“ a.-) Um acordo, realizado mediante declaração de vontade de ambos os interessados. Não há transação por força de lei, nem pode provir de provimento judicial *ex officio*. Quando realizado em juízo, a palavra jurisdicional é simplesmente homologatória.

b.-) Extinção ou prevenção de litígios, sem o que o negócio jurídico se desconfigura como transação. Assim já se configurava no Direito Romano, caráter que conserva em todos os sistemas modernos. Este é seu efeito básico, convertendo um estado jurídico incerto em uma situação segura.

c.-) Reciprocidade das concessões, traço característico que a distingue de qualquer outro negócio jurídico, onde haja *datio in solutum*, ou doação, ou renúncia, ou confissão, ou pagamento. A transação se tipifica pelo fato de ambos os transatores fazerem um ao outro concessões, mutuamente.

d.-) Incerteza em torno do direito de cada um dos transatores, ou ao menos de um deles. Na linha do Direito Romano, como na sistemática do BGB, a incerteza – *res dubio* – tanto pode ser subjetiva como objetiva, isto é, insegurança pessoal do interessado, como qualificação duvidosa do próprio direito. No direito francês, a incerteza corresponde à litigiosidade. O Direito Brasileiro acompanha a orientação romana, admitindo a transação desde que opere dúvida no espírito dos interessados.”²¹⁵

²¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 540.

²¹⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 441.

²¹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3, p. 507-508.

Naturalmente, além do exposto cumpre observar que pressuposta a essência negocial da transação sua constituição se subordina também às exigências usuais do sistema, tais como a *capacidade* dos sujeitos, em alguns casos com o acréscimo da legitimidade, a *possibilidade material e jurídica do objeto*, sem embargo, ainda, da utilização da *forma prevista ou não vedada legalmente* (CC art. 104).

Dentre estes, aliás, vale pinçar o item relativo ao *objeto da transação*, cujo elemento precípua é sua relação com uma situação duvidosa, para salientar a diversidade de suas origens dentro do vasto território da ordem jurídica²¹⁶, embora apenas deva compreender hipóteses nas quais não se vede a disponibilidade ao titular da pretensão.

No tocante às espécies de transação, a classificação tem como critério, no mais das vezes, o instante de sua realização, pois tanto pode ela se realizar antes do aforamento de postulação por um dos pretensos titulares de posição jurídica, como após seu ingresso em juízo, sendo oportuno contar, a respeito, com o escólio de SILVIO RODRIGUES:

“A transação é negócio jurídico solene, pois sua eficácia depende de forma prescrita em lei. Entretanto, para examinar o problema, convém recorrer à distinção tradicional entre transação judiciária, ou seja, a concluída em juízo, e extrajudicial, ultimada fora dele.

A primeira se pode fazer tanto por termo nos autos, quanto por escritura pública, como ainda, por instrumento particular (CC 1.028). em todas as hipóteses é mister que o juiz homologue a convenção, pois só dessa homologação resulta a cessação da instância.

A segunda, ou seja, a transação extrajudiciária, obviamente não se pode concluir por termo nos autos. Ela se fará por termo nos autos quando a lei impuser, ou por qualquer outra forma escrita, se não for demandado tal requisito.”²¹⁷

Deve-se acrescentar, a propósito da *transação judicial* a premência de sua homologação pelo juiz da causa, ato judicial cuja finalidade se restringe à mera aprovação

²¹⁶“Objeto da transação é, em princípio, toda relação jurídica que seja *res dubia*. Assim, pode recair em relações reais, obrigacionais, familiares ou sucessórias. Contudo não se pode efetuar transação a respeito de certos direitos. Só se permite, com efeito, relativamente a direitos patrimoniais de caráter privado. Excluem-se do âmbito desse contrato certas relações de família, como o matrimônio, o pátrio-poder, o poder marital, o estado de filho ilegítimo. Mas é lícito transigir quanto aos interesses pecuniários vinculados ao estado de uma pessoas, tais como, v.g., o direito à sucessão de quem investiga paternidade, desde que não importe transação sobre o estado que se reivindica.” (GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 441-442).

²¹⁷RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, cit., v. 2, p. 241.

sob o ponto de vista formal, independentemente de juízo sobre o mérito, condição indispensável à sua respectiva eficácia²¹⁸.

3.5. Mediação

Instrumento que catalisou a atenção de boa parte dos processualistas nas últimas duas décadas, a mediação ainda reflete expectativas e confiança elevadas quanto à possibilidade de se converter na principal rota voltada à solução pacificadora dos conflitos interpessoais, dado seu potencial humanitário e sua estrutura tão simples quanto eficaz.

Seu conceito pode ser compreendido, tal como pensa PETRÔNIO CALMON, da seguinte maneira:

“À inclusão informal ou formal de terceiro imparcial na negociação ou na disputa dá-se o nome de mediação, que é, pois, um mecanismo para a obtenção da autocomposição, caracterizado pela participação de terceiro imparcial, que auxilia, facilita e incentiva os envolvidos. Em outras palavras, a mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável.”²¹⁹

Trata-se de meio de autocomposição, posto que o terceiro, inserido no contexto das pretensões em litígio, não tem outro papel a desempenhar senão o de fornecer aos contendores caminhos para a construção de uma solução consensual e absolutamente conforme a suas genuínas intenções.

Sobre essa sua essência, a propósito, são oportunos os comentários de JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAES E FABIANA MARION SPENGLER:

“(...) A mediação é, pois, isto, e essa é sua diferença a respeito do juízo; ela não deve concluir nem decidir nada, deve fazer apenas com que as partes conflitantes estejam em condições de recomeçar a comunicação.

²¹⁸“Homologar, segundo a lição de Ênio Zuliani, significa aprovar a forma do ato e não julgar o mérito do negócio realizado. Mesmo sem homologação a transação adquire o efeito de coisa julgada (RT 770/265); homologada facilita-se ou encurta-se ou facilita-se o caminho, para a execução do título judicial; não homologada obriga o transigente à execução de obrigação de fazer (obrigar o outro a cumprir a transação, porque em sendo contrato não admite desistência unilateral.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p. 545).

²¹⁹CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 118. No mesmo sentido: “...método fundamentado, teórico e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas, para a prevenção ou o enfrentamento de conflitos.” (apud TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008. p. 207).

Por conseguinte, a palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a idéia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, mas entre elas. Por isso a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes em uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito. Trata-se de uma *gestão ativa de conflitos pela catálise de um terceiro* através de uma *técnica mediante a qual são as partes mesmas imersas no conflito quem tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador, terceiro imparcial que não tem faculdades de decisão*.²²⁰

Segundo se infere da literatura especializada, alguns *princípios* norteiam a mediação, tais como os relativos à *voluntariedade*, ao *consentimento informado*, à *autodeterminação*, *neutralidade e confidencialidade*²²¹, existindo ainda quem acrescente a estes a *informalidade* e a *não-competitividade*²²².

Fazem sentido esses postulados, uma vez indispensável, por exemplo, a *voluntariedade*, ou seja o engajamento no procedimento de mediação por decorrência de desígnio próprio, sendo discutível, por isso mesmo, a possibilidade de se impor aos interessados essa alternativa, já porque a menos que o desejem os litigantes a experiência não poderá ser bem sucedida.

Na base dessa livre deliberação das partes, aliás, se localiza o *consentimento informado*, uma vez seguro que devam estar perfeitamente cientes e conscientes sobre o procedimento em si, seus direitos específicos em relação à controvérsia etc., elemento indispensável no sentido de acorrerem para esse método alternativo escudados em reflexão lúcida, inclusive no tocante à sua conveniência.

Já no que pertine à *neutralidade*, trata-se de qualificativo exigível do mediador, cuja equidistância em relação mediandos e respectivas pretensões se manifesta como pré-condição para a constituição e subsistência dos vínculos de confiabilidade pessoal, dado imprescindível ao alcance dos propósitos almejados.

Sobre a *autodeterminação*, o relevante é a assinalação de que a faculdade, ou o poder, de identificar a solução mais congruente com os interesses concernentes a cada um dos sujeitos em disputa lhes pertence com exclusividade, não sendo o mediador alguém

²²⁰MORAIS, José Luiz Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 148.

²²¹CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, cit., p. 122.

²²²TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit.

com qualificativos que superem sua condição de mero agente facilitador e, portanto, sem qualquer atributo capaz de lhe conferir a possibilidade de arbitrar soluções no contencioso²²³. Em outras palavras, a solução advirá da vontade autônoma dos envolvidos no conflito, quando estiverem em termos de identificá-la consensualmente.

A confidencialidade concerne ao manto do sigilo que deve recobrir as informações porventura trazidas à tona em função do procedimento, impedindo-se, assim, sua divulgação, a não ser mediante autorização expressa.

Relativamente à informalidade, importa considerar com FERNANDA TARTUCE:

“No tratamento do conflito, importa adotar a via mais adequada ao desiderato maior da pacificação com justiça. A mediação, enquanto prática para a facilitação do diálogo entre as partes, não tem regras fixas (embora o mediador preparado conte com certas técnicas para a abordagem das partes e para o estabelecimento de uma comunicação eficaz com elas). Não há nenhuma forma exigível para a condução de um procedimento de mediação, dado que esta constitui essencialmente *um projeto de interação, de comunicação eficaz*. Assim, há quem diga que a informalidade é a tônica em tal processo.”²²⁴

Finalizando, o levantamento dos princípios da mediação, cumpre abordar o relativo à não competitividade, que deve ser entendido como aquele segundo o qual os mediandos precisam manter ao longo do procedimento comportamento aberto às alternativas possíveis de solução, assim como flexibilidade no tocante à provável escolha, escoimando o antagonismo característico das lições forenses, cujo desserviço à pacificação é de notória realidade.

Visto esse panorama, é compreensível, então, quando se assinala a existência de algumas *finalidades próprias* desse método de resolução de conflitos, entre as quais merecem realce a *retomada da comunicação entre os contendores, a pacificação social, a preservação do relacionamento entre as partes, a prevenção de desinteligências futuras*²²⁵.

Como se sabe, o conflito se remarca pelo dissenso entre os envolvidos, pela condição insular das opiniões, sentimentos e emoções, o que é fator contribuinte de um

²²³“O mediador carece de poder de emitir um veredicto e de impor o resultado às partes; sua missão e objetivos estão muito longe de imposições desse tipo. O mediador é um interventor com autoridade, mas não deve fazer uso de seu poder para impor resultados. O papel do mediador é o de um facilitador, educador ou comunicador, que ajuda a clarificar questões, identificar e manejar sentimentos, gerar opções e, assim se espera, chegar a um acordo sem a necessidade de uma batalha adversarial nos tribunais.” (CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, cit., p. 123)

²²⁴TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 213.

²²⁵TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit.

hiato comunicacional que tende ao agravamento e, no limite, à impossibilidade total de consenso, mesmo sobre aspectos em relação aos quais se cogite apenas de juízos de fato²²⁶ indisputáveis.

A mediação visa, dessarte, à liberação dos canais de comunicação entre os dissidentes, e tudo por intermédio de técnicas apropriadas²²⁷ à sua conscientização e estímulo à percepção da realidade para qual cada um, na angústia ocasionada pelo apego excessivo aos próprios desígnios, deu as costas.

Persegue-se por seu intermédio, também, o objetivo da *preservação de uma relação saudável* entre as partes, cuja impossibilidade se torna manifesta no sistema adversarial, em que processualmente se distinguem pela condição de oponentes diretos, com status de autor ou réu, fadados, ainda mais, à ostentação final da condição de vencedor ou perdedor, o que por si colabora decisivamente para o agravamento da dissensão, que sob o plano da realidade material, não será estancada pela mera prolação de uma decisão judicial transitada em julgado.

Na mediação o espírito colaborativo dos oponentes se impõe como condição relevante, da qual depende o sucesso do procedimento, o que oportuniza a subsistência dos vínculos de respeito e consideração recíprocos, tanto quanto afiança a *prevenção de lides futuras*, uma vez inquestionável o caráter consensual da solução por eles encontrada com o auxílio do mediador.

A pacificação social, de outra parte, significa, no plano da solução de conflitos, subministrar solução que goze de um mínimo de efetividade, com o fito de se estabelecer na situação concreta a materialização do decisório e seus comandos específicos, sem resistência de qualquer das partes, ou apesar dela. A experiência tem mostrado no tocante a isso, realmente, que as decisões judiciais têm padecido a própria impotência em volume

²²⁶“O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados. Embora seja contingência da condição humana, e, portanto, algo natural, numa disputa conflituosa costuma-se tratar a outra parte como adversária, infiel ou inimiga. Cada uma das partes em disputa tende a concentrar todo raciocínio e elementos de prova na busca de novos fundamentos para reforçar sua posição unilateral, na tentativa de enfraquecer ou destruir os argumentos da outra parte. Esse estado emocional estimula as polaridades e dificulta a percepção do interesse comum.” (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Ed. Método, 2008. p. 19).

²²⁷“O mediador é o terceiro que intermedeia as relações entre as partes envolvidas. A forma como age freqüentemente é elemento determinante do êxito ou não do processo. Conforme dito anteriormente, utilizando-se da autoridade a ele conferida pelas partes, deve restabelecer a comunicação entre estas. Sua função primordial é a de um facilitador, eis que deve proporcionar às partes as condições necessárias para que alcancem a melhor solução para o seu conflito. É função também do mediador conduzir as negociações, seu papel é o de um *facilitador, educador e comunicador*.” (MORAIS, José Luiz Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*, cit., p. 160).

acentuado de hipóteses, já porque, a despeito de seus comandos - e até de sua virtual efetividade - a litigiosidade entre as partes segue subcutaneamente, pronta a eclodir pouco depois ou a qualquer momento.

O procedimento da mediação, todavia, como logra edificar solução concebida a partir da compreensão recíproca das partes, no uso de sua autonomia, tende a realizar o mister da pacificação de forma mais consistente e durável, tornando-se, dessarte, um de seus objetivos mais reluzentes.

Frente a isso é que avaliando suas vantagens, assim se manifesta EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE:

“Se num processo litigioso cada parte procura seu próprio advogado, com suas razões, alegações e argumentos, a tendência natural é a de que cada procurador defenda seu cliente de forma a torná-lo vitorioso na peleja que se anuncia, sem levar em consideração as mesmas razões e argumentos da parte contrária. O litígio cinde qualquer possibilidade de acordo ou composição já que cria a inexorável figura dos *campos opostos*, tendente a aumentar o conflito.

O escopo da mediação direciona-se em sentido completamente distinto: não se confinando a resolução do conflito, antes implica *possibilidades de promoção humana, com efeitos benéficos na criação de condições para um crescimento na maturidade, na capacidade de comunicação, no sentido da responsabilidade dos cônjuges e pais, na auto-estima e no sentimento de pertença dos filhos, tão indispensáveis ao seu desenvolvimento harmonioso, sem descontinuidade e desequilíbrios graves.*

A solução judicial aponta problemas, a mediação potencializa a capacidade de compreensão dos problemas e a possibilidade das respostas mais corretas; a solução judicial impõe normas e posturas, por isso na sua grande maioria não são respeitadas; a mediação conduz as partes a decidir o que é melhor para a continuidade da vida familiar pós-ruptura, o que justifica a maior adesão dos destinatários; a decisão judicial cria o impasse da infinita litigância enquanto a mediação procura, no consenso, diminuir a gravidade da situação fática conduzindo as partes à segurança de resoluções sugeridas pelo mediador e pelos advogados.”²²⁸

Quanto às formas da mediação, sabe-se da possibilidade de ser extrajudicial ou judicial, a depender do momento de seu efetivo emprego. Essa terminologia, a propósito, é do próprio Projeto de Lei nº 94/2002, que visa à regulamentação desse procedimento, cabendo o esclarecimento de que a mediação extrajudicial seria aquela realizada por

²²⁸ LEITE, Eduardo Oliveira. A mediação no direito de família ou um meio de reduzir o litígio em favor do consenso. In: _____ (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2, p. 109.

mediadores que não façam parte do corpo judiciário²²⁹, ou seja, por quem integre os diversos serviços privados de mediação, incluindo grupos comunitários encarregados de seu desenvolvimento como forma de prevenção e solução de conflitos.

Por outro lado, há também a *mediação judicial* ou então *mediação paraprocessual*, realizada na pendência de lide entre as partes, com processo naturalmente já em trâmite, podendo nesse caso ser realizada de início, ou incidentalmente, segundo determinação do juízo e conveniência ou vontade das partes, servindo assim como elemento relevante para atalhar a dissensão entre os envolvidos e lhes facilitar solução compositiva.

Neste último caso, como afirma FERNANDA TARTUCE:

“Na nomenclatura do Projeto de Lei nº 94/2002, fala-se em mediação paraprocessual. Explica-se em seus motivos que a expressão *paraprocessual* (para = ao lado de, elemento acessório ou subsidiário) pretende trazer ao âmbito do Poder Judiciário a realização de um método complementar/suplementar de composição. A mediação poderá ser judicial ou extrajudicial (conforme a qualidade dos mediadores) e prévia ou incidental (segundo o momento em que tiver lugar).

A mediação será judicial quando efetivada no curso de uma demanda já instaurada, sendo conduzida por mediadores judiciais (previamente cadastrados segundo as regras do respectivo Tribunal), designados pelo juiz da causa. Como regra, por força de lei, os mediadores judiciais serão advogados.”²³⁰

4. Tutela Jurisdicional

4.1. Direito Fundamental à Jurisdição

Seria, com efeito, suicida a ordem jurídica que não se incomodasse com a realizabilidade dos direitos objetivos por ela instituídos²³¹, daí provindo a conclusão necessária sobre a existência de garantias que lhe são inerentes, e dentre as quais o direito à jurisdição.

Tal direito, todavia, não se revela um direito qualquer, mas um direito fundamental, ancorado no texto constitucional, como, aliás, é usual desde a Carta de 1946. A CF de 1.967, com a Emenda 1/69, por exemplo, trazia em art. 153, §4º, a afirmação relativa à

²²⁹“A mediação extrajudicial é operada sem o auxílio de componentes dos quadros jurisdicionais. Normalmente é considerada *mediação privada*, sendo efetivada previamente à instauração da relação processual.” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 238).

²³⁰TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, cit., p. 241.

²³¹JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 33.

inafastabilidade da jurisdição, concernente ao postulado da inafastabilidade de jurisdição²³².

Sobre sua atual conformação, a partir da disposição do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal em vigor, sustentam GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO:

“O texto constitucional estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, enfatizando que a proteção judicial efetiva abrange não só as ofensas diretas, mas também as ameaças (art. 5º, XXXV).

A Constituição não exige que essa lesão ou ameaça seja proveniente do Poder Público, o que permite concluir que estão abrangidas tanto as decorrentes de ação ou omissão de organizações públicas, como aquelas originadas de conflitos privados.

Ressalve-se que não se afirma a proteção judicial efetiva apenas em face de lesão efetiva, mas também qualquer lesão potencial ou ameaça a direito. Assim, a proteção judicial efetiva abrange também as medidas cautelares ou antecipatórias destinadas à proteção a direito.”²³³

Essa visão, por assim dizer, constitucionalizada do direito de ação, convertido à condição de direito fundamental à jurisdição, já guardava essa mesma fisionomia pela pena de processualistas tradicionais, valendo consignar que após saudar a iniciativa de JOÃO MENDES JR. no sentido de coligar o processo ao texto constitucional, assim se manifesta JOSÉ FREDERICO MARQUES:

“Descansa a doutrina do Direito Processual naquela *trilogia estrutural*, ou naqueles *três conceitos básicos* a que se referiu Podetti: *ação, jurisdição e processo*. Ora, qualquer desses monocômios do alicerce tridimensional da processualística moderna se assenta na Constituição. O direito de agir, como direito à jurisdição, é um direito subjetivo público de caráter cívico (decorrente do *status civitatis*), enquanto que a jurisdição é atividade estatal destinada a fazer efetiva a ordem jurídica, pelo cumprimento e aplicação do direito objetivo, através de órgãos judiciais instituídos pela Constituição. E o processo, como garantia imparcial da solução dos conflitos, com a plenitude do direito de defesa, o contraditório pleno e o pronunciamento imutável da *res judicata*, não pode deixar de amoldar-se aos cânones democráticos dos estatutos constitucionais que informam os Estados submetidos ao império do Direito.”²³⁴

²³²“Essa regra constitucional institui o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Contém em si a base normativa do direito de ação (RT 230:468). Só a Constituição pode, válida e expressamente, excluir da apreciação judicial qualquer lesão de direito individual.” (MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 327).

²³³Op. Cit., 481. No mesmo sentido: MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 227.

²³⁴MARQUES, José Frederico *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 24.

Indiscutível, pois, a índole constitucional desse direito, que de longa data vem sendo assim tratado pela ciência processual e pela constitucional, colocando-se, então, entre as garantias fundamentais do cidadão, particularmente a relativa ao acesso à justiça, inclusive com fundamento em várias Convenções Internacionais, tal como salienta com objetividade SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA:

“Aos direitos fundamentais associam-se as chamadas garantias, direitos instrumentais, que servem à sua proteção e efetivação. Elas consistem geralmente em ações – extrajudiciais (como o direito de resistência) ou judiciais (como habeas corpus, mandado de segurança e habeas data) – a princípio pertinentes à jurisdição (v.g. o art. 5º, XXXV, da CB88: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou a ameaça a direito*”) e ao modo como se exerce a ação em juízo (v.g. plenitude da defesa, direito ao contraditório).

O processo jurisdicional existe para a realização do direito material, e todas as suas garantias se sintetizam no acesso à justiça. Este não se resume à possibilidade de perseguir um direito em juízo, nem à admissibilidade do pleito pelos órgãos judiciais, mas envolve a obrigação de que ele seja apreciado e decidido segundo o devido processo legal. Por isso, o direito à jurisdição, agasalhado no art. 5º, XXXV, é inseparável da garantia inserta no inciso LIV do mesmo dispositivo: *ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal*.

As declarações internacionais acentuam o direito à jurisdição e a sua efetividade: *‘Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer ação criminal contra ele’* (Declaração Internacional dos Direitos do Homem, art. X). *‘Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes, remédios efetivos para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.’* (id., art. VIII). *‘Toda pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.’* (Pacto Internacional Sobre Direitos Civil e Políticos, art. 14). *‘Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, fiscal, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.’* (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, art. 8º, § 1º). *‘Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido, ou a qualquer outro recurso efetivo, perante juízes ou tribunais competentes que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente convenção,*

mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.' (id., art. 25, § 1º).²³⁵

Os vínculos desse direito constitucional à jurisdição, portanto, estão postos desde as declarações internacionais de direitos humanos, o que reforça a elevação de seus status, de modo a inexistir qualquer questionamento sobre essa sua natureza, e obviamente quanto ao qualificativo de direito fundamental de garantia²³⁶, o que, por outro lado, atesta a confluência e colaboração constantes entre direito processual e o direito constitucional, tornando-se cada vez mais lugar comum a leitura dos institutos do primeiro à luz das diretrizes da Carta.

Desde sempre, aliás, processualistas com mente aberta vêm sinalizando essa intensa aproximação entre a Constituição e o Processo, apontando, ademais o papel influente que este deveria ocupar na realização das diretivas e direitos por ela assegurados, tal como se colhe em importante trabalho de ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“A doutrina processual civil, que tratara inicialmente as ligações do direito processual com o direito privado, apontando o caráter privatístico do processo, fê-lo, talvez, para melhor reivindicar as razões do indivíduo: mas o direito público não representa apenas a fonte do Poder Público contra o indivíduo, como também configura a defesa do indivíduo relativamente à autoridade. E hoje a tendência processual é inegavelmente constitucionalista.

Acentua-se a ligação entre Constituição e processo civil, no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: este é o caminho, ensina *Liebman*, que transformará o processo de simples instrumento de justiça em garantia de liberdade.”²³⁷

²³⁵ CUNHA, Sérgio Sérulo *Fundamentos do direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 186-187.

²³⁶ “O direito de ação é um direito público, subjetivo, exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar tutela jurisdicional. O Estado-juiz, não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura caso de responsabilidade judicial. Assim, podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação.” (NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.p. 136)

²³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 13.

Em acréscimo diga-se que a fundamentação constitucional do direito à jurisdição, ou direito à ação, tão corrente entre processualistas brasileiros²³⁸, não se apresenta como exclusividade da doutrina nacional e, ao contrário, assim também se apresenta em outros sistemas jurídicos. Assim, sob a perspectiva da ordem jurídica italiana, e explanando sobre o direito material e sua tutela pelo processo, averba ANDREA PROTO PISANI:

“O Estado, então, se de um lado pune, no Código Penal, *o exercício arbitrário das próprias razões* (art. 392 e 393, cp), de outro lado institui a função jurisdicional que se coloca como instrumento principal, e tendencialmente exclusivo, para a atuação do direito material, no caso de falta ou defeituosa cooperação por parte dos sujeitos.

Sob esse aspecto, a relação entre direito material e processo é clara: a falta ou defeituosa (veremos daqui a pouco o que se entende por defeituosa) da devida cooperação entre os sujeitos e a proibição – imposta pelo Estado – de por si impor suas razões, representam os elementos que justificam, sob o plano estático, os conceitos de ação e jurisdição, e sob o plano dinâmico, o surgimento do processo.

O processo (*rectius*: os muitos procedimentos pelos quais se articula a tutela jurisdicional), portanto, através da atividade das partes (exercício da ação) e do juiz (exercício da jurisdição), objetiva fazer obter aos titulares de situações de vantagem o mesmo resultado (ou, se isso é impossível, resultados equivalentes) que deveriam obter por meio da cooperação espontânea da parte dos demais sujeitos inadimplentes.

Parece bastante evidente que como esse modo de olhar o processo – outro seria o mais simples e tradicional – se relaciona hoje com a presença do art. 24, parágrafo 1º, da Constituição, constitucionalmente obrigatório. Essa norma, afirmando que *todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e dos interesses legítimos* exaltou – constitucionalizando-o – o caráter instrumental do processo...”²³⁹.

Importa realçar, ainda, que o direito à jurisdição não se esgota na possibilidade de acesso à justiça, vale dizer, não se resume à possibilidade de aforamento de demandas perante os tribunais, nele se inserindo outros elementos relevantes, sem os quais seu esvaziamento seria certo, talvez lhe sucedendo a própria inutilidade. Por isso, em seu contexto se lobra igualmente um direito à informação ou assistência jurídica em seu sentido mais amplo, pois de outro modo, a própria iniciativa no tocante à movimentação da máquina judiciária não se ampliaria de modo desejável.

²³⁸ Cf. TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 10-12.

²³⁹ PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale civile*. 5. ed. Jovene, 2006. p. 32-33 – tradução livre. No mesmo sentido: RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 97; TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 7. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Lex, 1999. p. 33-34.

Por isso, sob a perspectiva do sistema lusitano, anota com lucidez MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA:

“O acesso à justiça não é, aliás, o único direito fundamental que deve ser assegurado ao cidadão na área da proteção dos direitos: adequadamente o art. 20, nº I, CRP atribui, a par da garantia de acesso aos tribunais, uma garantia de acesso ao próprio direito. Sem essa garantia de *direito ao direito*, a garantia de acesso aos tribunais poderia tornar-se vazia e ilusória, dado que não importa criar as condições para aceder aos tribunais se, simultaneamente, não se possibilitar o conhecimento dos direitos que se podem defender através desses órgãos. Nesta perspectiva, percebe-se que nos termos do art. 20, nº 2, CRP, a garantia de acesso ao direito envolva o direito à informação e consulta jurídicas, e, em caso de necessidade, ao patrocínio judiciário e que o art. 6º DL 387-B/87, de 29/12, englobe o direito à consulta jurídica e ao patrocínio judiciário num mais vasto direito à proteção jurídica.”²⁴⁰

Conclui-se, nestes passos, que o *direito fundamental à jurisdição* se encontra recortado segundo as diretrizes do movimento do *acesso à justiça*, expandindo-se, dessarte, para dimensões um pouco além daquelas aparentes, resultando disso seu enlace com a assistência jurídica e judiciária em sentido amplo, na condição de garantias imprescindíveis à sua própria vitalidade e eficácia.

Deve-se ter presente, à vista do exposto, que a ordem jurídica, notadamente em função das diretrizes constitucionais, se filia a uma concepção de *acesso à justiça* em sentido bem amplo²⁴¹, fator suficiente para exigir a derrubada de barreiras não somente econômicas, mas, sobretudo, culturais, com o fito de se assegurar o ideal, ou seja, o *acesso a uma ordem jurídica justa*.

Esta última expressão, aliás, brotou justamente desse mesmo sentimento, e fez KAZUO WATANABE inscrever na história da evolução do processo civil brasileiro página com aforismos insuperáveis e a todo instante lembrados, por ele assim grafados:

“Em conclusão:

a.-) o direito de acesso à justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa;

²⁴⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, cit., p. 34.

²⁴¹ “Como salienta Horacio Wanderlei Rodrigues (1994, p.28), a vagueza da expressão *acesso à justiça* permite fundamentalmente dois sentidos. O primeiro atribuindo ao *significante justiça* o mesmo sentido e conteúdo que o do Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões *acesso à justiça* e *acesso ao Judiciário*; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão *justiça*, compreende o *acesso a ela* como *acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano*. A formulação do princípio optou pela segunda formulação. Justifica-se, tanto por ser mais abrangente, como pelo fato de o acesso à justiça, como princípio, inserir-se no movimento da efetividade dos direitos sociais.” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005. p. 112).

b.-) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características.”²⁴²

Vale lembrar, em acréscimo, que para alguns o direito à jurisdição também engloba outros aspectos, um tanto distintos dos até aqui listados, e interligados à própria efetividade da tutela jurisdicional requisitada, no sentido da garantia a uma *tutela jurisdicional adequada* ao direito sob ameaça ou já violado, como consigna NELSON NERY JR.:

“Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela jurisdicional seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.”²⁴³

Desse ponto de vista o que se aclama como parte integrante do direito à jurisdição é a própria efetividade do processo, no sentido, então de sua óbvia vocação chiovendiana da entrega de tudo quanto o direito em disputa envolva em prol daquele reconhecido como seu titular.

4.2. Devido e Justo Processo

O direito à tutela jurisdicional se exercita por meio do instrumento próprio, ou seja, o processo. A pretensão nascida da ameaça ou violação a direito subjetivo decorrente das diretrizes normativas do sistema é levada ao Judiciário por meio do processo, arena onde se estabelece o confronto entre os sujeitos processuais, mediado por regras e princípios que distribui entre eles ônus, prerrogativas, direitos e deveres.

²⁴²WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna, cit., p. 135.

²⁴³NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 132.

Para que esse mecanismo de resolução de conflitos funcione de modo a viabilizar a pacificação com justiça, há de assegurar uma relação processual presidida por parâmetros éticos indescartáveis, legitimando, ao final, a solução por seu intermédio imposta²⁴⁴.

A razão fundamental se situa na dificuldade incontornável de se contar com o assentimento dos litigantes no tocante ao objeto da decisão judicial que os vincule, nos moldes do entendimento sobre o qual foi constituída, e menos ainda no tocante à justeza de seus fundamentos, até pela relatividade do entendimento sobre os valores jurídicos em jogo e a inviabilidade natural de consenso a respeito.

Logo, se sobre o justo ou o injusto, do ponto de vista da substância, ainda – e sempre – prevalece a incerteza e insegurança, o melhor a fazer é substituir a base sobre a qual incide sua avaliação nas contendas judiciais, fixando-a sobre a forma da relação processual, ou da disputa. Assim, se as “regras do jogo” se fizeram observar, a solução só pode ser justa, independentemente do resultado.

E é nessa acepção que repousa o preceito do *due process of law*, como proficientemente esclarece OSCAR VILHENA VIEIRA:

“A idéia de devido processo, além de se ter transformado num instrumento cada vez mais relevante não apenas para a tomada de decisões de natureza jurídica ou política, tem exercido muita influência em outros campos da atividade humana que demandam legitimidade. Há, assim, critérios procedimentais para o acreditamento de pesquisas, para certificação de idéias e inventos, para a promoção de carreiras, para a demissão de empregados etc. Num mundo destituído de verdades absolutas ou, pelo menos, num mundo tolerante a diversas verdades com pretensão de absolutas, mas que muitas vezes são auto-excludentes, o devido processo aparece como um instrumento privilegiado para a resolução de conflitos. Neste sentido, devemos aceitar um julgamento, nos submeter a uma decisão, ou mesmo respeitar uma proposição científica, não porque sejam verdadeiramente corretas, mas sim porque os procedimentos pelos quais foram tomadas essas decisões são aceitos como legítimos para a produção dos resultados com pretensão de verdade.”²⁴⁵

Nessa perspectiva que esse princípio emergiu com vigor, desde o Século XIII, para mediar relações entre o cidadão comum e os agentes dos poderes constituídos, para, de um

²⁴⁴BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 20.

²⁴⁵VIEIRA, Oscar Vilhena; SCABIN, Flávia. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 481. No mesmo sentido CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, com fundamento em PICARDI – in *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 131.

lado, evitar a inexorabilidade da expropriação arbitrária de direitos, e, de outro, para emprestar legitimidade democrática ao exercício do poder.

Seu aperfeiçoamento, aliás, tornou-o aplicável sob dois ângulos, ou seja, para corrigir distorções das leis de defeituosa elaboração – *substantive due process of law*²⁴⁶ – e visando ao regramento ético-moral dos processos e procedimentos utilizados pelo Estado para o cumprimento de suas atividades, notadamente na gestão de conflitos de interesses envolvendo particulares – *due process of law*.

Sob esse último aspecto, vale afirmar, o *devido processo legal* se manifesta como um megaprincípio²⁴⁷, como aquele em torno do qual giram os demais postulados do processo civil constitucional, significando, no plano processual, um direito-garantia que, visando à *interdição da arbitrariedade*²⁴⁸, institui uma série de prerrogativas e ônus para as partes, de modo a que a relação se desenvolva sob o signo da igualdade, com ampla possibilidade de influência e participação, com vistas à obtenção de um resultado justo, via deliberação de juiz imparcial²⁴⁹.

Manifestando-se a respeito, aliás, anotou CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA:

“Concebida originalmente como freio ao poder real, e para servir de estatuto de convivência política e econômica entre elites dominantes da Inglaterra do Século XIII, culminou por constituir elemento fundamental do Estado de Direito. Para além das garantias correspondentes ao órgão judicial e do caráter fundamental da garantia de acesso à jurisdição, do ponto de vista estritamente processual, o conceito de devido processo legal compreende a estruturação correta do procedimento, permitindo tendencialmente aos litigantes as garantias de publicidade, contato direto do juiz com as partes e tramitação rápida do expediente. Todavia, como o processo não se resume a uma seqüência ordenada de atos, o princípio não se esgota em assegurar a regularidade do procedimento, abrangendo também a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas e, assim, influírem por meio do contraditório,

²⁴⁶“A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana, no final do Século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o legislador produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land*, é contrária ao Direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.” (NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 67-68.)

²⁴⁷CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 41.

²⁴⁸CUNHA, Sérgio Sérulo *Fundamentos do direito constitucional*, cit., p. 188.

²⁴⁹“O devido processo legal procedimental está intrinsecamente associado à proposição de que ninguém deve ser juiz em causa própria. Logo, de que processos judiciais devem ser organizados de forma a assegurar resultados o mais imparciais possíveis. Ao decidir sobre a restrição de direitos a indivíduos bem como sobre a imposição de obrigações concretas a cada um, os juízes deveriam atender a uma série de requisitos formais que favorecessem uma decisão conseqüente com aquilo que foi apresentado em igualdade de condições pelas partes no processo.” (VIEIRA, Oscar Vilhena; SCABIN, Flávia. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, cit., p. 480).

na formação do convencimento do juiz. Por tais razões, o aspecto mais essencial do devido processo legal é o de assegurar o contraditório e ampla defesa.”²⁵⁰

Em síntese, o sentimento desse respeitado autor sobre o tema não difere daquele esposado de há muito por ADA PELLEGRINI GRINOVER, para quem:

“O conteúdo da cláusula, no processo civil, subsume-se na garantia da ação e da defesa em juízo.

O conceito de igualdade é o primeiro elemento do *due process*. Aponta-o *Comoglio*, frisando que não haverá contrariedade à cláusula quando uma sentença desfavorável coroar processo em que autor e réu tiveram a possibilidade de fazer valer seus direitos em juízo.”²⁵¹

O que se deve realçar, todavia, é a advertência no sentido de que a relevância do princípio do *devido processo legal* é tão acentuada a ponto de não ser permitido seu aprisionamento numa fórmula vazia, com o que tornar-se-ia viável legitimar, por meio de seu postulado, decisões desumanas e injustas, a serviço das quais, realmente, ele nem se encontra, nem poderia estar.

Realmente, como sublinha RUI PORTANOVA:

“Mas atenção: a tortura com objetivo de confissão já fez parte do devido processo legal. Por isso o processo não é estático. Como diz *Galeno Lacerda*, não se pode pensar o *due process of law* só como preservação de um rito, *como um valor absoluto e abstrato, a justificar as devastações concretas que um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana causam à parte inerte. Não é isto fazer justiça. Não é para isso que existe o processo.*

(...)

O princípio nasceu com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado. Hoje o objetivo é maior. Adaptado à instrumentalidade, o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a devida igualização das partes no debate judicial.”²⁵²

²⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 86.

²⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 40.

²⁵² PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, cit., p. 146-147. No mesmo sentido: CANEJO FILHO, Walter. Garantia do acesso à justiça. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17.

Convém, então ressaltar, que a acepção de *devido processo legal*, tomada sob a ótica estritamente humanista, é a diretriz suprema, o molde a partir do qual se constrói na atualidade o *modelo constitucional do processo*, com cariz essencialmente *garantista*²⁵³, delineado de modo a ressaltar as exigências de um processo em que se concretizem as garantias do *juiz natural* (CF, art. 5º, LIII), *do contraditório e da ampla defesa* (CF, art. 5º, LV), *da proibição das provas ilícitas* (CF, art. 5º, LVI) e, enfim, das demais, e justas, regalias do *due process* (CF, art. 5º, LIV), tais como uma tutela adequada e efetiva à pretensão etc.

As diretrizes reitoras do modelo constitucional de processo, portanto, forjam-no sob a perspectiva do *justo processo*, que segundo AUGUSTO MORELLO, assim podem ser compreendidas:

“Desde o território do devido processo legal derivam, em cascata, diversos e importantíssimos princípios e diretrizes processuais: de igualdade de tratamento (ou isonomia), do controle constitucional, da atividade jurisdicional na perspectiva do razoável e do equitativo pelos juízes e da qualidade de seu produto final: a sentença de mérito – desde o direito à ação até a sentença que conte com motivação adequada, séria e congruente -, o princípio do contraditório real, que impeça atuações unilaterais ou surpreendentes pela outra parte ou pelo próprio órgão e garantia da proibição de valer-se de provas obtidas por meios ilícitos e a de consentir e não declarar as nulidades, assim como a publicidade dos atos processuais; o princípio do duplo grau de jurisdição e, em síntese, o dever de garantir um resultado útil e uma direção inteligente, afiançando

²⁵³“Particularmente explícita, como se sabe, a Constituição Federal brasileira de 1.988 não se limita a enunciar a garantia do *devido processo legal* como preceito organizatório do sistema. Nem faz como as precedentes cartas políticas, que formalmente ofereciam apenas a garantia da ação (hoje art. 5º, XXXV) e exigiam da doutrina imenso labor constitutivo, destinado à demonstração de que ali residiam verdadeiramente as garantias da inafastabilidade do controle jurisdicional e do próprio *due process of law*. Alinhada às tendências garantísticas modernas, inerentes ao modelo internacional de processo civil (*Comoglio*), a Constituição brasileira empenha-se na tutela constitucional do processo – conceito que já não goza de tanto prestígio entre os italianos como entre os brasileiros – antes não explícito e tendo por finalidade a segurança de um processo justo e equo. A própria cláusula *due process* agora explícita (art. 5º, LIV) prossegue sendo repositório sintético de todas as garantias em particular, de modo que não será legítimo, por violação a ela, o processo que não atenda a qualquer delas. A generosa idéia do processo justo e equo, que vem sendo cultuada pelos processualistas modernos, apóia-se na constatação de que dificilmente produzirá resultados substancialmente justos o processo que não seja em si mesmo justo – ou seja, aquele que for realizado sem o predomínio dos parâmetros político-liberais emanados das garantias constitucionais do sistema. (...) Essas duas ordens de observação conduzem à conclusão central de que o modelo constitucional do processo civil brasileiro é acentuadamente garantístico, no duplo sentido de que toda a vida do processo civil deve necessariamente ser permeada da mais estrita fidelidade aos princípios ditados na Constituição Federal; e de que o sistema processual inclui medidas de tutela específica, destinadas à preservação das liberdades e dos valores da cidadania.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 199-200).

a justiça e a reta proteção desse serviço, sem incorrer em excessos formalísticos e nem em denegação de justiça.”²⁵⁴

4.3. Tutela Jurisdicional, Perfil e Diretrizes

É intuitivo que direitos materiais florescentes no sistema já são concebidos sob a garantia de amparo, uma vez inegável o fato dessa propriedade ser inerente à sua própria essência ou natureza.

Falar em direito, portanto, é falar em alternativas de suporte à sua realizabilidade, distribuídas pelo sistema em enclaves dos mais diversos, e dentre os quais se sobressai o relativo à *tutela judiciária ou jurisdicional*, exercida pelo Estado e afeta ao seu compromisso constitucional em prestá-la quando em presença de ameaça ou lesão a quaisquer direitos (CF, art. 5º, XXXV).

Para alcançá-la faz-se indispensável o exercício ao *direito de ação* ou o *direito à jurisdição*, incrustados na diretriz constitucional em referência, cujas alargadas dimensões ensejam na visão contemporânea o *direito a uma tutela adequada à pretensão encaminhada ao Judiciário, com seus relevantes consectários*.

Sobre esse tema, a propósito, afiança LUIGI PAOLO COMOGLIO:

“O que se deve indagar antes de tudo é o que se deve entender por *acesso à Corte* e *acesso à Justiça*. (de se reputar substancialmente equivalente à alocação anglo-americana *access to justice*). As perspectivas em que a questão pode ser colocada (e as conseqüentes respostas) são duas:

(....)

Ao nível garantístico se acentua, ao revés, o direito-poder individual de exercício da ação em juízo (isto é, na terminologia anglo-americana, *right to invoke the jurisdiction of the courts*), a qual assegura (ou deveria assegurar) a qualquer um, a efetiva possibilidade de demandar e, de onde resulta o direito de provar em juízo o fundamento da própria demanda, e o de obter uma idônea forma de tutela do direito posto em causa, diante de um juiz independente e imparcial.”²⁵⁵

Tal direito, em realidade, e não obstante suas avantajadas proporções, deve ser assimilado na perspectiva de sua autonomia e cariz constitucional, sem atrair para si,

²⁵⁴MORELLO, Augusto. *El justo proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis; Abeledo Perrot, p. 81 (tradução livre do espanhol). No mesmo sentido: SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, cit., p. 39-40.

²⁵⁵COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 12-13.(trad. livre do italiano)

todavia, mais do que a natureza de instrumento, ou melhor, de pré-condição para a virtual obtenção de tutela jurisdicional, sem se confundir com ela mesma.

Realmente, sob a ótica das opiniões com prevalência no cenário da doutrina, *tutela jurisdicional* deve ser reconhecida como resultado da atividade jurisdicional, e mesmo assim, apenas em relação àquele a quem se atribua, por intermédio do processo, a razão em relação ao conflito apreciado.

Foi nesses termos que CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, louvado nas notas de LIEBMAN, resgatou o tema e o reintroduziu no círculo de debates, fazendo a respeito as seguintes considerações:

“Tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição ou somente a outorga do provimento jurisdicional, em cumprimento ao dever estatal que figura como contraposto de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados – e o processo civil de hoje é um processo civil de resultados. A utilidade prática que se deseja do processo é a efetiva satisfação das pretensões apoiadas pelo direito. *Só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente* (Liebman) – eis a chave para a ação e direito à tutela jurisdicional, no quadro das tendências do processo civil contemporâneo.”²⁵⁶

Respeitando esse viés, de resto legitimado por considerável fatia da doutrina, mas indo um tanto além, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, em excelente monografia dedicada ao assunto, consigna assim seu entendimento:

“Pode-se, portanto, definir tutela jurisdicional como resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado que exercem a jurisdição ou a tanto autorizados, visando à proteção do patrimônio jurídico. E este tanto pode ser o direito material como o direito processual (v.g. ações rescisórias de sentenças por causas puramente processuais), e ainda a declaração da própria inexistência do direito, tanto do ponto de vista individual quanto coletivo, repressivo ou preventivo.”²⁵⁷

²⁵⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: _____. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 798. No mesmo sentido: “Direito ao provimento sobre a situação jurídica material somente tem aqueles que preencherem determinados requisitos, denominados por parte da doutrina como condições da ação. Trata-se aqui de algo mais do que mero direito de ingresso em juízo. O titular da *ação processual* tem direito ao pronunciamento judicial sobre a situação de vida trazida para o processo, ainda que desfavorável. No processo de conhecimento fala-se em direito à sentença de mérito. Já a tutela jurisdicional está reservada apenas para aqueles que efetivamente estejam amparados no plano do direito material.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, cit., p. 27).

²⁵⁷OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 108.

Promover a tutela jurisdicional, segundo esse ponto de vista, se associa apenas à apreciação das pretensões em confronto e à solução da respectiva controvérsia, sem se prender ao provimento efetivo a qualquer delas, de tal sorte a se colocar em perspectivas consideravelmente mais amplas que o entendimento inicialmente exposto.

E, com efeito, a acepção segundo a qual apenas haverá a tutela jurisdicional ante um amparo, ou sustentação, de uma posição esgrimida pela parte parece mesmo produto de uma colonização do território eminentemente técnico-científico pelas conotações semânticas do vocábulo *tutela*²⁵⁸, insuficientes, contudo, no tocante à expressão exata da realidade processual do conceito.

Escusado dizer que a sua realização, ou concretização, no âmbito do processo se perfaz via técnicas processuais, por sua vez empregadas sempre em consonância com o quadro posto, ou seja, em última análise na conformidade com a relação jurídica de direito material em causa, para o fim natural de se aparelhar a tutela de modo adequado à crise de adimplemento sob apreciação, em busca – indispensável – de sua maior eficácia.

Daí a doutrina referir de modo corrente à inter-relação inegável entre a tutela jurisdicional e suas formas com o direito material, sob influência do qual, portanto, se estrutura.

Bem por isso se pode referendar JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE quando averba:

“A diferença entre as espécies de tutela decorre das circunstâncias inerentes à situação de vida que clama pela proteção jurisdicional. Na grande maioria das vezes é o próprio direito material que determina a espécie de tutela. Será ela declaratória, condenatória ou constitutiva, por exemplo, em função da relação jurídica substancial e da pretensão exposta pelo autor. A crise de incerteza ou de inadimplemento conduz às tutelas declaratórias e condenatórias. Já o direito à modificação jurídica (direito potestativo na terminologia chiovendiana) autoriza a tutela constitutiva. Tanto a tutela declaratória quanto a constitutiva implicam o reconhecimento de um direito. Distinguem-se em função da própria natureza do direito afirmado: será constitutiva a tutela se o *accertamento* acarretar a alteração de um estado jurídico preexistente. O objeto da declaração, aqui, é um direito à modificação jurídica.”²⁵⁹

²⁵⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit.

²⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, cit., p. 31.

Essas referências atestam, por si mesmas, a conexão entre direito material e tutela jurisdicional²⁶⁰, sendo oportuno acrescentar o caso da denominada *tutela diferenciada*, cujo recorte se dá à luz do direito material que esteja a merecer amparo, dado absolutamente inegável nos domínios da doutrina²⁶¹.

Seja como for, a tutela jurisdicional, como produto do exercício da jurisdição, e como resposta ao direito constitucional a ela (CF art.5º, XXXV), se afigura envolvida por alguns caracteres ineludíveis, e até decorrentes das estruturas do *justo processo*, sem o que padeceria ilegitimidade.

Nestes passos, impossível deixar de atribuir razão a CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA quando coloca a girar em torno dela uma tríplice linha de diretrizes, constituídas pelo *princípio dispositivo*, assim como pela *efetividade e segurança*²⁶².

Claro, a julgar por tais parâmetros, que a tutela jurisdicional se concede a quem pede, inibindo-se, assim, no ambiente democrático – ao menos em nível de regra geral – um ativismo judicial, por assim dizer, em detrimento do fator que apresente relevo indiscutível no campo do *due process*, ou seja, a imparcialidade e independência do magistrado, sem as quais se dissolveria, desde os alicerces, o próprio conceito sob apreciação.

O complexo princípio *dispositivo*, ou *da demanda*, a despeito da série de controvérsias que origina²⁶³, certificaria, em tese, o ambiente imparcial da tutela jurisdicional conferida, via contenção da atuação do magistrado sob certos aspectos do

²⁶⁰“Por outro lado o direito material interfere na conformação e na organização interna do processo (questão de política legislativa, de cunho pré processual), a impor adequação subjetiva, objetiva e teleológica entre as duas esferas. Trata-se de questão que diz respeito no mais das vezes ao legislador, na tarefa específica de estabelecer previamente a forma de que se deve revestir o processo e as formalidades indispensáveis para a marcha do procedimento.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 99).

²⁶¹“O princípio não se limita a questão procedimental. Fala-se muito hoje em tutela jurisdicional diferenciada, como fator decisivo para a efetividade do processo. Trata-se, aqui, de adaptar a própria prestação jurisdicional e seus instrumentos ao objetivo desejado. Como este varia em cada situação apresentada ao órgão jurisdicional, não se justifica manter-se inalterável o tipo de tutela.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 62).

²⁶²OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 111-129.

²⁶³“A primeira grande dificuldade com que se defronta no estudo do problema, reside no exato significado da expressão *principio dispositivo*. Trata-se de termo altamente equívoco, pois a doutrina processual costuma empregá-lo com o objetivo de expressar coisas diversas. Alguns autores recorrem ao princípio dispositivo quando se referem, genericamente, à ausência de poderes processuais do juiz. Os processualistas tedescos, depois de algumas hesitações e divergências iniciais, identificaram a existência de dois fenômenos diferentes, ambos relativos a tais poderes. O primeiro deles refere-se à propositura da demanda; o segundo diz respeito à estrutura interna do processo. Quando, tanto num, quanto noutro, competir exclusivamente à parte os poderes de iniciativa, significa respectivamente a adoção do Dispositionsmaxime e do Verhandlungsmaxime.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1991. p. 62).

processo, notadamente sobre sua instauração e, em alguma medida, em torno da realização da prova, valendo a pena considerar, todavia, sua mitigação indispensável pela confluência com o princípio inquisitivo, com ele imbricado em nome de interesses que vão além dos meramente individuais.

Nesse sentido, oportuna a opinião de RUI PORTANOVA:

“Quanto ao princípio dispositivo, cumpre concluir referindo o desafio que ele impõe ao processualista moderno.

Tratando-se de um resquício da ideologia liberal-individualista, o princípio dispositivo resiste. Resiste pela falsa sedução do discurso liberal. A resistência se faz através da hipertrofia e do sentido equívoco que se dá ao princípio. Mas também, como mostra Barbosa Moreira, através de certos setores (inclusive da mais autorizada doutrina), que vê com reserva, quando não com aberta desconfiança, a atuação do juiz na pesquisa da verdade. Costuma-se utilizar o argumento *ad terrorem* quanto ao temor da parcialidade judicial, *como se não existissem outros meios bastante eficazes para conjurar os riscos*.

É indispensável que se entenda : com a publicização o processo não tem donos. A busca da verdade é uma tarefa tanto das partes como do Estado. E não há como negar: o princípio dispositivo é um obstáculo à busca da verdade real. Hoje o Poder Judiciário sofre o descrédito na opinião pública. Pode-se justificar o baixo conceito do órgão julgador por problemas formais (morosidade), mas não se pode esquecer que ainda domina em muitos juízes, e juristas, a idéia do processo como *coisa das partes* (Jardim).”²⁶⁴

Já sob o ângulo da *efetividade da tutela*, o que se tem presente condiz com a qualidade das medidas instituídas pela sentença, tanto quanto, com sua eficácia em relação à proteção ao bem da vida sob postulação. Quer-se com isso a materialização da máxima chiovendiana de que a tutela jurisdicional deve conceder absolutamente tudo que a posição jurídica garantida pelo provimento pode proporcionar²⁶⁵.

²⁶⁴PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, cit., p. 124.

²⁶⁵“Um dos grandes males da Justiça reside no conformismo do próprio juiz diante de certos preconceitos que tradicionalmente limitam a efetividade da tutela e o levam a atitudes passivas diante da inocuidade de certas decisões. Associado à indesejável estagnação das legislações, esse comportamento é responsável pela fraqueza da Justiça e pela generalizada insatisfação em face dela. Nem sempre a tutela jurisdicional que as pessoas vêm buscar no processo consoma-se com a edição da sentença que julga as pretensões contrapostas das partes. Tutela é proteção e consiste na melhora que o litigante vencedor recebe na sua situação jurídica deduzida em juízo, de modo que, terminado o processo, ele se encontre, na sua vida comum em relação ao outro litigante e aos bens controvertidos em situação melhor que aquela em que se encontrava antes do processo.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *O futuro do processo civil brasileiro*. In: _____. *Fundamentos do direito processual civil moderno*, cit., p. 755).

Realmente, a relação recorrente em termos de efetividade tende a ser esta, nos domínios gerais da doutrina, anotando a respeito do assunto JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

“Processo efetivo é aquele em que, observado o equilíbrio entre os fatores celeridade e segurança, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas, constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento de um mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.”²⁶⁶

Efetividade, de fato, não pode resumir-se à celeridade²⁶⁷, pois a peculiaridade das próprias circunstâncias do processo frente ao tempo acabam por relativizar esse conceito, a par de quê, acresça-se, se mostra indispensável não desviar a atenção da imprescindibilidade da observância dos rigores do *due process* com vistas a consolidar a segurança das partes, também imprescindível.

Ademais disso, é imprescindível ao processo efetivo a plena e suficiente adequação da tutela conferida, para certificar o *acesso à ordem jurídica justa*, o que exigiria a presença de certas características que, sem embargo de toda controvérsia em torno de sua factibilidade objetiva, foram enumeradas por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA nos termos seguintes:

“De qualquer modo, existem tópicos a cujo respeito não parece temerário enxergar, por entre naturais fricções, um mínimo de consenso. Digladiam-se as doutrinas; mas, para fins práticos, talvez seja possível enunciar algumas proposições em que todos (ou quase todos) se inclinarão a convir, sempre que se queira fixar os requisitos básicos que o processo há de buscar satisfazer para merecer a qualificação de *efetivo*. Elas configuram, por assim dizer, a problemática essencial da *efetividade*, que – sem esquecer quanto existe de subjetivo, quiçá arbitrário, em qualquer escolha – ousaríamos resumir nos seguintes pontos:

a.-) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de

²⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 41.

²⁶⁷ Aliás, como anota TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E : “O tempo do processo, sob o aspecto intrínseco, não é um tempo ordinário. Da mesma maneira que o espaço judiciário reconstrói um interior que encarna a ordem absoluta, o tempo do processo interrompe o desenvolvimento linear do tempo cotidiano. Ele se insinua como uma ação temporária que, por sua ordem e regularidade, compensa as lacunas do tempo profano. O tempo do processo é um tempo inteiramente ordenado que permite à sociedade regenerar a ordem social e jurídica.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O tempo e o processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 26).

vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;

b.-) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;

c.-) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;

d.-) em toda extensão da realidade prática, o resultado há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus, segundo o ordenamento;

e.-) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energia.²⁶⁸

Em última análise, ao quanto se pode depreender, o *processo efetivo* combina prestação jurisdicional útil e eficaz com o processo justo, arrimado, portanto, nas prescrições constitucionais, fora das quais perece a legitimidade ou a *justiça formal* das decisões, compreendo-se, assim, o porquê de sua atuação como modo conformador da tutela jurisdicional.

Carece ser acentuada, também, a última diretriz sobre a qual se estrutura a tutela jurisdicional é exatamente a concernente à *segurança*, compreendida esta como respeito às diretivas do *processo justo* ou *due process*, no sentido da constituição de um ambiente assecuratório do exercício das faculdades das partes, sem virtuais surpresas, arbitrariedades ou tolhimentos afrontosos às prerrogativas essenciais ao amparo do direito à sua participação e construção da decisão mas adequada e equitativa em relação à situação levada a juízo.

O caminho indicado, segundo vozes abalizadas, é o da *segurança jurídica*, que requer normas estáveis e soluções previsíveis como expediente indispensável à boa convivência, sendo esta uma das funções essenciais, inclusive, do ordenamento jurídico²⁶⁹. Sobre esse postulado, e sua relevância, após enfatizar que sua significação em nível do sistema é o de paz, ordem e estabilidade, FRANCISCO AMARAL assim o conceitua:

²⁶⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: _____. *Temas de direito processual*, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 27-28. Em igual sentido, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 125-129.

²⁶⁹ROMANO, Santi. Función del derecho. In: _____. *Fragmentos de um diccionario jurídico*. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJE, 1964. p. 150.

“A segurança jurídica, significando a estabilidade nas relações e a garantia de sua permanência, justifica o formalismo no Direito e encontra no positivismo seu principal fundamento teórico. Apresenta-se tanto como uma segurança de orientação, que se refere ao conhecimento que os destinatários têm das respectivas normas de direito, como também uma segurança de realização, ou confiança na ordem, que é a certeza do exercício dos direitos e do cumprimento dos deveres.”²⁷⁰

O que se deseja com o primado a segurança, sob o ponto de vista estrito do processo, é a certeza da atuação das regras do processo justo, ofertando às partes a segurança necessária, sob o prisma técnico-processual, para quando estejam na busca da tutela jurisdicional que lhes permita a superação da situação lamentada.

²⁷⁰ AMARAL, Francisco. *Teoria geral do direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 19. Em igual sentido: “Se examinarmos com atenção esses onze focos de significação, veremos que uma linha os une indissolavelmente: para o Supremo Tribunal Federal, o princípio da segurança é como se fosse a tradução jurídica do fenômeno físico da imobilidade, marcando o que, nas relações jurídicas entre a Administração e os administrados deve permanecer estático, imóvel como estátua, permanente no tempo. Não que as situações de vida sejam em si mesmas imóveis, previsíveis, estáveis, permanentes: Heráclito já clamara o constante dinamismo e mutação das coisas: *panta rei*, tudo flui. Mas Parmênides, que só reconhecia validade ao eterno, não estava destituído de razão, e a história do Direito o comprova: o ordenamento jurídico é perpassado por uma secular relação de tensão entre permanência e ruptura, estabilidade e mudança, entre o que tende a ser eterno e o que tende à perpétua mudança. Em outras palavras, o ordenamento jurídico, tal qual a vida, equilibra-se entre os pólos da segurança (na abstrata imutabilidade das situações constituídas) e da inovação (para fazer frente ao *panta rei*). Assim, na relação (que é fundamental) entre tempo e direito, a expressão *princípio da segurança jurídica*, marca como signo pleno de significados, que é o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência – valoriza, por exemplo, o fato de o cidadão não ser apanhado de surpresa por modificação legítima na linha de conduta da Administração, ou por lei posterior, ou modificação na aparência das formas jurídicas.” (MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista do CJF*, n. 27, p. 110. Disponível em: <www.cfj.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

CAPÍTULO IV. TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO A ALIMENTOS TUTELA COGNITIVA

1. Jurisdição e Tutela Jurisdicional Alimentar. 1.1. Especificidade das Demandas Alimentares. 1.2. O Justo e o Efetivo Processo Nas Demandas Alimentares. 2. Tutela Jurisdicional Cognitiva do Direito a Alimentos. 2.1. Tutelas Cognitivas. 2.2. Ações de Alimentos – Escorço Histórico. 2.3. Ações de Alimentos na Lei Especial. 2.4. Espécies de Ações Alimentares.

1. Jurisdição e Tutela Jurisdicional Alimentar

1.1. Especificidade das Demandas Alimentares

Algo sobre o que não se controverte são as peculiaridades das demandas alimentares em geral. Não há, aliás, o que discutir em se tomando por ponto de partida a natureza do objeto das pretensões por seu intermédio veiculadas, referente a garantia devotada ao amparo do direito a uma existência digna.

Em termos de tutela jurisdicional a ser prestada nessas hipóteses, por conseguinte, há de se considerar alguns mecanismos indispensáveis, subordinados inicialmente à premência do atendimento reclamado, haja vista a convicção de que a subsistência do eventual inadimplemento pode determinar a ocorrência danos graves, em algumas circunstâncias irreversíveis, inclusive.

Logo, o ajuste das técnicas processuais ao perfil dos interesses e jogo em demandas dessa natureza acaba desaguando necessariamente na flexibilidade e sumarização dos procedimentos, na aceleração da tutela, via medida antecipatória e cautelar, na restrição aos efeitos suspensivos das decisões, etc.

Testemunho dessa preocupação, com efeito, oferece a Lei Federal nº 5478/68, que veio estabelecer parâmetros novos para as chamadas ações de alimentos. Um exame mais apurado de suas disposições permite concluir que as técnicas processuais de que se serviu o legislador, comparáveis àquelas introduzidas na esfera do direito processual do trabalho, tinham como substrato a grandeza social dos interesses em trânsito por seu intermédio.

Os estratagemas de que se valeu o legislador de então, ou seja, deformalização, concentração dos atos processuais, antecipação de efeitos da tutela alimentar e sua subsistência até o último ato processual possível – trânsito em julgado da decisão em sede de Recurso Extraordinário -, denotam o círculo de situações específicas erguido em torno do objeto dessas demandas, fator exigente de respostas compatíveis e eficazes no território do processo.

A par disso, vale dizer, milita um interesse não menos valioso sob o ponto de vista constitucional, ou seja, ações dessa espécie atuam em favor da *proteção especial à família*, promessa constitucional estatuída no art. 226 da Constituição Federal, cujo conteúdo não pode fugir à realidade de que contempla também o compromisso de uma tutela jurisdicional diferenciada²⁷¹ e capaz de otimizar o acesso e a fruição dos direitos decorrentes das relações familiares.

Por isso a convicção predominante na doutrina quanto a pertencerem as ações de alimentos ao restrito núcleo das *ações de estado*, já por se cuidar de pretensão afeta ao estado familiar de quem a deduz em juízo, fator que implica em relação processual timbrada por limitações ao princípio dispositivo, com outorga de poderes mais consistentes em prol da autoridade judiciária.

Trata-se nesses casos de mais um reflexo positivo da ingerência dos paradigmas políticos do Estado Social e Democrático no círculo do processo, com um desenho particular do modo de ser do Estado-juiz em hipóteses que tais, reforçado em seus poderes a fim de desempenhar uma conduta mais pró-ativa na condução da demanda e garantia de direitos²⁷².

Ademais disso, há que se pensar no fato de que a atividade jurisdicional em situações dessa natureza deve resguardar o quanto possível o interesse superior do grupo familiar como um todo, encarecida, aí, a sensibilidade do magistrado e sua contenção no uso de medidas capazes de fragilizar ou agravar os riscos de fratura definitiva das relações

²⁷¹CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA assevera prudentemente o seguinte: “O direito de família disciplina as relações formadas na esfera da vida familiar, com origem no casamento ou na união estável e na filiação decorrente do fato natural da procriação ou dos meios legais de adotar. Esses elementos bem demonstram envolver tal ramo do fenômeno jurídico valores sensíveis e de grande significado emocional, às vezes de cunho material, vinculados à realização de necessidades íntimas do ser humano, a exigir no plano processual uma pronta resposta da jurisdição.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*, cit., p. 1).

²⁷²MARANHÃO, Clayton. Algumas questões de direito processual de família. In: WAMBIER, Tereza de Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. v. 4, p. 66).

entre os envolvidos na arena do processo – dado o acentuado teor emocional dos vínculos subjacentes -, de maneira a se tornarem prioritárias soluções conciliadas ou transacionadas frente a medidas jurisdicionais de intervenção objetiva.

1.2. O Justo e o Efetivo Processo nas Demandas Alimentares

Não há negar que a ciência processual tem sido objeto de um impulso transformador notável, fruto de um dos últimos estágios de desenvolvimento após a proclamação da autonomia do processo frente ao direito material.

Um dado relevante nesse fenômeno evolutivo é, sem dúvida, que o fato gerador dos progressos constatados decorre da análise doutrinária do processo pelo seu plano externo, ou seja, na ótica de seus fins, compreendidos estes, por sua vez, à luz dos interesses sociais e políticos relevantes, o que fez encarecidos os aspectos relacionados à sua instrumentalidade.

O processo, visto sob o crivo político, rendeu dividendos teóricos que o reinserem no sistema jurídico como um instrumento a serviço da realização de direitos, antes que um entrave formal à sua garantia, e por isso mesmo sustentado por preceitos que realçam seu caráter instrumentário frente aos objetivos maiores da sociedade política.

Resultou desses referenciais uma reelaboração teórica de seus princípios, afetados por propósitos um tanto mais pragmáticos e um tanto menos formalísticos, patenteada a ascensão de valores como justiça, equidade etc.

A nova realidade teórica, pois, deixou de se contentar com a exclusiva valoração do elemento formal, como maneira de se preservar o equilíbrio na relação processual, adicionando ao *due process of law* outros ingredientes, tais como a *efetividade* e *justiça* na dinâmica da relação processual, em qualquer de suas modalidades.

Efetividade do processo, realmente, tornou-se uma expressão conceitual, indicativa de que a existência de um direito constitucional a ação é algo que ultrapassa os limites formais da possibilidade de submeter ao Judiciário virtual lesão ou ameaça a direito, abarcando, além disto, o direito a uma tutela jurisdicional não ofensiva às garantias constitucionais, por um lado, capaz de promover um resultado útil, por outro²⁷³.

²⁷³JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE assinala: “O direito de ação deve ser visto como garantia de efetividade, isto é, deve conferir ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado instrumento apto a

Apresenta-se com isso a estrutura de um processo cada vez mais utilitarista, pragmático, e muitas vezes desdenhado de fórmulas consagradas em prol de um ajuste do equilíbrio formal nas relações processuais²⁷⁴.

O importante, todavia, é enxergar a diretiva como aquela em função da qual o processo, dentro de tempo razoável, deve proporcionar às partes tudo quanto se espera em nível de fruição do direito adjudicado.

Isso, não obstante, ainda é insuficiente para o atendimento à integralidade dos aspectos que envolvem o direito constitucional à ação, que vai além, abrangendo o direito ao justo processo.

Este outro conceito, também de uso corrente em manuais e monografias, sugere que o sistema jurídico deve curar para que a relação processual, durante todo o transcurso de sua duração, se desenvolva sob critérios de justiça, cujos reflexos práticos envolveriam juízo imparcial, respeito ao princípio do juiz natural, publicidade, direito à prova etc²⁷⁵.

solucionar as controvérsias de maneira adequada e útil. Às situações substanciais apresentadas devem corresponder formas de tutelas idôneas a assegurar o direito delas emergente. O direito de agir em juízo, assegurado constitucionalmente, não se exaure em si mesmo. Deve ser examinado em função da tutela pretendida, que deve ser efetiva real e útil. O que interessa para o consumidor da Justiça, portanto, é a possibilidade concreta de obter proteção ao direito substancial afirmado, dede que se revele existente ao final. Essa visão da garantia constitucional da ação leva à conclusão de que o Estado deve colocar à disposição das pessoas meios adequados à satisfação de seus direitos. É preciso proporcionar acesso à tutela jurisdicional efetiva. Afinal de contas, processo efetivo é aquele dotado de mecanismos adequados à proteção de direito substancial deduzidas perante o juiz, assegurando a satisfação aos interesses jurídicos que tais relações regulam.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 80-81).

²⁷⁴CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, a propósito, adverte: “Ao nosso entender, efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por esse. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova). Por isso a racionalidade do direito processual não pode ser a racionalidade tecnológico-estratégica, mas orientada por uma validade normativa que a fundamente e ao mesmo tempo fundamentada pelo discurso racional do juízo, de modo a que a sociedade possa controlar tanto a correção material quanto a concordância dogmática da decisão.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e processo de conhecimento*. In: _____. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 244).

²⁷⁵MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, processualista português, realça: “Não basta assegurar a qualquer interessado o acesso à justiça: tão importante como esse acesso é garantir que o processo a que se acede apresenta, quanto à sua estrutura, garantias de justiça.....Assim, é indispensável garantir àquele que recorre aos tribunais (ou que recebe o necessário apoio para poder a eles recorrer) um julgamento por um órgão imparcial, uma plena igualdade das partes, o direito ao contraditório, uma duração razoável da ação, a publicidade do processo e a efetivação do direito à prova.” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, cit., p. 41).

Efetividade instrumental, ou dos meios, ou melhor, das técnicas processuais prescritas para a demanda, e adequação do resultado obtido são, em síntese, os elementos que configuram o justo processo²⁷⁶.

É oportuno ressaltar, dentro das balizas do justo e efetivo processo, a relevância do princípio da igualdade entre as partes, cujo significado não se restringe ao prisma formal, havendo espaço para, seguindo essa direção, ir ao encontro de uma *igualdade substancial*, o que implica na obrigação do juiz em estar atento à virtual desigualdade entre as partes envolvidas no litígio, adotando medidas flexíveis e rápidas no sentido de corrigi-la, zelando, dessarte, pela manutenção de um equilíbrio efetivo entre elas ao longo do processo²⁷⁷, tanto quanto evitando implementar medida processual que aprofunde o desequilíbrio entre elas.

Visando a conquista dos objetivos do processo efetivo e justo, sobremais, há que pensar na possibilidade da adaptação do próprio procedimento às circunstâncias da pendência levada a juízo, de modo a se ter um processo também sintonizado com as situações específicas da causa²⁷⁸, o que corresponderia a um fator importante de justiça para a relação processual.

O devido processo legal é hoje, então, processo justo e efetivo.

Transportadas essas premissas para o território do direito de família, sabe-se, as repercussões são de logo imaginadas.

Escusado assinalar, em princípio, que os fatos convertidos em causa de pedir nas demandas de família nascem em decorrência de situações factuais embebidas de matéria emocional, dizendo respeito, outrossim, a relações decorrentes de laços parentais ou

²⁷⁶ LUIGI PAOLO COMOGLIO, CORRADO FERRI E MICHELE TARUFO anotam o seguinte: "Isto equivale a reconhecer que estas garantias – se concebida na ótica individual de quem dela usufruiu – concorrem para a realização não de um genérico direito ao processo, mas um direito ao *justo processo*) ou, em outras palavras, um processo que por meio de uma específica qualificação atributiva de sua própria identidade). Essas, portanto, não podem mais resumir-se a direitos estáticos (como direitos de liberdade individual muito amplos), mas por efeito daqueles indispensáveis adjetivos (*justo, equo*) – tornam-se certamente garantias mínimas *de meios e de resultado*, porque asseguram não só a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também resultados típicos (ou qualitativos) de forma constante" (COMOGLIO, Luigi Paolo; TARUFFO, Michelle; FERRI, Conrado. *Lezione sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 2006. v. 1, p. 63 – trad. livre para o português).

²⁷⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*, cit., p. 44-45.

²⁷⁸ CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, fazendo referência a seu entendimento sobre efetividade do processo, e enfatizando a urgência da introdução de uma ordem isonômica na relação processual, advoga a tese de que uma maior participação do juiz, em diálogo permanente com as partes, poderia conduzir também à introdução de um princípio geral de adequação formal do procedimento, para atender às exigências particulares da demanda (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. In: _____. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 254).

casamento, ou união estável, sendo essa uma situação capaz de influir, sim, nos domínios do jurídico, e particularmente no campo do processo²⁷⁹.

Dessa característica, aliás, também se nutrem as demandas alimentares.

Natural, portanto, ao se forjar uma concepção de devido e justo processo no campo das demandas de família, incluindo as alimentares, pensar-se na necessidade de ir um tanto além, para assimilar a partir da realidade peculiar das relações familiares as exigências repercutidas na esfera do processo.

Logo, no âmbito processual das causas de família as soluções consensuais não de prevalecer sobre as intervenções repressivas, tanto quanto, por exemplo, as técnicas constitutivas devem ser escalonadas a partir da intensidade dos ônus delas decorrentes, com a finalidade de se cogitar do emprego das mais gravosas quando inúteis ou malsucedidas tentativas encetadas com utilização das que impõem menor encargo, etc.

Da mesma maneira, a propósito, as soluções de conflitos familiares requerem invariavelmente celeridade, menor burocracia, justificando-se plenamente nesta seara a referência permanente ao primado da *adaptabilidade* em relação aos procedimentos de um modo geral, que se explica por retratar o resultado de uma interpretação da lei pela lente do princípios da razoabilidade e da equidade.

2. Tutela Jurisdicional Cognitiva do Direito aos Alimentos

2.1. Tutelas Cognitivas

Estabelecida a reconfiguração processo civil brasileiro por meio de suas recentes reformas e a assunção de seu novo *perfil sincrético*, o transcurso da ação se realiza a partir

²⁷⁹ROBERTO O. BERIZONCE anota a respeito: “Os conflitos familiares, pela singularidade e complexidade das causas que os desencadeiam, tanto pelas paixões e enganos que quase sempre desatam entre seus protagonistas, encerram situações e incômodos humanos, antes que jurídicos. Têm toda a dimensão e apresentam a riqueza de matizes do humano. As soluções escapam quase sempre ao estritamente jurídico, ao menos no que se entende por *soluções jurídicas tradicionais*. As soluções jurídicas dos conflitos familiares não podem esgotar-se numa solução de afastamento, mas devem tender – como em todos os casos nos quais estão em jogo vínculos de permanência e *coexistencialidade* – a remediar a situação de fratura e tensão, tendo em vista a preservação de um valor mais significativo, a harmonização possível dos critérios e pautas que facilitem no futuro a melhor atenção aos *legitimados secundários* – os filhos menores ou incapazes, os anciãos – A isso se tem chamado de *mending justice*, ou Justiça de Situação, como explica Cappelletti, uma justiça que tem por objetivo resguardar a integridade da situação complexa em que o episódio apreciado se insere (BERIZONCE, Roberto O. *Derecho procesal civil actual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 544-545 - tradução livre do espanhol).

de um modelo ideal de continuidade, facilitando, assim, o provimento das pretensões apresentadas pelas partes.

Avaliando os resultados das alterações procedidas pelo legislador nesse campo, acentua, com rigoroso acerto, ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“Decorrente do projeto de Athos Gusmão Carneiro, amplamente debatido no Instituto Brasileiro de Direito Processual e, depois, com a comunidade jurídica, a Lei nº 11.232/2005 traz profunda modificação em todo direito processual brasileiro e em seus institutos. A principal característica da lei – denominada cumprimento de sentença – consiste na eliminação da figura do processo autônomo de execução fundado na sentença civil condenatória ao pagamento de quantia certa, generalizando o disposto nos arts. 461 e 461-A, do Código de Processo Civil. Agora a efetivação dos preceitos contidos em qualquer sentença civil condenatória se realizará em prosseguimento ao mesmo processo no qual esta foi proferida.

A unidade processual é determinada pelas disposições segundo as quais a provocação do juízo para as medidas de cumprimento da sentença se fará mediante um requerimento do credor (art. 461, § 5º, e art. 475-J, do CPC, na redação da lei) e não mais pelo exercício de uma ação (ação executiva). O obrigado não será citado, justamente porque não existe um novo processo, mas simplesmente intimado na pessoa de seu patrono (art. 475, I, § 1º).”²⁸⁰

O processo agora assume uma fisionomia modular, convertendo o significado plural do conceito (processo cautelar, de execução, de conhecimento etc.) em concepção unitária, porém, dotada de diversas possibilidades de cognição ao longo das diversas etapas de seu desenvolvimento²⁸¹.

Nessa medida, o módulo de cognição do processo é aquele em que se viabilizam tutelas várias, a saber: a *condenatória*, a *declaratória* e a *constitutiva*.

²⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Cumprimento de sentença. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

²⁸¹ “Como desenvolvido com vagar necessário no nº 1, do Capítulo I desta Parte, a finalidade de o Estado-juiz resolver conflitos intersubjetivos não se esgota necessariamente no reconhecer que há uma obrigação ou, mais amplamente, um dever não cumprido. Muitas vezes há necessidade de que o Estado-juiz pratique outras tantas atividades, pratique outros tantos atos para que aquele reconhecimento seja transformado em realidade palpável, seja para empregar uma palavra bastante significativa, concretizado. Neste caso, a finalidade da atuação jurisdicional não se limita ao reconhecimento de que houve lesão ou ameaça a direito, isto é, de que havia, para ser resolvido, um conflito intersubjetivo. Um tal reconhecimento é insuficiente. A finalidade da atuação jurisdicional, partindo daquele reconhecimento, é o de criar condições concretas de satisfazer quem foi lesionado ou ameaçado por outrem. É nesse hibridismo de finalidades que repousa um conceito mais amplo – e mais correto, mormente quando analisada a questão a partir do *modelo constitucional de processo civil* – da função jurisdicional.” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 377-378).

A prevalecer tal raciocínio, e a julgar pela finalidade que se deseje alcançar na relação processual, pode-se afirmar que a *tutela declaratória* destina-se à resolução de crises de certeza tocante à relação jurídica de direito material, promovendo, por assim dizer, seu acerto, com a finalidade de atestar-lhe a existência, delimitando o exato alcance por ela proporcionado aos seus eventuais sujeitos.

Sobre a *tutela constitutiva* o pode-se salientar que sua utilidade reside na produção de umefeito modificativo em relação à realidade, constituindo, modificando ou extinguindo uma relação jurídica, na forma como salientam LUIZ GUILHERME MARINONI E SERGIO CRUZ ARENHART:

“A chamada sentença constitutiva pode criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Nesse sentido ela pode ser uma sentença constitutiva – positiva ou sentença constitutiva- negativa, também ditas em outra terminologia mas co o mesmo sentido, sentença constitutiva e desconstitutiva. Assim, por exemplo, a sentença de interdição (art. 1.184,CPC), que decreta (constitui) o estado de interdito, é constitutiva-positiva, enquanto a sentença que desconstitui a sociedade conjugal é constitutiva –negativa.”²⁸²

Finalmente, a *tutela condenatória* visa a arrostar crises de inadimplemento de obrigações juridicamente exigíveis, impondo soluções destinadas a calçar o credor com a entrega da prestação ou seu sucedâneo ideal. Em geral, nesse tipo de tutela o Estado-juiz deve reconhecer, inicialmente, a violação ou a ameaça à posição jurídica do demandante, emitindo autorização em seu favor para o início da execução²⁸³.

Nessa espécie de tutela, portanto, se é de se presumir uma *declaração* indispensável a existência de um direito em favor do demandante, assim como sua violação ou possibilidade de o ser, a decisão corresponde não bastará à satisfação plena de sua pretensão, ficando a depender de sua iniciativa posterior em busca desse resultado.

Assim vê a situação JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

“Exaurida a atividade cognitiva, é preciso dotá-la de eficácia prática, pois o resultado dessas atividades permanece no plano do dever – ser. Não se

²⁸²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 422.

²⁸³“O processo condenatório tende a uma sentença de condenação ao réu. Acolhendo a pretensão do autor, a sentença afirma a existência do direito e sua violação, aplicando a sanção correspondente à inobservância da norma reguladora do conflito de interesses. Essa sanção, que não se confunde com a sanção de direito material (medida de agravamento da situação do obrigado inadimplente), consiste em possibilitar o acesso à via processual da execução forçada...” (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*, cit., p. 324).

torna concreto automaticamente, mesmo porque a adoção deste ou daquele comportamento imposto pela regra depende da vontade do destinatário.

Esta característica da tutela condenatória decorre da natureza da crise de direito material a que ela se dirige -, qual seja a crise de cooperação ou de simples adimplemento de uma obrigação.”²⁸⁴

A *tutela cognitiva ao direito a alimentos* é realizada rotineiramente pelas ações previstas na Lei de Alimentos, ou seja, Lei Federal nº 5478/68, adiante examinada em seu perfil essencial.

2.2. Ações de Alimentos – Escorço Histórico

A Lei de Alimentos, ou seja, Lei Federal nº 5478/68, foi editada tardiamente, carregando consigo o intuito de ampliar o mais possível o acesso ao direito aos alimentos, notadamente para aqueles de classes mais afastadas, tendo o seu perfil esquadrihado de modo a simplificar o manejo e agilizar a prestação jurisdicional.

Traçando um histórico a respeito de sua elaboração e ferindo objetivamente esse aspecto das finalidades e propósitos pretendidos por seu intermédio afirmou o parlamentar e jurista NELSON CARNEIRO:

“O objetivo do Poder Executivo ao enviar ao Congresso Nacional a Mensagem nº 154-68 foi expressamente o de popularizar a ação de alimentos, visando a *simplificar o processo vigente, assemelhando-o à ação trabalhista*.

As modestas anotações, que buscam esclarecer os dispositivos da nova lei, têm o mesmo objetivo. Dão a qualquer do povo os elementos para ingressar em Juízo, pessoalmente ou por intermédio de advogado. Deles não necessitam os doutos, mas os que se iniciam no estudo da teoria e da prática forenses. Destinam-se a complementar a obra legislativa, esclarecendo o rito processual que, afinal, substituiu ao antigo, *demorado e angustiante para as partes necessitadas, habitualmente mulheres e crianças lançadas à mais negra miséria por aqueles que lhes devem alimentos*, como refere em sua lúcida Exposição de Motivos, o Sr. Ministro da Justiça, Prof. Luiz Antonio da Gama e Silva, ao recolher oportuna e humana sugestão do antigo Procurador Geral de Justiça da Guanabara, Dr. João Batista Cordeiro Guerra.”²⁸⁵

²⁸⁴BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 535.

²⁸⁵CARNEIRO, Nelson. *A nova ação de alimentos*: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e da outras providências. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1972. p. 11.

Induvidoso, com efeito, que assim fosse. É de se imaginar o longo percurso processual daqueles cujo socorro às próprias necessidades dependesse dos alimentos, uma vez indiscutível seu envio aos embaraçosos trâmites da *ação com rito ordinário*, tal como se encontrava estabelecido pelos dispositivos dos arts. 291/297, do Código de Processo Civil de 1.939²⁸⁶.

Aliás, o reconhecimento legal da especificidade das demandas alimentares e a universalização da tutela por elas proporcionadas, mesmo depois da radical alteração ocorrida nos anos sessenta, seguiu um caminho pedregoso, só explicável por fatores de ordem moral ou social, que, conforme sabido, estendem sua influência tentacular sobre as concepções de tratamento jurídico.

Para dar testemunho dessa afirmação há de se recorrer ao fato de que em momento anterior ao ano de 1.949, no qual se editou a Lei nº 883, seria impossível aos então cognominados *filhos ilegítimos – adulterinos ou naturais* - se servirem de demandas alimentares em face de pais casados, isso em virtude de enormes resistências de setores ultraconservadores, as quais foram se dissipar por completo apenas no ano de 1.971, por meio de acórdão do Supremo Tribunal Federal, com voto condutor do Min. Thompson Flores²⁸⁷, cujos fundamentos dissolveram inquietações e incertezas ainda reinantes.

Na realidade, então, os standarts morais vigorantes se interpuseram entre a justiça da legislação e sua plena realização, postergando a solução peremptória em favor dela por mais de duas décadas, dado extremamente revelador.

²⁸⁶Segundo PONTES DE MIRANDA :”A ação de alimentos era ordinária quando se pediam alimentos pretéritos e sumária quando se demandavam alimentos futuros, isto é, aqueles que se vencem depois da citação, que é o início da causa.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*, cit., p. 221).

²⁸⁷“Inexplicavelmente, alguns julgados isolados pretenderam que os filhos adulterinos não poderiam na forma do art. 4º, da Lei nº 883, pleitear alimentos de seu pai, mesmo em segredo de justiça, enquanto não se extinguisse a sociedade conjugal paterna. Voltava-se ao art. 405, do Código Civil, sob a alegação de que *o silêncio da lei quanto à necessidade da investigação para a condenação em alimentos não é válida*, de momento que a ação de investigação de paternidade de filho espúrio, *na constância do casamento, é negado pelo art. 1º da lei*. Mas o Supremo Tribunal Federal, em data recente (22 de março de 1971), pôs termo a essa interpretação restritiva e contrária ao espírito da Lei nº 883, ao acompanhar sua Segunda Turma o voto do Min. Thompson Flores: *A partir de seu advento (da Lei nº 883), findou a limitação da ação alimentar a que se refere o art. 405 do Código Civil. Justifica-se o rigor nele imposto, ainda que sobremodo injusto, na rima do sistema então imperante. Todavia, rompido com aquele Diploma, ampliada ficou a propositura da ação ao filho adulterino, a qual, fora do segredo de justiça, não se sujeita a quaisquer restrições, considerado sempre o fim alimentar e as conseqüências do julgado, que não transcendem desse alcance. Esse deve ser o sentido a emprestar ao precitado art. 4º, base de uma nova ordem jurídica, reparadora de iniquidade, o qual, sem atentar contra a família constituída, de um lado, estende, de outro, sua proteção ao descendente que culpa não teve da situação que o progenitor lhe criou.*” (apud CARNEIRO, Nelson. A nova ação de alimentos: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e da outras providências, cit., p. 31).

O universo cultural da época, notabilizado seguramente por um machismo exacerbado e pela noção intitucional-religiosa do matrimônio, a par de restringir sob fundamentos pífios o alcance da norma legal, também obstruiu a instituição de matéria legislativa extremamente favorável à proteção da família, evitando o sucesso da boa empresa representada pelo Projeto de Lei nº 2337, de 1964, cujo predicado de melhor destaque era a conversão do direito dos familiares em rogar por alimentos na obrigação de oferecê-los, imposta ao chefe de família, sob pena do crime de abandono, até então letra morta na legislação penal.

Proposta de igual natureza foi encaminhada em relação ao projeto da atual Lei de Alimentos, sendo também rejeitada, aprovando-se apenas o disposto no art. 24, que apenas atribui ao responsável pelo encargo, se o pretender, a postulação no sentido da constituição da obrigação alimentar²⁸⁸.

Dificuldades de mesma ordem, aliás, determinaram a não aprovação da possibilidade da extensão da faculdade de manejo da demanda alimentar por concubinas, o que se deveu ao solene respeito dedicados pelos parlamentares à *sacralidade da família*²⁸⁹. Sob o ângulo estritamente processual, não foi à toa que a Lei de Alimentos tratou de organizar o procedimento em conformidade com a peculiaridade da relação de direito material, especialmente flexibilizando a estrutura do procedimento ao acentuar a obrigatoriedade da tentativa de conciliação, pois relações de família exigem posturas também consentâneas com o invólucro emocional que as revestem. Essa providência, convém consignar, já vinha prevista desde a edição da Lei nº 968/1949²⁹⁰, malgrado de parca utilização frente à desídia ou descrença dos magistrados à época.

A urgência em se organizar uma legislação especial, disciplinadora da grave questão das demandas alimentares, tal como se quis via Projeto de Lei 154-68, fazia sentido, desde a constatação da dispersão das leis especiais instituídas para

²⁸⁸“Art. 24 – A parte responsável pelo sustento da família e que deixar a residência comum por motivo que não precisará declarar, poderá tomar a iniciativa de comunicar ao juízo os rendimentos de que dispõe e de pedir a citação do credor, para comparecer à audiência de conciliação e julgamento destinada à fixação dos alimentos a que está obrigado”

²⁸⁹CARNEIRO, Nelson. A nova ação de alimentos: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e da outras providências, cit., p. 45.

²⁹⁰“O procedimento ordinário está regulado pelo Código de Processo Civil (Decreto – Lei nº 1.618, de 18 de setembro de 1.939), arts. 291/297. Há que notar, porém, nas ações de alimentos, a aplicação da Lei nº 968, de 10 de dezembro de 1.949, que estabeleceu a fase preliminar de conciliação ou acordo nas causas de desquite litigioso ou de alimentos, inclusive os provisionais, e deu outras providências.” (CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos alimentos no direito de família*, cit., p. 278).

aperfeiçoamento da legislação processual codificada, tanto quanto de sua virtual antinomia com o sistema, algumas vezes constatada²⁹¹.

2.3. Ações de Alimentos na Lei Especial

Breve Introdução

Presente o pressuposto da necessidade abre-se oportunidade à demanda alimentar, que se presta à veiculação de pedido voltado à constituição do vínculo obrigacional entre o autor e o alimentante e a fixação da prestação respectiva.

Em última análise, pois, o pleito se refere a um direito personalíssimo com objeto de natureza patrimonial, com vistas à obtenção do socorro indispensável ao parente, cônjuge ou companheiro carentes de assistência capaz de cobrir suas necessidades pessoais em face da adversidade.

Deve-se enfatizar, nada obstante, que a estimação econômica do objeto da prestação é de nenhuma influência sobre a qualificação da relação obrigacional posta em causa, mesmo porque deve-se tomar em consideração seus fins, antes que sua substância.

A despatrimonialização da obrigação alimentar é, dessarte, produto do contágio ocasionado pela natureza singular dos direitos aos quais oferece garantia, daí advindo a constatação de sua inevitável reverberação sobre a esfera processual, igualmente sensível ao caráter dos direitos cuja efetividade instrumentaliza.

O emprego de técnicas processuais apropriadas à adequação da tutela nas demandas alimentares lhes confere uma fisionomia de perceptível distinção, comprobatória, ademais, das íntimas relações entre o direito material e o processo, sendo visível que se aquele não assume ascendência plena sobre este, ao menos perfila seu procedimento de modo a acudir com a melhor perspectiva de sucesso possível a lesão ou ameaça ao direito à existência digna do postulante.

Realmente, nas demandas alimentares se torna mais nítida aquela projeção ordinariamente frisada pela doutrina, relativa à causa final do processo como mecanismo

²⁹¹CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 541.

indispensável à realização de valores constitucionais²⁹², para tanto contribuindo – e de maneira decisiva – os contornos peculiares do direito material em jogo.

Por oportuno se assinala que se capta na legislação especial em referência o emprego de técnicas processuais dotadas de manifesta especificidade, talhadas à luz dos matizes particulares da relação jurídica material à qual se destina, cumprindo legislador da época um roteiro próprio de quem estivesse a campear um processo efetivo.

Tal conexão entre as duas esferas, ou seja, a do direito material e a concernente ao direito processual, se mostra uma senda inafastável quando se deseja, enfim, soluções eficazes para as crises de inadimplemento ou colaboração, valendo trazer a lume nesse particular observação pertinente de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO:

“Nessas condições fica bem claro que esse curso quis apresentar desde seu início, de que os planos de direito material e do direito processual são, necessariamente, intercomunicáveis. Um alimenta, cria condições necessárias e suficientes de atuação do outro. A crise dá-se no plano material, ela é levada e filtrada no plano processual, isto é, reconhecida como existente ou não, que presta tutela adequada àquela crise. Nem sempre, contudo, é suficiente o reconhecimento no plano do próprio processo e, por isto, faz-se necessário verificar como ela pode (a bem da verdade, como ela deve) ser levada, uma vez mais, ao plano material, espaço ocupado por diversas técnicas processuais que caracterizam determinadas tutelas jurisdicionais. Essa referibilidade entre os planos material – processual – material é fundamental para perfeita compreensão de todos e quaisquer fenômenos do direito processual civil...Com o tema tutela jurisdicional não poderia ser diverso.”²⁹³

²⁹²CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, sintetiza a idéia, citando JOÃO MENDES JÚNIOR: “Atualmente pode-se dizer, do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representa do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de acordo com os fatores culturais, sociais, políticos e econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e o da segurança jurídica. Significativamente, já no final do século XIX era presente entre nós a compreensão da influência da norma constitucional no processo, especialmente como meio para a segurança e efetividade dos direitos. Para João Mendes Júnior, o processo, na medida em que garante os direitos individuais, deita suas raízes na lei constitucional. Cada ato do processo ‘deve ser considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos’.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 263).

²⁹³BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 265. Em igual sentido “Tais afirmações objetivam conferir ao direito processual sua verdadeira dimensão: a de instrumento voltado para fora do sistema, pois tem o escopo de conferir eficácia a outro direito – o material (jurídico), para afinal atingir seus escopos últimos (social e político). Parece que o objetivo imediato da tutela jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopos do próprio Estado, que busca alcançá-los através de suas atividades. Pode-se afirmar que o escopo jurídico absorve o social e o político. Daí as decisões proferidas em conformidade com as regras de direito material serem aptas a pacificar e afirmar a autoridade do Estado, salvo nos casos excepcionais em que o próprio ordenamento substancial não corresponda à realidade social de seu tempo.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, cit., p. 59).

Em decorrência, o que se deduz, é que o legislador procurou utilizar uma combinação de técnicas processuais modeladas em consonância com as premências determinadas pela relação de direito material, concebendo assim uma forma de *tutela diferenciada*, para contemplar de forma mais justa, e dentro do tempo e modo mais satisfatórios aqueles a quem o direito seja reconhecido.

Qualificar-se a tutela a direito aos alimentos como forma de tutela diferenciada, vale dizer, está em plena correspondência com o pensamento doutrinário, bastando para assim se concluir que se faça atenção às bem lançadas ponderações de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

“A preocupação com a efetividade do sistema processual tem levado os processualistas a dedicar maior atenção a formas diferenciadas de tutela jurisdicional.

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 de direito 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.”²⁹⁴

Logo, foi de concordância com esse espírito que o legislador plasmou por intermédio da lei especial técnicas contribuintes de uma tutela diferenciada²⁹⁵, como se lobra, por exemplo, na obrigatoriedade da fixação dos alimentos provisórios, em consonância com seu art. 4º, e, além disso, dispensou a necessidade de advogado para o patrocínio da causa, como propõe seu art. 2º, ou mesmo a ausência de trânsito em julgado das sentenças concessivas, tal como prevê seu art. 15.

Isso tudo, consequentemente, aclama a Lei de Alimentos como exemplo digno de nota no tocante ao direcionamento dos mecanismos de tutela ao objetivo de se produzir um processo socialmente efetivo, em atendimento à dimensão da relação jurídica carente de resguardo, não sendo demasia salientar que quatro décadas após sua edição os bons frutos de sua aplicação ainda a afiançam sua utilidade e eficiência.

²⁹⁴BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, cit., p. 26.

²⁹⁵“Os processos seguem o rito ordinário ou especial. Dando este à ação de alimentos, a lei regulou-o com o fim de tornar expedito o pronunciamento judicial, confiando que os imaginados riscos de uma fixação provisória fossem mitigados pelo prudente arbítrio do julgador. Tomando por modelo a legislação trabalhista, o novo diploma faz convergir, praticamente, a discussão do direito e o exame de provas para uma só oportunidade, a audiência de conciliação e julgamento.” (CARNEIRO, Nelson. A nova ação de alimentos: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e da outras providências, cit., p. 61).

Natureza Jurídica da Ação de Alimentos

Antes de se proceder a uma abordagem sobre a ação de alimentos ao nível de sua estrutura vale a pena debater, pela relevância e atualidade, o tema relativo à natureza jurídica da ação de alimentos. Em termos objetivos, o essencial a ser desvendado é se aqueles que lhe caracterizam como *ação de estado* obedecem os rigores técnicos dos critérios de classificação.

Pronunciando-se sobre o assunto, e com apoio em *Afonso Fraga*, afirma JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ :

“AFONSO FRAGA, após acentuar que as ações prejudiciais *são destinadas a tutelar os direitos concernentes ao estado das pessoas, de liberdade, de cidade e de família*, explica que: *todas as questões que do estado da pessoa podem nascer, como as de paternidade, de filiação, de alimentos, de cidadania e outras semelhante, são ventiladas por essas ações, que tomam o nome de prejudiciais porque, em regra, o êxito de umas é subordinada ao de outras, ou melhor, umas não devem ser propostas antes que sejam outras de que dependem, ficando prejudicadas se o forem. Se, por exemplo, A, dizendo-se mulher legítima de B, o demandar para fornecer alimentos, negado o matrimônio se disputa preliminarmente a questão do casamento (Instituições do Processo Civil do Brasil, 1.940, vol. I, pg. 139).*

Assim, as ações relativas ao estado das pessoas são aquelas que ao mesmo se referem, diretamente, ou dele dependem ou derivam, ou, ainda, são aquelas que se relacionam com o estado das pessoas. Nesse sentido a ação de alimentos se relaciona com o estado das pessoas – estado de família – e isso porque o deferimento de alimentos importa reconhecer tal estado.”²⁹⁶

Inventariados, assim, os fundamentos dos que defendem esse ponto de vista²⁹⁷, é de notar que se assentam em um dado objetivo e aparentemente irrefutável, qual seja : a afirmação do direito a alimentos está em relação de dependência direta com a declaração precedente acerca da existência do estado familiar do qual decorra²⁹⁸.

²⁹⁶CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos alimentos no direito de família*, cit., p. 287.

²⁹⁷PONTES DE MIRANDA, JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ, SERGIO CARLOS COVELLO, SERGIO GISCHKOW PEREIRA, dentre outros.

²⁹⁸É como pensa SERGIO CARLOS COVELLO: “Chama-se ação de alimentos aquela que compete a uma pessoa para exigir de outra, em virtude de parentesco ou de casamento, os recursos de que necessita para sua assistência, em vista da impossibilidade de prover por si mesma seu próprio sustento. Na definição evidencia-se que a ação tem como suporte jurídico uma relação familiar, dizendo respeito ao estado da pessoa. É verdade que se pode pedir alimentos em razão de outras causas, como, v.g., o ato ilícito. Todavia, em hipótese como essa não se estará em presença de uma verdadeira ação de alimentos. Daí porque tradicionalmente considerar-se a ação alimentar como sendo de estado. Na classificação das ações reputam-se de estado ou prejudiciais aquelas que visam a defender os direitos do cidadão como ser humano,

A patrimonialidade da relação obrigacional, porém, vem congraçar corrente de opinião em sentido diametralmente oposto, com a qual se recusa a fixação de uma acepção que ponha em evidência o *status familiae* dos demandantes como critério definidor da natureza jurídica da demanda, a não ser que sobre isso divirjam as partes, abrindo oportunidade a uma cognição que alcance necessariamente essa matéria²⁹⁹.

Essa é, por exemplo, a opinião de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, manifestada ao apreciar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o assunto:

“Aqui, indaga-se se as ações de alimentos se incluem ou não entre as tais ações de estado. É correta a solução negativa que o acórdão anotado vem de dar. Ainda que no feito surja a questão do parentesco, tal não será senão uma questão prejudicial, que não integra o objeto do processo, sendo julgada *incidenter tantum*, sem autoridade de coisa julgada (CPC, art. 469, III). O objeto do pedido feito nas ações de alimentos é pecúnia, muito embora o fundamento de ser devida dessa pecúnia resida no Direito de Família; a relação de parentesco não compõe o *petitum* feito (mas a causa de pedir) e não será objeto do *decisum* (mas dos motivos). Vê-se, aliás, que o legislador federal não quis incluir as ações de alimentos entre as ações de estado, nem dar-lhes o tratamento que dá a estas, pois ao mesmo tempo em que tais ações ficaram excluídas do procedimento sumaríssimo (art. 275, § único), ele reafirma a aplicação desse rito às ações de alimentos (Lei nº 6014/73, art. 4º).”³⁰⁰

O território da jurisprudência sobre o assunto é igualmente marcado pelo dissenso, de mesma intensidade.

Novidade sobre o tema, diz com o tratamento da matéria encetado pelo Código Civil de 2002, que parece ter assumido em definitivo o caráter patrimonial da relação obrigacional alimentar, tanto assim que trata dela em sede dos denominados *direitos patrimoniais de família*, que vieram merecer um título especial junto ao *livro do direito de família*, sendo essa, talvez, uma boa razão para subtrair à ação de alimentos a natureza de ação de estado³⁰¹.

articulando-se num tríplice sentido de liberdade, de cidade e de família. Versam via de regra sobre direitos extrapatrimoniais.” (COVELLO, Sérgio Carlos. *Ação de alimentos*. São Paulo: Leud, 1987. p. 27).

²⁹⁹ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO E HELIO TORNAGHI defendiam esse ponto de vista, segundo notícia trazida por SERGIO GISCHKOW PEREIRA (*Ação de alimentos*, cit., p. 55).

³⁰⁰ *Apud* CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 545.

³⁰¹ YUSSEF CAHALI assim se pronuncia: “De certa forma, toda essa digressão, que vem do direito anterior, tenderá a ficar superada com a vigência do Código Civil de 2002, que intencionalmente optou pelo caráter patrimonial da obrigação alimentícia – o que reflete a natureza da respectiva ação –, ao ser capitulada a obrigação alimentar no âmbito do ‘direito patrimonial’ do Livro da Família; as questões relativas ao estado das pessoas envolvidas são colocadas apenas como questões prejudiciais, a se decidir *incidenter tantum*” (CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 547).

As opiniões retratadas parecem reproduzir, nada obstante, as trilhas tradicionais do enfoque da matéria, sendo valioso investigar, sob as luzes das diretrizes constitucionais antes debatidas se o tratamento do assunto não deveria ter como ponto de partida premissas diversas, como por exemplo a não patrimonialidade da obrigação alimentar.

O fato é que se o objeto da prestação tem natureza econômico-patrimonial, o que seria impossível negar, é bastante discutível se a prestação em si, funcionalizada em prol da existência digna e de todos os direitos a ela circundantes, poderia ser simplesmente reduzida a isso, porquanto a atividade exigida do devedor é a assistência - por força da solidariedade familiar -, ou o apoio alimentar, que, nada obstante o meio empregado, contempla um valor imaterial senão único, ao menos preponderante na relação.

A Ação de Alimentos – Estrutura

Cuida-se de ação cujo objetivo principal é o de promover a declaração do direito aos alimentos e imposição da obrigação a quem de direito, guardando uma estrutura com a qual se almejou simplicidade e celeridade em seus trâmites, em ordem a se prestar por seu intermédio garantia efetiva ao demandante³⁰².

Indiscutível, desse ponto de vista, que em essência a lei concebeu por seu intermédio a possibilidade de oferecimento de *tutela jurisdicional condenatória*, pois a demanda visará à solução de uma crise de colaboração em relação ao direito material aos alimentos, uma vez ausente o oferecimento espontâneo daquele a quem cabe o encargo, seja por não ter se servido do meio adequado, previsto pelo art. 24, da Lei de Alimentos – *ação de oferta de alimentos* -, seja por ter evitado a solução extrajudicial de autotutela compositiva, caso essa alternativa lhe tenha sido de algum modo oferecida.

No tocante às denominadas *condições da ação*, importa examiná-las, para se avaliar a *possibilidade jurídica do pedido*, a *legitimação para agir* e o *interesse processual* em termos da ação alimentar.

A *possibilidade jurídica do pedido*, claro, se assenta sob a viabilidade técnica da pretensão, anelada, como sabido, às pré-determinações legais e jurídicas em torno do

³⁰²NELSON CARNEIRO afirmou: “ A Lei nº 5478/68 visou a afastar os embaraços processuais que retardavam a concessão de recursos àqueles que, por laço de sangue ou de casamento tinham direito a haver de parentes e cônjuges a prestação indispensável à subsistência.” (CARNEIRO, Nelson. A nova ação de alimentos: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e da outras providências, cit., p. 61).

próprio direito aos alimentos, presente sempre que o autor fizer aflorar na exposição da causa de pedir aquelas circunstâncias a partir das quais se possa extrair, ao menos indiciariamente, a juridicidade do pleito.³⁰³

Dentro dessa perspectiva, então, ao menos em princípio - isto é, à parte as discussões ainda latentes - o cônjuge divorciado não poderia demandar pretensão alimentar frente ao ex-consorte, dada a ruptura do vínculo matrimonial que, por sua vez, conforma a relação jurídica - base para o direito aos alimentos nessa hipótese, em consonância com as claras disposições do art. 1.694, do Código Civil³⁰⁴.

Sobre essa particularidade, aliás, a ação alimentar de rito especial depende de prova pré-constituída da relação parental, matrimonial ou familiar³⁰⁵, cuja falta obstrui sentidamente seu aforamento, ressalvadas as situações de caráter extravagante, normalmente relacionadas às situações de impossibilidade *ab initio* da demonstração desses vínculos, *ex vi* das disposições de seu art. 2º, § 1º.

Na perspectiva do *interesse processual*, há de se examinar, como sabido, a necessidade da atividade jurisdicional, tanto quanto a utilidade e adequação do provimento objeto da pretensão³⁰⁶, fatores a serem examinados a partir da situação concreta exposta pelo demandante.

Quase nenhum problema se avista em relação a esse aspecto em relação à ação alimentar, merecendo subscrição a seguinte observação de SERGIO GISCHKOW PEREIRA:

“O interesse processual não se cinge a constatar a configuração de *um interesse calcado em necessidade efetiva*, ainda que esta espécie de interesse também importe, mas senão que apresenta contornos mais ampliados, abarcando a formulação de *uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material*. Nesta área, dificilmente pode haver problema em matéria de ação de alimentos, a não ser em casos praticamente absurdos, como alguém que ajuizasse ação

³⁰³“Por possibilidade jurídica do pedido, portanto, enquanto condição da ação, entende-se que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico material.” (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 390).

³⁰⁴“Art. 1.694 – Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”

³⁰⁵NELSON NERY JR. E ROSA MARIA A. NERY sublinham: “A ação de alimentos fundada na LA é de rito especial e pressupõe prova pré – constituída da relação de parentesco ou da obrigação de alimentos (v.g. recíproca dos cônjuges). Não havendo prova pré – constituída do parentesco ou da obrigação alimentar, a ação de alimentos deve se processar pelo rito ordinário.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civil comentadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 128).

³⁰⁶BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 8.

revisional de alimentos quando a hipótese fosse de ação de alimentos, pois não houvessem sido estes ainda fixados.”³⁰⁷

Já sobre a *legitimação para agir*, ou legitimidade *ad causam* encerra uma concepção de pertinência subjetiva entre os sujeitos da causa, pressupondo, assim, um vínculo jurídico entre as partes, ao menos em princípio³⁰⁸, o que significa afirmar apenas a possibilidade de se pleitear alimentos aqueles juridicamente autorizados a tanto. Trata-se de relação ativa e passiva, portanto.

Aliás, o MINISTÉRIO PÚBLICO, que tem uma intervenção obrigatória como *custos legis* em ações de alimentos, como se pode inferir, por exemplo, do art. 11, da Lei de Alimentos, goza de legitimidade extraordinária para a propositura de ações alimentares quando o alimentando for criança ou adolescente em situação de risco³⁰⁹, ou seja, com direitos fundamentais ameaçados ou violados, conferindo-lhe essa *legitimação extraordinária* o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal nº 8069/90, em seu art. 201, III, sem desprezo, em caso análogo, quando estiver autorizado à propositura de ação investigatória de paternidade, nos termos da previsão do art. 2º, da Lei Federal nº 8.560/92, claro, com os limites postos por decisão do STF, que lhe concedeu uma atuação suplementar nesse caso³¹⁰.

³⁰⁷ PEREIRA, Sergio Gischkow. *Ação de alimentos*, cit., p. 66.

³⁰⁸ ALVIM, Eduardo de Arruda. *Direito processual civil*, cit., p. 157.

³⁰⁹ Art. 98, Lei 8069/90 - ECA

³¹⁰ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILIAÇÃO. DIREITO INDISPONÍVEL. INEXISTÊNCIA DE DEFENSORIA PÚBLICA NO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A Constituição Federal adota a família como base da sociedade a ela conferindo proteção do Estado. Assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito e à convivência familiar pressupõe reconhecer seu legítimo direito de saber a verdade sobre sua paternidade, decorrência lógica do direito à filiação (CF, artigos 226, §§ 3º, 4º, 5º e 7º; 227, § 6º). 2. A Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições prescritas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF, artigos 127 e 129). 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria (Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 27). 4. A Lei 8560/92 expressamente assegurou ao Parquet, desde que provocado pelo interessado e diante de evidências positivas, a possibilidade de intentar a ação de investigação de paternidade, legitimando essa decorrente da proteção constitucional conferida à família e à criança, bem como da indisponibilidade legalmente atribuída ao reconhecimento do estado de filiação. Dele decorrem direitos da personalidade e de caráter patrimonial que determinam e justificam a necessária atuação do Ministério Público para assegurar a sua efetividade, sempre em defesa da criança, na hipótese de não reconhecimento voluntário da paternidade ou recusa do suposto pai. 5. O direito à intimidade não pode consagrar a irresponsabilidade paterna, de forma a inviabilizar a imposição ao pai biológico dos deveres resultantes de uma conduta volitiva e passível de gerar vínculos familiares. Essa garantia encontra limite no direito da criança e do Estado em ver reconhecida, se for o caso, a paternidade. 6. O princípio da necessária

Merece também o devido registro o fato de ao *parquet* também se ter destinado a legitimação para bater-se em juízo em favor de alimentos para o idoso, pois a Lei Federal nº 10.741/2003, seu Estatuto, assim o prevê, impondo à instituição, por meios de seus órgãos de execução, na consonância com sua autorização expressa no art. 74, II³¹¹, o que, todavia, lhe compete supletivamente também, ou seja, desde que não haja possibilidade de acesso à Defensoria Pública etc.

No tocante à legitimação do Ministério Público em sede de demandas alimentares, convém ressaltar o surgimento, de um tempo a esta parte, de posicionamento um tanto mais amplo, ou seja, tem-se visto opiniões que encaram a defesa de interesses indisponíveis, como, de resto, a existência digna, bem – estar, assistência etc., como parte de seu ofício cotidiano, e isto por força da regra inserta no art. 127, da Constituição Federal.

O fundamento desse raciocínio, vê-se logo, concerne a uma legitimação haurida do próprio texto constitucional, e, portanto, de maneira autônoma em relação à legislação processual geral.

Em texto bem consolidado tal acepção é tecnicamente bem desenvolvida por CRISTIANO CHAVES DE FARIAS:

“É um exemplo significativamente eloqüente dessa legitimação ministerial para a defesa dos interesses individuais indisponíveis (na busca da preservação de direitos cuja proteção interessa ao Estado), é, justamente a ação de alimentos, na qual o órgão atua em juízo com vistas a garantir o direito constitucionalmente assegurado à vida, à integridade física e psíquica, e, principalmente, à dignidade humana (art. 1º, CF).

intervenção do advogado não é absoluto (CF, artigo 133), dado que a Carta Federal faculta a possibilidade excepcional da lei outorgar o jus postulandi a outras pessoas. Ademais, a substituição processual extraordinária do Ministério Público é legítima (CF, artigo 129; CPC, artigo 81; Lei 8560/92, artigo 2º, § 4º) e socialmente relevante na defesa dos economicamente pobres, especialmente pela precariedade da assistência jurídica prestada pelas defensorias públicas. 7. Caráter personalíssimo do direito assegurado pela iniciativa da mãe em procurar o Ministério Público visando a propositura da ação. Legitimação excepcional que depende de provocação por quem de direito, como ocorreu no caso concreto. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 248869, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 12-03-2004 PP-00038 EMENT VOL-02143-04 PP-00773)

³¹¹“Em outro dispositivo do Estatuto do Idoso houve por bem o legislador explicitar que o Ministério Público pode promover ação de alimentos em favor do idoso em situação de risco (art. 74,II). Tal dispositivo poderia ser considerado desnecessário já que a previsão genérica de substituição processual na Constituição – e também a previsão genérica do próprio Estatuto – seria suficiente por si só para garantir a legitimidade do Ministério Público, mas diante da resistência de parte da doutrina e da jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, em admitir ação de alimentos propostas pelo Ministério Público em favor de crianças e adolescentes, parece-nos que a previsão legislativa específica foi de bom alvitre.” (GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos*: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 132).

Tratando-se de alimentos tem-se então, à toda evidência, um interesse individual indisponível. Aliás se fossem disponíveis os interesses relativos aos alimentos, despicienda seria, por conseguinte, a própria intervenção do Ministério Público nas ações aforadas através da representação processual de advogados e permitida seria a ampla possibilidade de transação ou mesmo de renúncia ao direito alimentar.

(...)

Essas observações, por si sós, já se apresentam suficientes para evidenciar com absoluta certeza e segurança a legitimidade do Ministério Público para as ações de alimentos, por versarem sobre matéria de natureza indisponível, que, em consonância com o comando do art. 127, da Constituição da República, pode (e deve) ser defendida pela instituição. Vale dizer: tendo sido entregue ao Órgão Ministerial a incumbência da *defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (CF art. 127) e configurando os alimentos matéria de natureza indisponível, por simples exercício lógico, vislumbra-se a plena legitimidade da instituição para promover, em juízo, e fora dele, procedimentos tendentes a garantir e efetivas tal direito (indisponível).³¹²

Esse entendimento é interessante e parece objetivar o alargamento do acesso à justiça, uma vez que o Ministério Público, melhor organizado e aparelhado que as Defensorias Públicas, poderia prestar neste instante uma atividade de apoio bastante relevante à sociedade, daí porque haveria de prevalecer a ampla possibilidade de sua atuação, nada obstante o sistema de assistência jurídica e judiciária colocado à disposição da população em geral.

Concorda-se com esse entendimento, ao menos em princípio, sem descurar, contudo, de que a par do encargo constitucional visando à defesa de interesses individuais indisponíveis se encontra o de tutela e defesa dos interesses sociais com mesma conotação, entre os quais, salvo engano, se encontra o de envidar esforços para a disseminação da assistência judiciária e jurídica à população, sua garantia constitucional, e por intermédio dos órgãos públicos voltados a essa atividade (Defensoria Pública).

³¹²FARIAS, Cristiano Chaves de. A legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos: uma conclusão constitucional. In: _____. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 181. O entendimento jurisprudencial ainda não se definiu nesse sentido e, ao contrario, ainda restringe a atuação do *parquet* como autor em ação alimentar, tal como se vê: PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE ALIMENTOS - MINISTÉRIO PÚBLICO REPRESENTANDO MENOR DE IDADE SOB O "PÁTRIO PODER" DA GENITORA - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - ART. 201, III, DA LEI Nº 8.069/90 - INAPLICABILIDADE. 1 - Esta Corte Superior de Uniformização já firmou entendimento no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade para propor, como substituto processual, ação de alimentos em benefício de menor de idade sob o "pátrio poder" da genitora. Ademais, o art. 201, III, da Lei nº 8.069/90 só é aplicado nas hipóteses em que há falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, de acordo com o art. 98, II, do mesmo diploma legal. 2 - Precedentes (REsp nº 89.661/MG, 127.725/MG e 102.039/MG). 3 - Recurso não conhecido. (REsp 659.498/PR, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 14/12/2004, DJ 14/02/2005 p. 214).

Logo, os dois interesses estão incrustados na medula das atribuições constitucionais do MP, sem se admitir exclusão de um ou outro.

Dessarte, simplesmente ignorar os órgãos instituídos com a missão de garantir, via advocacia, os interesses privados, disponíveis ou não, para alinhar em igualdade de condições o *parquet* seria tornar menos racional a distribuição e o acesso à justiça, além do que, em provável (na verdade, inegável) afronta às disposições do art. 133 e do art. 134, da Constituição Federal.

Desnecessário acrescentar que os dispositivos constitucionais em princípio não se sobrepõem, devendo ser harmonizados, sendo essa talvez a solução ideal para o caso, fazendo confluir as disposições citadas com o art. 127, da Carta, mas via princípio da proporcionalidade, com a finalidade de apenas permitir a defesa em juízo dos direitos indisponíveis aos alimentos pelo MP se - e quando - a advocacia ou a defensoria pública faltarem em relação ao socorro profissional indispensável, à vista do caso concreto.

Vencidas tais questões, é oportuno apreciar – no que seja relevante – o aspecto inerente aos *pressupostos processuais*, os quais, como curial, falam mais de perto à relação jurídico-processual, dizendo respeito, assim, àquilo de que dependa a *existência* e a *validade* da relação processual.

São eles assim explicados por HUMBERTO THEODORO JR.:

“A prestação jurisdicional para ser posta à disposição da parte, além das condições da ação, subordina-se ao estabelecimento válido da relação processual, que só será efetivo quando se observarem certos requisitos formais e materiais, que recebem, doutrinariamente, a denominação de pressupostos processuais.”³¹³

Então se sabe que sob o ponto de vista dos *pressupostos de existência*, a relação processual requisita a existência de uma demanda, ou seja, de um pedido formalmente realizado, via petição inicial (CPC, art. 295), assim como a existência de jurisdição, pois o pleito deverá ser endereçado a quem tenha sido investido de poderes que o autorizem ao exercício da função jurisdicional, sem esquecimento, também, da imprescindibilidade da citação da parte adversária, dado o caráter trilateral do vínculo processual, tanto quanto da capacidade postulatória (CPC art. 36).

³¹³THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 72.

No quanto se refere aos *requisitos de validade*, para ARRUDA ALVIM se resumem à petição inicial em termos (CPC, art. 295), a competência do juízo, o que compreende igualmente a segurança quanto à imparcialidade, e, finalmente, a capacidade processual, ou legitimação para o processo (CPC, art. 7º)³¹⁴. Lembra igualmente o mesmo processualista a existência dos pressupostos extrínsecos, ou negativos, situados fora da relação processual, mas que eventualmente podem influir em sua regular formação ou continuidade, quais sejam, a coisa julgada e litispendência.

No quadro da ação alimentar merece enfoque nesse plano o tema atinente à *capacidade postulatória*, tanto quanto o da competência, no tocante a alguns poucos tópicos, pelo menos.

A questão da capacidade postulatória foi resolvida pela lei com atenuações a exigências formalísticas – de se lembrar a busca pela identidade com a ação trabalhista -, permitindo então a presença em cartório para dar início à demanda independentemente da presença de advogado, a ser nomeado posteriormente pelo juízo, caso a parte não disponha de profissional contratado, a seguir as disposições do art. 2º, § 3º, da Lei de Alimentos³¹⁵. Essa disposição, com efeito, é elemento facilitador do exercício do direito à ação, valendo notar que o pedido tanto pode ser deduzido por escrito ou oralmente pelo interessado, dado em função do qual se agiliza o procedimento, a par de simplificar a formulação do pedido, tornando-o mais acessível a qualquer um do povo como é desejável.

Outro aspecto relevante, entre os pressupostos, a merecer destaque diz respeito à *competência*, matéria solucionada no âmbito da Lei de Alimentos também de um modo a ocasionar facilidades ao autor do pleito alimentar à medida em que se dispensa expressamente a prévia distribuição, assim regulamentando o art. 1º, § 1º.

Há, em certo sentido, unanimidade da doutrina no tocante a uma provável decorrência dessa regra, isto é, a possibilidade de promover acúmulo indevido de trabalho em relação a algum Juízo, onde houver mais de um, em função da liberdade de escolha

³¹⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 485-486.

³¹⁵ “A regra é que a parte, ao ingressar em juízo, deve fazê-lo através de profissional devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Tanto o autor, quanto o réu. A lei, tal como o projeto do Executivo, é uma exceção a essa regra. A própria natureza do pedido justifica que assim ocorra. Se nesse momento inicial a presença do advogado pode ser dispensada, impossível será prescindir de seus conselhos no curso do processo. Basta que se atente que, na audiência de conciliação e julgamento serão inquiridas testemunhas, ouvidos peritos, e aduzidas alegações finais (art. 8º, § 2º), além da eventualidade da interposição ou impugnação do recurso da sentença de primeira instância.” (CARNEIRO, Nelson. A nova ação de alimentos: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e da outras providências, cit., p. 83). Em igual sentido: CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 570.

oferecida ao autor³¹⁶, sendo seus objetivos, todavia, positivos, uma vez voltados a garantir desde logo os provisórios em benefício de quem os solicita, afastando desse instante a burocracia inicial e necessária.

Esse é o sentir de JOÃO CLAUDINO DE OLIVEIRA E CRUZ:

“O que pretendeu o legislador foi tornar pronta e urgente a prestação alimentar provisória, até que o feito fosse definitivamente julgado. Assim, apresentada a reclamação ao juiz, este despacharia a petição que se encontrasse em ordem, fixando desde logo os alimentos provisórios, salvo se o credor declarasse que deles não necessitava (art. 4º). Fixados os alimentos provisórios o juiz determinaria a distribuição do feito, que poderia ir para outro Juízo, mantendo-se o princípio da distribuição alternada. O processo prosseguiria no Juízo para o qual fosse distribuído. O ato do primeiro juiz escolhido teria caráter provisório, de urgência, para fixação dos alimentos de imediato. Concedida a pensão provisória, ou não (dispensando-a o credor), a finalidade da lei estaria satisfeita, ao dispensar a distribuição prévia. Seria, assim, determinada a oportunidade de distribuição, que o art. 1º, § 1º diz que será feita posteriormente. Posteriormente, quando? Seria após o juiz despachar o pedido, na forma do art. 4º.”³¹⁷

Prosseguindo um tanto mais no tema, importa considerar que a competência para as demandas alimentares tem regra específica no art. 100, II, do CPC, a ser observada de modo geral, decidindo o legislador nesse caso em favor do alimentando, no domicílio de quem se estabelece o foro adequado à sua propositura, como exceção à regra geral, definida pelo art. 94, da precitada legislação codificada³¹⁸.

Apenas uma questão se pode considerar relevante em relação a esse pressuposto, ou seja, a relativa à existência de virtual exceção entre as demandas alimentares no relativo à competência, questionamento originado da dicção do dispositivo do art. 100, II, do CPC, segundo a qual a norma se destina aos casos de *pedido de alimentos*, expressão que quando

³¹⁶cf. CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., 568; CARNEIRO, Nelson. A nova ação de alimentos: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e da outras providências, cit., 64; CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *A nova ação de alimentos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 15

³¹⁷CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *A nova ação de alimentos*, cit., p. 15.

³¹⁸“A regra geral do CPC é a competência do foro do domicílio do réu, para ação fundada em direito pessoal (art. 94). Mas a exceção do art. 100 tem a sua justificativa: *objetivando a finalidade precípua de beneficiar o alimentando, por definição e lógica a parte mais fraca, por carência de recursos financeiros, alterou-se a competência comum para permitir a quem pede alimentos intentar ação, alternativamente, no foro de seu domicílio ou no de sua residência*. Efetivamente o legislador considerou necessário favorecer processualmente a defesa dos interesses do alimentando, partindo do pressuposto de que é a parte mais fraca, e a que não tem recursos, merecendo especial tutela; o domicílio do alimentante é quase sempre o mesmo do alimentando, mas aquele pode ter sido levado a procurar residência em comarca diferente, ou ter o alimentante se afastado de seus familiares; em consequência será mais acessível àquele o foro de sua residência, que ele, então poderá escolher.” (CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 549).

interpretada restritivamente - como fez CELSO AGRÍCOLA BARBI³¹⁹ - marginalizaria a hipótese da ação de *oferta de alimentos*, prevista no art. 24, da Lei de Alimentos.

Nada recomenda, porém, que assim seja, parecendo objetivamente indispensável atender à recomendação de PATRÍCIA MIRANDA PIZZOL³²⁰, no sentido de ser hipótese em que a interpretação extensiva se coaduna mais com o espírito da norma e do sistema, mesmo porque particularmente nessa espécie de demanda há uma tendência a abusos³²¹ por parte do autor, cuja prevenção se faz altamente recomendável, para se evitar que o credor fique subordinado – contra o espírito da norma – a deslocamento desgastante para o mero exercício de seu direito.

Note-se, em arremate, que a competência para ações alimentares, quando envolva alimentando criança ou adolescente, se em situação de risco, isto é, com direitos violados ou ameaçados, é também fixada, concorrentemente, no Juízo de Infância e Juventude, em atendimento à disposição do art. 148, § único, ‘g’, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quanto aos mais, no tocante aos pressupostos processuais, não há tantos problemas a serem enfrentados, exceto em um caso, aliás, momentoso e relacionado em verdade ao casos nos quais o nascituro, apenas representado pela mãe, vai a juízo em busca dos alimentos.

O problema a ser arrostado diz respeito, em verdade, aos reflexos da disposição do art. 2º, do Código Civil, na seara do processo, pois se em face de suas disposições a personalidade jurídica - ingrediente técnico sem o qual não há sujeito de direito – apenas reveste o indivíduo em seu nascimento com vida, antes disso não há pessoa sob o ponto de vista técnico, e, por conseqüência, o nascituro não poderia ser admitido como sujeito processual.

Logo, se o nascituro propõe pleito alimentar, pode ser visto como parte, condição indispensável para haver processo?

³¹⁹Apud PEREIRA, Sergio Gischkow. *Ação de alimentos*, cit., p. 68-69.

³²⁰PIZZOL, Patrícia Miranda. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 274.

³²¹“A ação de oferta de alimentos encontra-se tipificada no art. 24, da Lei nº 5478/68, em que o autor, ao invés de requerer, como o próprio nome diz, oferece alimentos, Ainda que à primeira vista a atitude do autor possa ser entendida como magnânima, generosa e altruísta, há casos em que o autor visa a evitar o risco de sofrer uma demanda alimentar, onde os credores peçam pensão alimentícia em patamar superior àquele que o ofertante pretende pagar.” (LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Alimentos: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 131).

Há posição favorável, sim, permitindo a apresentação de sua postulação via representante legal, haja vista, inicialmente, os termos da disposição do art.2º, do Código Civil³²², que nem de longe lhe subtrairia a personalidade jurídica antes do nascimento, até por prever o resguardo de seus direitos.

Setores da doutrina, com boa dose de razão, não se curvaram ao mau cálculo que está por detrás do aludido dispositivo da legislação civil em vigor³²³, sendo realmente de se sublinhar, a despeito do estado da matéria nos tribunais, e em particular no STF, que as barreiras ao reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro devem ser superadas até para se promover, antes de qualquer outra coisa, um desejável encontro entre a realidade técnica - e científica - e a ordem jurídica, pois como assinala STELA MARCOS DE ALMEIDA NEVES BARBAS, autora lusitana:

“No saber antigo, nomeadamente no pensamento de Aristóteles, o nascimento concretizava a prova de que a criança vinda do escuro do ventre materno não era um ser contra a ordem regular da natureza, um animal que no todo ou em algumas de suas partes se afastava da estrutura ou da conformação natural dos da sua espécie ou sexo e cujo estudo pertencia à teratologia, numa palavra, um monstro. Eram os medos, os fantasmas do incognoscível.

Essa concepção influenciou decisivamente as legislações que fazem depender do nascimento a personalidade jurídica. Todavia, a ciência moderna, a ecografia, os exames e diagnósticos pré-natais afastaram os perigos e trevas do ventre materno, e a dialética e o Direito impõem o fim do *instituto jurídico do nascimento*. Uma das novas tecnologias de ponta da procriação humana assistida ao tornar viável a criação e desenvolvimento da vida humana em laboratório, sem vida uterina (ectogenese), entendo que desvaloriza definitivamente o nascimento natural como um marco do início da personalidade.

O Direito tem de disciplinar o que acontece, mas não pode ficar indiferente ao que pode acontecer. O legislador e a doutrina sabem que não se trata de mera hipótese do domínio da ficção. Aquela nova forma de vida é um dado científico e como tal deve ser considerado.”³²⁴

³²²“Art. 2º - A personalidade jurídica da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

³²³“Mesmo que a questão do início da personalidade esteja envolta em polêmica de saber se o novo Código adotou, dentre tantas doutrinas, a Teoria Natalista ou Teoria Conceptualista, ou seja, se a personalidade se dá a partir do nascimento com vida, na primeira, ou se a partir da concepção, como na última. A esse respeito aponta-se, com equívoco, que a tendência do novo Código ainda teria sido a de adotar a Teoria Natalista, ainda que essa discussão se agrave com as demais maneiras de formação e gestação do feto, proporcionadas pelas inovações da tecnologia médica.” (FACHIN, Luis Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 33).

³²⁴*Apud* FACHIN, Luis Edson. *Teoria crítica do direito civil*, cit., p. 34, nota 50.

Para que os argumentos não se esgotem aí, a propósito, não há negar que a regra do art. 2º, do Código Civil, mereça interpretação concordante com a disposição do art. 8º, da Lei nº 8069/90³²⁵, cujo objetivo é o de certificar a extensão da promessa constitucional de *proteção integral* – saúde e vida dignas incluídas - ao ser humano em formação, desde o instante de sua concepção, nada podendo tolher sua condição de sujeito de direitos representável em juízo pela mãe³²⁶.

Logo, embora ainda seja intensa a polêmica a respeito desse assunto, e ainda prevaleça posicionamento em favor apenas – e quando muito – dos *direitos potenciais* do nascituro³²⁷, necessário se faz atentar para o escólio de FRANCISCO AMARAL:

“No direito brasileiro, a maioria dos autores defende que o nascituro não tem personalidade jurídica, como parece dispor o art. 2º, do Código Civil. No entanto o sistema jurídico brasileiro permite outra conclusão. Na Constituição Federal, art. 5º, *caput*, garante-se o direito à vida, isto é, o direito subjetivo à vida. No Código Civil, os arts. 1.609, parágrafo único, 1.779 e 1.799, I, consideram também o feto, desde a concepção, como possível sujeito de relações jurídicas, vale dizer, sujeito de direitos. E só pode ser sujeito de direitos quem tiver personalidade, daí concluir-se, formalmente, que o nascituro tem personalidade jurídica.”³²⁸

Fato recente - e relevante - a acrescentar nesse campo, deu-se em virtude de iniciativa do próprio legislador, ao editar a Lei Federal nº 11.804/2008, denominada *Lei dos Alimentos Gravídicos*, com a qual, crê-se, foi posta pá de cal nos debates, devendo reverter, inclusive, a opinião dos hesitantes, pois desde sua vigência não remanescem incertezas sobre a condição jurídica do nascituro, uma vez dada a permissão para sua genitora representá-lo em juízo, pleiteando alimentos em seu nome, mas com a certeza de se referirem a ele, na leitura de seu art. 1º, em consonância com o art. 227, da CF, pois naturalmente a prestação será direcionada ao desenvolvimento do feto, visando a lhe garantir nascimento condigno, nos termos do art. 7º e do art. 8º, da Lei nº 8069/90, única conclusão plausível à vista da própria disposição do art. 6º, parágrafo, da recente lei precitada, que reza se converterem em alimentos da criança, após seu nascimento.

³²⁵“Art. 8º - É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 1º - A gestante será encaminhada aos diversos níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do sistema.

§ 2º - A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal;

§ 3º - Incumbe ao Poder Público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitarem.

³²⁶Cf. PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*, cit., p. 232.

³²⁷TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 6-7.

³²⁸AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 221.

Ultrapassado o momento de análise das *condições da ação* e de seus *pressupostos processuais*, já analisados sob enfoque do quanto se entende por relevante, cumpre examinar o *procedimento* da ação alimentar regida pela Lei de Alimentos, que, como não se ignora, tem técnicas processuais diferenciadas, sendo visivelmente concentrado, permeado pela oralidade, independentemente, inclusive, de distribuição prévia³²⁹, o que, obviamente, não significa dispensa³³⁰, valendo acrescentar a autorização para o pedido verbal do alimentando perante o cartório, obrigando-se o juízo a providenciar imediatamente a nomeação de advogado para patronear seus interesses, tudo conforme previsão do art. 2º, § 3º da Lei de Alimentos³³¹.

O desfecho da ação dar – se – á na audiência final, de instrução e julgamento, à qual o comparecimento das partes é obrigatório³³², sendo obrigatório em sua abertura e antes da prolação do decisório a tentativa de conciliação das partes, sob pena, inclusive, de nulidade se provier sentença com desobediência dessa regra³³³.

Proferida a sentença concessiva dos alimentos, o recurso de apelo terá necessário efeito devolutivo, em conformidade com as disposições dos arts. 14 da Lei de Alimentos e 520, do CPC³³⁴, sendo oportuno considerar, ademais, o caráter especial do decisório, tanto que não se subordina ao princípio da adstrição, ficando o prolator na condição de poder fixar quantum superior ou inferior àquele consignado no pedido inicial³³⁵.

³²⁹ A medida visa o pronto – atendimento à pretensão do reclamante, embora nem todos entendam positiva a regra entendendo possível a erupção de incertezas em comarcas com diversos juízos potencialmente competentes (cf. CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 568).

³³⁰ “A lei não dispensa, nem poderia fazê-lo, a distribuição do pedido. Apenas determina que ela somente ocorra depois de despachado o pedido inicial e fixados, desde logo, os alimentos provisórios (art. 4º). Também os autos não seguirão para o Distribuidor, mas o Juiz lhe oficiará, para que registre nos livros ou fichários competentes, os nomes das partes e a natureza da ação.” (CARNEIRO, Nelson. *A nova ação de alimentos: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e da outras providências*, cit., p. 64).

³³¹ PEREIRA, Sergio Gischkow. *Ação de alimentos*, cit., p. 73.

³³² PRUNES, Lourenço Mário. *Ações de alimentos*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978. p. 183.

³³³ Há controvérsia jurisprudencial (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis especiais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 132).

³³⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 436.

³³⁵ “Conforme tranqüilo entendimento jurisprudencial, o juiz fixa alimentos segundo seu convencimento, não constituindo julgamento *ultra petita* a fixação de pensão acima da solicitada na inicial, pois o critério é a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante. À vista de tal premissa, o pedido que se formula em ações similares é de natureza genérica, donde não se adstringir a sentença, necessariamente, ao *quantum* colimado inicialmente.... Em outros termos, ‘em ação de alimentos a sentença não se subordina ao princípio da adstrição judicial à pretensão, podendo considerar não invocadas expressamente pelo credor, sem que com isso seja a sentença considerada *extra* ou *ultra petita*.’” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 592).

Sob o ponto de vista do procedimento, cabe observar com acuidade maior alguns aspectos relevantes, normalmente encarados entre os pontos nevrálgicos da demanda alimentar.

Inicialmente, já se vêm novidades no tocante à ação alimentar, sob o ângulo do pressuposto essencial referente à relação familiar entre os demandantes, cuja existência deverá ser objeto de prova pré-constituída, ao menos a juízo do quanto expressa a literalidade do art. 2º, *caput*, da Lei nº 5478/68.

Chama-se a atenção para esse fator, justamente em razão da influência acarretada pela recentemente editada Lei nº 11.804/08 - *Alimentos Gravídicos* -, cujos termos sugerem a obrigação alimentar como encargo do suposto pai apenas em função de indícios da parentalidade biológica, a serem recolhidos, se necessário, em audiência de justificação, tratando-se, dessarte, de caso singular no qual a factibilidade do laço parental basta à tutela jurisdicional do direito aos alimentos do *filho nascituro*, permitindo-se-lhe o acesso à via rápida e mais eficaz da Lei nº 5478/68 para sua concretização.

Em se tratando, outrossim, de nascituro de pais casados entre si, mas com a sociedade conjugal dissolvida pela ruptura de fato, a prova parece desnecessária, ante a presunção de paternidade acertada por força da disposição do art. 1.597, do Código Civil.

Sobre os demais casos difíceis, entre os quais se destaca o pleito alimentar realizado por companheiro já sem vida em comum com o convivente, já se assentaram doutrina e jurisprudência quanto à urgência de uma demonstração indiciária, como bastante, já, para a viabilização do meio processual agilíssimo ora tratado³³⁶.

Feita a citação, consoante prescreve a disposição do art. 5º, da Lei de Alimentos, torna-se indispensável assentar que o prazo de defesa, malgrado omitido em suas disposições, sendo majoritário hoje o entendimento segundo o qual caso o juiz não fixe um prazo – o que lhe seria possível – a defesa no máximo pode ser apresentada até a data da audiência de conciliação, dada a simetria com a ação trabalhista, parecendo inviável a contagem do prazo a partir do ato processual aludido, de que adviria uma postergação

³³⁶Para a ação de alimentos de rito especial, a alegação de companheirismo reclama, por exemplo, prova de contas conjuntas, colocação do companheiro como dependente em clubes sociais, presença do nome do companheiro em seguros de vida, contrato de união estável, contratos de locação com os nomes dos companheiros, pagamento de água, luz, despesas condominiais, aluguel e outras, em nome do companheiro etc. Não poderia ser outra a exigência legal. O rito sumário da Lei nº 5478/68 não se coaduna com o exame em profundidade do conjunto probatório e dos fatos a serem demonstrados, indispensáveis quando se busca fixar um parentesco, um matrimônio ou um companheirismo controvertidos. A questão é por demais séria para permitir a sumariedade.” (PEREIRA, Sergio Gischkow. *Ação de alimentos*, cit., p. 7).

indesejável³³⁷. Todavia, a advertência que vem a calhar diz respeito à indispensabilidade de um lapso temporal razoável entre a citação do acionado e a audiência, para não tolher dele o direito à ampla defesa, daí a anotação de SERGIO GISCHKOW PEREIRA:

“O prazo dado ao réu para se defender não pode ser inferior a dez dias, mínimo aceito como razoável para preparação de uma resposta condigna, como se percebe pelo art. 277, *caput*, do CPC, referente ao procedimento sumário. O art. 5º, § 1º, da Lei nº 5478/68, diz que o juiz fixará prazo razoável para a defesa. Ora, tenho que, analogicamente, cabe aplicar o prazo de 10 dias mencionado.”³³⁸

É oportuno lembrar que no concernente à resposta do réu, a par de ser intolerável, por exemplo, a exceção de incompetência, até por motivos óbvios, fala-se ainda em obstáculo à *reconvenção* (CPC, art. 315), haja vista tratar-se de rito especial, daí advindo a incompatibilidade³³⁹.

A respeito desse tema, uma vez certo que a demanda contraposta se estabeleça em nome do princípio da economia processual³⁴⁰ - idéia em princípio congruente com a celeridade do rito da ação alimentar - a oposição à sua ocorrência se deve justamente à incompatibilidade entre os procedimentos³⁴¹, pois, em tese, não se compadece com ações de rito sumário³⁴², às quais se deve comparar aquelas ensejadas pela Lei de Alimentos.

Embora pareça bastante razoável essa acepção, há de se prestar atenção em posicionamento discordante, como por exemplo o de SERGIO GILBERTO PORTO:

“Não resta dúvida de que a reconvenção é vedada no procedimento sumaríssimo; todavia, é certo que a lei especial consagra um procedimento próprio, que não é o procedimento sumaríssimo do CPC, e para o qual foi vedado o uso do procedimento reconvençional. Assim como também inexistem dúvidas de que a possibilidade de a parte demandada reconvir restrinja-se à pretensão compensatória. Nesta linha,

³³⁷CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 576.

³³⁸PEREIRA, Sergio Gischkow. *Ação de alimentos*, cit., p. 94.

³³⁹PONTES DE MIRANDA (cit. p / CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 577).

³⁴⁰ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 299.

³⁴¹“Como com a reconvenção ocorre uma cumulação objetiva ulterior de ações, aplica-se à reconvenção o art. 292, § 1º, III, do CPC. Exige-se unidade procedimental entre a ação e a reconvenção. Em outros termos, o demandado só pode exercer a reconvenção se essa se acomodar ao procedimento da demanda inicial, ou ambas admitirem o processamento pelo procedimento comum ordinário (art. 292, § 2º, CPC).” (MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 323).

³⁴²“Caso de incompatibilidade de procedimentos existe entre a reconvenção e o procedimento sumário. Embora tenha sido revogado o CPC, 325, § 2º, que proibia expressamente a reconvenção no procedimento sumário, o sistema continua vedando a reconvenção naquele procedimento, por incompatibilidade procedimental. Pode-se dizer que a proibição se encontra agora no CPC 280, que veda o ajuizamento da ADI (semelhante à reconvenção) e a intervenção de terceiros no procedimento sumário.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 585).

pertinente o uso da reconvenção no mínimo na ação de revisão, na ação de exoneração, e na própria ação onde é deduzida pretensão alimentar pela via ordinária. Nesta, a toda evidência, a resposta reconvenicional é absolutamente adequada.”³⁴³

Em resumo, a possibilidade da reconvenção não permaneceria completamente arredada, sendo cabível em hipóteses de revisionais ou exoneratórias, além, é claro, de se mostrar cabível na própria demanda alimentar, porém, apenas quando adotado o rito ordinário.

Não se entende tão diferentemente, diga-se, em relação à ação declaratória incidental, de uso vedado nas ações alimentares da Lei de Alimentos, embora cabível, se necessário for, em hipóteses de demanda alimentar que tramite pelo rito ordinário, já porque as limitações do rito especial não dariam margem ao esmiuçamento de fato prejudicial no tempo e com o alargamento das possibilidades de realização da prova típicos de uma declaratória, a ser nesse caso aforada de forma autônoma³⁴⁴.

Vale também afrontar o tema da participação do Ministério Público nas ações alimentares.

Já se viu, e se discutiu, no presente trabalho a situação na qual o *parquet* poderia atuar como substituto processual do alimentando, mas agora importa ver que quando assim não se der sua intervenção no processo, esta será obrigatória por outro modo, ou seja, nos termos das disposições do art. 82, I, do CPC, c.c. art. 11, da Lei de Alimentos, incumbindo-lhe a tarefa de atuar como *custos legis*.

Inexistentes motivos para questionamento disto, importa ver se o modo de sua atuação no processo é demarcado pelas circunstâncias em virtude das quais nele ingressou, ou se lhe cabe, com autonomia e liberdade, ditar seus rumos independentemente de qualquer peia legal.

Entusiasta dessa ausência de amarras no desencargo de seus misteres processuais, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, renomado familiarista e membro do MP do Estado da Bahia, afirma:

“Convém registrar, inclusive, que a atuação do Promotor de Justiça como fiscal da lei, deve estar pautada pelo balizamento constitucional que lhe

³⁴³Apud CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 577. Em igual sentido: apud PEREIRA, Sergio Gischkow. *Ação de alimentos*, cit., p. 96.

³⁴⁴PEREIRA, Sergio Gischkow. *Ação de alimentos*, cit.

confere independência e autonomia funcional, impondo-lhe velar pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim, deverá ele atuar de forma independente, não estando atrelado à defesa dos interesses pretendidos na ação.

A partir desse raciocínio, é possível ao membro da Instituição Ministerial manifestar-se contrariamente aos interesses do autor da ação (credor), inclusive tendo legitimidade para recorrer, por exemplo, quando entender que o *quantum* alimentício foi estipulado de forma excessiva. É que na sua atuação, no processo civil, como fiscal da lei, o Ministério Público não tem vinculação (compromisso) com quaisquer das partes, nem mesmo com o titular do direito indisponível. Dispõe, portanto, de independência e autonomia funcional, conferida constitucionalmente (CF, arts. 127/129).³⁴⁵

Esse posicionamento conta com o referendo de ARRUDA ALVIM³⁴⁶ e, com, efeito, assim também se compreende a matéria no âmbito da jurisprudência³⁴⁷, mas em sede doutrinária tem os seus críticos veementes, e dentre estes JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, que assim se posiciona:

“Outra não é a razão pela qual o legislador exige a presença do promotor, sempre que no processo houver a presença de incapazes (CPC, art. 82, I). A controvérsia reside exatamente na natureza da atividade do promotor nesses processos: deve ele atuar sempre em defesa do incapaz ou pode posicionar-se livremente? A chamada posição vinculada, ao meu ver, traduz com mais precisão o objetivo pretendido pelo legislador ao determinar a intervenção do Ministério Público nos processos em que houver incapazes.

Vejamos por quê.

Não parece razoável entender que o promotor possa atuar contra o incapaz. Se o legislador exigiu sua presença na relação processual apenas porque dela participa um incapaz, fê-lo obviamente para que os interesses deste último sejam defendidos com maior zelo.

Ora, se o representante ministerial tivesse plena liberdade para atuar contra incapaz, na feliz imagem de Antonio Celso de Camargo Ferraz, o remédio estaria matando o doente.

Equivocada a conclusão de que o Ministério Público não pode vincular-se ao interesse particular da parte, por estar sua atuação voltada para a defesa do interesse público. Tratando-se de incapaz, o interesse público encontra-se materializado em um dos pólos da relação processual, qual

³⁴⁵FARIAS, Cristiano Chaves de. A legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos: uma conclusão constitucional, cit., p. 654.

³⁴⁶ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 502.

³⁴⁷“A intervenção do MP não se subordina aos interesses do incapaz; se estiver convencido de que este não tem direito, deve deduzir seu parecer de acordo com a lei, e não com o interesse do incapaz (RSTJ 180/425, RT 705/108, 748/229, 807/266, JTJ 196/115)” (NEGRÃO, Theotônio. Nota art. 82. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVEA, José Roberto. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 222).

seja, aquele ocupado por ele, razão de ser da intervenção do Ministério Público no processo.”³⁴⁸

A discussão se trava, de conseguinte, sobre o aspecto relacionado à causa de intervenção, pois para a visão representada pela opinião recém aludida (Bedaque), o foco é a presença do incapaz, vinculando-se ela à *qualidade da parte*. Sendo assim, inclusive, cingida sua atividade aos interesses eventuais da parte, aos quais estaria inapelavelmente anelado, poderia agir visando à vulneração da ordem jurídica, motivo não da sua intromissão na relação processual, mas sim de sua própria existência, e, portanto, parte de sua essência ?

Indiscutível no exame dessa controvérsia a constatação dos excessos de parte a parte.

Sobre o tópico em testilha, solução mais indicada parece ser a de JOSÉ FERNANDO SILVA LOPES, averbada em termos seguintes:

“Em segundo lugar, diz o Código de Processo Civil competir ao Ministério Público intervir *nas causas concernentes ao estado das pessoas, pátrio-poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade* (art. 82, II), uma vez que em todas essas causas incidem leis de ordem pública, protegendo direitos da personalidade, e normalmente indisponíveis, ou de dispositividade mitigada.

As leis de ordem pública, como alhures já se adiantou, não podem ter sua aplicação e atuação entregues exclusivamente à dispositividade particular. Algumas vezes, inclusive, como já se cuidou ao tratar da ação civil pública, o Estado, pelo Ministério Público, ante a incidência das leis de ordem pública, toma, mesmo, a iniciativa da formação do processo.

Outras vezes, contudo, mesmo deixando aos particulares a iniciativa do processo, previne-se, por antecipação, a possibilidade de desinteresse, inércia, fraude ou conluio, fazendo intervir no processo o Ministério Público, não só para fiscalizar a correta aplicação da lei, como também para garantir, com o exercício de faculdades processuais que se lhe concedeu, a neutralidade do organismo jurisdicional. É por esse modo que se pretende chegar a uma correta aplicação de lei, que, por sua generalidade e essencialidade social, tem sua aplicação marcadamente protegida, para evitar dano irreparável à ordem jurídica estatal”³⁴⁹

³⁴⁸BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 176-177.

³⁴⁹LOPES, José Fernando Silva. *O Ministério Público e o processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. 1976. p. 52.

Não há dúvida, então, que corresponderia a amesquinhar a posição do *parquet* ao intervir em razão da presença de matéria de ordem pública apenas no intuito de atrelar seu destino na lide àquele ensejado pela legítima ou ilegítima pretensão da parte autora, o que significaria vender-lhe os olhos de antemão, impondo-lhe uma participação ombreada com os bons ou maus desígnios da parte promovente.

O interesse público, de outro lado, não pode ser objeto de alocação arbitrária, pois é ele de certa maneira ubíquo, fixando-se por vezes sobre diversos pontos de uma mesma questão. Mas certamente ele não se associa a alguém em face de situações de vida ou relações jurídicas apenas por sua qualidade pessoal.

Logo, o *parquet* se encontra na relação processual porque, a uma, a indisponibilidade do direito em causa merece forte vigilância quanto a uma boa defesa, e, a duas, para assegurar o transcurso regular da relação jurídico-processual, aí se refugiando o interesse público, e não na pretensão deduzida pela parte.

Mesmo assim, encetar atividade detrimetosa aos interesses da criança ou do adolescente postulantes do direito a alimentos, pode ser visto como exagero. A iniciativa contrária a direitos conquistados pela via judicial, justamente por parte de quem atuou para garantir um equilíbrio na relação processual, parece dissociado da idéia de pacificação social, já porque essa postura realimenta a controvérsia, aprofundando o desgaste nas relações entre as partes – a lembrar que são relações familiares nesse caso –, ferindo o princípio da razoabilidade, ao qual a postura do MP também está adstrita.

Além disto, como anota HUGO NIGRO MAZZILLI:

“É protetiva a atuação ministerial quando decorra da qualidade de parte. (...) Isso não impede possa opinar livremente, quando identifique prescrição ou lhe pareça faltar fundamento para a defesa dos interesses do incapaz. Eventual proteção não significa auxílio para o locupletamento ilícito do incapaz. O que não pode é tomar iniciativa de impulso processual (exceções, embargos, recursos), em favor de interesses disponíveis da parte contrária, maior e capaz.”³⁵⁰

Outra controvérsia coligada ao procedimento da ação de alimentos diz com incertezas processuais ocasionadas da disposição do art. 1.698³⁵¹, do Código Civil,

³⁵⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 286.

³⁵¹ “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 a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrarem a lide.”

segundo as quais ficam abertas as possibilidades de se convocar para o pólo passivo outros parentes, co-encarregados do encargo (CC art. 1696 e art. 1697), com a finalidade de se distribuir entre eles os respectivos ônus advindos da prestação, de modo proporcional e em consonância com a estatura econômico-patrimonial de cada um.

Ao nível do processo, duas questões surgem amiúde, sendo a primeira relativa à *conveniência da disposição* e a segunda tocante a *qualificação técnico-processual a ser oferecida ao modelo de intervenção introduzida pela legislação de direito material*.

Sobre o primeiro questionamento, o fundamento dos críticos³⁵² atina com a conveniência dessa previsão - aliás de há muito vista como possível - frente ao rito especial proposto pela Lei de Alimentos, haja vista a previsibilidade dos embaraços ao nível do procedimento, com a certa postergação da entrega da prestação e, enfim, a concretização do direito ao seu titular.

O suporte dessas observações negativas sobre a determinação legal não é outro senão o fato de se imaginar sua contribuição para o arrastamento da demanda por prazo inconveniente.

Desse ponto de vista, sem negar a possibilidade da dilação temida, o fato é que parece defensável a posição assumida pelo legislador, uma vez evidente a prioridade visada por ele, no sentido de se garantir ao alimentando todos os recursos indispensáveis à sua subsistência e condição social, viabilizando, nessa medida, a ampliação objetiva e subjetiva da demanda, finalidade preponderante ao nível da escala de valores norteadores do direito processual.

Já sobre o segundo aspecto, as dúvidas são maiores.

Há, a bem da verdade, um consenso sobre se tratar de uma modalidade de *intervenção de terceiros*, manejável, em princípio, pelo réu - já que o autor poderia optar pela formação do litisconsórcio passivo -, todavia, não enquadrável em qualquer das molduras legais configuradas na legislação processual codificada. Acerca desse último fator, a propósito, a opinião majoritária da doutrina o acolhe, basicamente exprimindo fundamentos bem esclarecidos por MILTON PAULO DE CARVALHO:

“A nova figura de natureza processual - *chamamento para integrar a lide* - criada pela lei civil, não é igual a nenhuma daquelas de intervenção de terceiros previstas no Código de Processo Civil. Todavia, a questão

³⁵²Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 444.

relativa à espécie de intervenção é ainda controvertida na doutrina e na jurisprudência.

Pese embora entendimento diverso, compreende-se que a figura de intervenção de terceiro tratada na hipótese em exame não é a denúncia da lide, do art. 70, do Código de Processo Civil, uma vez que o réu da ação não invoca relação de garantia, nem tampouco direito de regresso. Também não se está diante da intervenção do *chamamento ao processo*, prevista no art. 77, III, do Código de Processo Civil, primeiro porque o disposto no art. 1.698, do Código Civil não estabelece que a iniciativa será do réu, ao contrário do que expressamente dispõe a regra do Código de Processo Civil, deixando antever que o pedido poderá advir tanto do autor como do réu; segundo, porque a obrigação alimentar é divisível e o dispositivo que trata do chamamento ao processo no Código de Processo Civil exige expressamente para sua aplicação que a obrigação seja solidária, não se admitindo sua ampliação ou flexibilização (demasiada aliás) do termo, porque diversa a natureza das obrigações, gerando, bem por isso, consequências bem distintas, umas das outras, de maneira que a própria expressão legal, porque precisa e clara, não autoriza seja substituída por outra, ou que seja interpretada extensivamente; terceiro porque, por se tratar de obrigação divisível, estaria obrigando o autor a litigar contra quem não tinha intenção, por razões particulares, de modo a prejudicá-lo ou criar-lhe embarços. Já de litisconsórcio necessário não se trata, pois o credor não está impedido de promover ação contra um dos coobrigados, não havendo por isso no dispositivo determinação expressa no sentido de que todos devam integrar a lide.³⁵³

Em regra geral, os fundamentos sólidos da opinião doutrinária registrada são os mesmos esgrimidos por boa parcela de doutrinadores, podendo-se afirmar, já a esta altura, haver se consolidado uma opinião em favor da *intervenção de terceiro sui generis*, ante a ausência de enquadramento específico do caso às normas gerais da legislação processual codificada.

Mas, há dissidências interessantes, tanto quanto ponderáveis.

Os que vão à dissensão firmam-se sob fundamento não implausível, pois argumentam com aquela relação de funcionalidade a ser estabelecida entre o processo e a entrega efetiva do bem da vida, diretiva sob a qual aquele deve se sujeitar a um corrente aperfeiçoamento de seus institutos, isto com vistas à manutenção de plena correspondência com as tutelas inerentes ao direito material, também submetido – com idêntica constância – a uma atualização.

Vai daí que autores partidários dessa concepção apregoam o desapego a conceitos enformados segundo padrões técnicos de época, incentivando sua revisão permanente, até

³⁵³CARVALHO, Milton Paulo de. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro Cesar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 1.668.

para ampliação de alcances ou finalidades quejandas, em nome de uma maleabilidade prestante do sistema processual em favor dos consumidores, ligando-se esse modo de pensar à predominante corrente favorável ao dito processo civil de resultados.

À luz desse ponto de partida, por exemplo, salienta sobre o assunto HUMBERTO THEODORO JR.:

“Ora, a intervenção de terceiros concebida para formar o litisconsórcio incidental e superveniente entre vários coobrigados da mesma relação obrigacional é justamente o chamamento ao processo, prevista pelo art. 77, do Código de Processo Civil. É bem verdade que o inciso III do questionado artigo fala em chamamento de *todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, o pagamento da dívida comum*. E a dívida de alimentos não configura obrigação solidária. É, no entanto, pela incapacidade de o devedor suportá-la por inteiro, obrigação que se torna comum entre os diversos alimentantes, que deverão complementá-la.

Assim, mesmo não sendo obrigação solidária, a comunhão de devedores justifica sua inserção na sistemática do chamamento ao processo, porque a razão de ser da submissão dos devedores solidários ao referido remédio processual interventivo – a dívida comum entre os diversos obrigados – se faz presente no concurso de vários responsáveis pela satisfação do débito alimentar.”³⁵⁴

O espírito dessa opinião doutrinária, a propósito, ou seu gérmen, provém do sentimento assim exteriorizado por CÁSSIO SCARPINELLA BUENO:

“O que parece possível – e desejável pela própria influência que o plano material exerce no pleno processual – é ampliar o termo *solidariedade*, empregada no inciso III, do art. 77, para nele admitir, pelo menos na hipótese aqui discutida, também o chamamento de devedores comuns. Além de não haver qualquer prejuízo para o processo e para a economia e eficiência processuais, que caracterizam todos os institutos de intervenção de terceiros, as diversas obrigações alimentares manifestam-se de forma bastante próxima à solidariedade. As provas a serem produzidas pelo autor, ademais, sequer serão alteradas porque, diante de um ou mais de um obrigado, bastará a ele demonstrar a necessidade dos alimentos.”³⁵⁵

Tudo leva a crer, na esteira desse entendimento, que as opiniões de HUMBERTO THEODORO JR. e CASSIO SCARPINELLA BUENO ferem ponto essencial, sintonizando-se um tanto mais com a idéia de um *direito processual vivo*, maleável e funcionalizado à realização plena de direitos, cujos conceitos não devem se cristalizar de modo insensível,

³⁵⁴THEODORO JR., Humberto. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. 2. ed. Ed. Juspodivm, 2007. p. 154.

³⁵⁵BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 520.

ou alheio mesmo, às alterações no tráfego e estrutura das relações jurídicas de direito material, por isso merecendo adesão.

Vale afirmar, que na ótica processual essa questão possa ser superada, senão por meio desse raciocínio técnico ora exposto, ao menos pela adesão ao entendimento da extensão da solidariedade na relação obrigacional alimentar a jovens e crianças credores, face aos motivos já expostos na primeira parte do trabalho, a partir do que restaria superado o óbice do art. 77, III, do CPC.

Ainda sobre o assunto, vale a rematar com uma discussão não menos relevante.

E ela fala de perto à atividade do magistrado na direção do processo alimentar quando, por exemplo, se deparar com o quadro em que o demandante deixou de postular pela inserção de co-devedores no pólo passivo, tanto quanto o chamado à responsabilidade pelo encargo, conquanto sem condições patrimoniais de responder integralmente pelas urgências do alimentando, também não o fez.

O juiz, então, assistiria impassível a essa situação?

Autores já citados, como MILTON PAULO DE CARVALHO e CASSIO SCARPINELLA BUENO, defendem uma conduta processual do magistrado, por assim dizer, pró-ativa, sugerindo como alternativa à omissão dos diretamente interessados a determinação *ex officio* por parte do magistrado oficiante, dada a natureza do direito em causa e a necessidade de se atender o mais amplamente possível às necessidades do demandante³⁵⁶.

Em acréscimo, e perseguindo postura inquisitorial do magistrado, haja vista a natureza do direito em causa, dizem, a propósito do tema, JOSIANE ROSA PETRY VERONESE e ROBERTA VOLPATO HANOFF:

“Defendemos a concepção de um *Juiz-cidadão*. De uma magistratura que se conceba e se considere como representante do Estado, e, portanto, como agente político deste, cujas decisões interferem diretamente na vida das pessoas. A palavra chave seria *conscientização*. Aos juízes incumbe uma tarefa tão complexa e tão cheia de repercussões que não há porque se reduzir sua carreira a uma atividade por demais formalista, ritualística, que acaba muitas vezes sendo ineficaz.

(...)

Toda essa concepção não poderia deixar de ser sustentada em sede de ação de alimentos. Sob esses fundamentos, analisemos novamente o exemplo que trouxemos para esse estudo: *Uma criança ou um adolescente, que devidamente representado ou assistido (dependendo da situação), ingressa em juízo reclamando alimentos de seu pai. Este, a seu*

³⁵⁶CARVALHO, Milton Paulo de. *Código Civil comentado*, cit., p. 1669.

termo, alega nos autos não ter condições financeiras de arcar com o quantum fixado pelo magistrado. Os procuradores de ambas as partes – por falta de zelo, ou por não terem conhecimento aprofundado da tutela jurisdicional que se está buscando – não fazem nada daquilo que permite a lei seja feito, ou seja, o advogado do alimentante não faz uso da intervenção de terceiros para amenizar o encargo atribuído a seu cliente, e o advogado do alimentando não postula pela citação de outros sujeitos para processo”. Isso posto, e tomando como alicerce a teoria que apresentamos, tornamos a perguntar: qual deverá ser o procedimento do juiz ao deparar com esse quadro?

Entendemos que seja dever do magistrado, no caso de inatividade das partes e seus respectivos mandatários, intervir no feito, chamando outros parentes a intervir no feito, chamando outros parentes a integrar a lide, com o objetivo de fazer com que em cada uma das partes que compõem o pólo passivo responda pela obrigação em proporções condizentes com seus recursos econômicos. É medida que se impõe quando se entende como fundamentais os alimentos para que o sujeito sobreviva de maneira digna.”³⁵⁷

Adotar tal postura, vê-se logo, é consequência de um princípio de humanização das relações processuais, notadamente no ambiente peculiar do processo de família, onde os direitos sob embate não devem ser expostos a uma fragilidade capaz de comprometer definitivamente o acesso a eles, o que requer das partes e do próprio juiz, um espírito cooperativo, voltado todo tempo a corrigir distorções incidentais, via interpretação maleável das regras, e, se necessário, com uma inquisitorialidade mais pronunciada para certas situações – limite, como a exemplificada no texto colacionado.

Elemento bastante relevante, no tocante ao procedimento da ação alimentar, diz respeito ao peso oferecido à conciliação no instante da audiência de conciliação, instrução, debates e julgamento.

Segundo as disposições dos arts. 9º e 12, da Lei nº 5478/68, ao juízo incumbe intervir em duas ocasiões com vistas à promoção da tentativa de conciliação entre os contendores, sendo a primeira inicialmente, ainda antes da colheita da prova, ou seja, nos albores da relação processual; uma vez finda a instrução, quando já se encontre a causa aparelhada para julgamento, também o juízo deverá providenciar nova investida com o objetivo de conciliar as partes.

³⁵⁷VERONESE, Josiane Rosa Petry; HANOFF, Roberta Volpato. Alimentos complementares e o novo Código Civil: uma perspectiva processual. In: *Grandes temas da atualidade: alimentos no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 122.

A lei especial considera imprescindível tais atos do processo, os quais quando não realizados tismam o processo, impondo-lhe inapelavelmente a pena de invalidade, isso, inclusive, segundo o entendimento jurisprudencial predominante³⁵⁸.

Faz sentido, realmente, que assim seja.

Essas disposições têm a ver, realmente, com a situação particular da causa, ou seja, os interesses de família nela em trânsito, tanto assim que remarca a lei uma presença aguda do magistrado, impondo-lhe a tomada da iniciativa³⁵⁹, tanto quanto, na atualidade, podem ser harmonizadas perfeitamente com o art. 125, IV, do Código de Processo Civil, pois uma das incumbências do magistrado no processo é tentar conciliar as partes, mencionando a lei ainda, *a qualquer tempo*.

Desde o instante em que se lobriga essa regra na legislação processual codificada, parece justificável imaginar a existência de um *princípio da conciliação*, à medida em que essa técnica parajudicial de solução de conflitos foi incorporada definitivamente ao sistema e em razão de sua eficácia pode-se afirmar que a solução jurisdicional fica condicionada ao seu fracasso, tendo sobre ela então precedência inegável.

Essa conotação oferecida à conciliação resulta apenas de uma leitura lúcida do sistema o que, aliás, levou LUIZ FUX a consignar:

“Malgrado se revele um substitutivo das condutas barbáricas de outrora, o acesso à jurisdição deve ser excepcional, haja vista que numa sociedade harmônica, o ideal, mercê do cumprimento espontâneo do direito, é a própria autocomposição, que otimiza sobremodo o relacionamento social. Essa é, sem dúvida, a razão pela qual os diplomas processuais modernos inserem a *fase de conciliação* como obrigatória nos processos judiciais, preocupação que levou o legislador constitucional brasileiro a contemplá-la e a propor, de *lege lata* sua inserção no início do procedimento, como se encontra no projeto de reforma.”³⁶⁰

Dispensável afirmar o valor desse mecanismo em causas que envolvam relações de família, até porque trata-se de ambiente em que as relações, mesmo apos dissolução da vida em comum do casal, ou dos pais, prosseguem, embora sob outras vestes, sendo bastante razoável que se evite o tanto quanto possível a solução jurisdicional clássica,

³⁵⁸cf. CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 582.

³⁵⁹CARNEIRO, Nelson. A nova ação de alimentos: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e da outras providências, cit., p. 124.

³⁶⁰FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, p. 54.

necessariamente arbitrária, fator sempre contribuinte da acentuação do desarranjo do grupo familiar ao qual se destina.

À vista disso, importa considerar que ciente de tais particularidades da causa o legislador, ao final da década de 40, do século passado, passou a prever a conciliação como uma fase necessária da ação de alimentos, fazendo-o via Lei nº 968/49³⁶¹, cujas disposições, inclusive, obrigavam à *conciliação prévia*, ou seja, antes mesmo do recebimento da inicial ou citação.

Sustenta-se, aliás, que na atualidade essa legislação teria sido revogada pela Lei de Alimentos, dada a incidência da regra do art. 2º, da LICC, uma vez silenciosa a lei vigor no tocante àquela³⁶².

Ora, há algo sobre o que refletir no concernente a isso.

Inicialmente, convém sublinhar, o que se deseja hoje fortemente é reservar a solução dos conflitos pela via jurisdicional tradicional apenas quando impossível ou quando fallharem os mecanismos de auto ou heterocomposição, entendendo-se normalmente a relevância do atalho que se logra obter a partir dos mecanismos parajudiciais.

Sobretudo, na área dos conflitos de família, por tudo quanto já se disse.

Pensa-se, assim, que em tempos como este presente, nos quais inclusive é firme a inclinação doutrinária a permutar por opção mais eficaz aquela da fórmula puída do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, pela aclamação definitiva da tese de ERIK JAYME, em torno do denominado *dialogo das fontes* - na doutrina nacional defendida com excelente estrutura argumentativa por CLAUDIA LIMA MARQUES³⁶³ -, por que não se tomar

³⁶¹Lei 968/49 – “Art. 5º Conseguida a transação entre as partes, o juiz mandará autuar a petição inicial e documentos, e determinará que seja o acordo reduzido a termo, por elas assinado, ou, a seu rogo, se não souberem ler ou não puderem escrever, a fim de ser por ele homologado, após ouvir o Ministério Público. **Art. 6º** Verificada a impossibilidade de solução aplicável, inclusive pela falta de comparecimento de qualquer dos litigantes, o juiz despachará a petição, mandará lavrar termo do ocorrido e determinará a citação do réu para se defender no processo, que seguirá o curso estabelecido na lei”

³⁶²“Realmente, no regime da Lei nº 968/49, discutia-se se a ausência da tentativa de conciliação seria causa de nulidade do processo, havendo jurisprudência nos dois sentidos. Parece-nos, porém, que, disciplinando a Lei nº 5478/68 inteiramente a matéria relativa à ação de alimentos, não existe mais fase de tentativa de acordo antecedendo o despacho do pedido inicial de alimentos, de vez que *a lei posterior revoga a anterior (...)* quando regule inteiramente a matéria que trate a lei anterior (Lei de Introdução, art. 2º, § 1º, *in fine*). É certo que acórdãos isolados, mesmo apos a edição do CPC, persistiram em afirmar que ainda na ação de alimentos continuaria a ser exigível a fase de conciliação, antecedendo a citação do réu, nos termos da Lei nº 968/49.” (CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 581).

³⁶³“Dialogo pressupõe o efeito útil de dois (di) e uma lógica, ou fala (logos) enquanto o *conflito* leva à exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou o *monólogo* de uma só lei. Esse esforço para

a iniciativa de entender ainda em vigor as normas centrais da Lei nº 968/49, permitindo a exigência da tentativa inicial de conciliação, antes de composta a lide?

Essa situação, uma vez concretizada, auxiliaria efetivamente a solução de grande parte dos conflitos alimentares, para não dizer, em se rejeitando a opinião ora manifestada, que o sistema não veda a determinação judicial nesse sentido, naquelas hipóteses.

De se lembrar que a conciliação já foi incorporada ao sistema, podendo hoje ser utilizada em processos sob rito sumário, na conformidade com o art. 277, do Código de Processo Civil, havendo juízos que já recrutam conciliadores para a apreciação de causas com as feições referidas, agilizando com isso a prestação jurisdicional³⁶⁴.

2.4. Espécies de Ações de Alimentos³⁶⁵

Examinados os aspectos essenciais da ação alimentar, vale dizer que o rito previsto pela Lei nº 5478/68 comporta tutelas jurisdicionais concernentes a algumas hipóteses de tutela de direito material, a saber:

- a. Ação de Alimentos : visando à constituição do direito aos alimentos;
- b. Ação Revisional de Alimentos : fundada nas disposições do art. 1.699, do Código Civil, pois a modificação econômica do obrigado ou do alimentando pode conduzir à modificação dos padrões da prestação;
- c. Ação Exoneratória, quando se vislumbra a radical alteração nos padrões de necessidade do alimentando, extinguindo – se a necessidade do beneficiário, ou então na hipótese de indignidade (CC art. 1708, §).
- d. Ação de Oferta de Alimentos (L.A., art. 24)

procurar novas soluções plurais está visando justamente evitar-se a *antinomia* (conflitos *pontuais* da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto) pela correta definição dos campos de aplicação. Evitar, assim, a *incompatibilidade* total (*conflitos de normas* ou conflito de normas de duas leis, conflitos *reais* ou *aparentes*), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a *não coerência* do sistema plural brasileiro, que deixaria desprotegidos os sujeitos mais fracos...” (MARQUES. Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo das fontes. In: PFEIFER, Roberto A.C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 11).

³⁶⁴ Cf. FABRETTI, Daniel. Conciliação em juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e LAGRATA NETO, Caetano (Coords.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 71.

³⁶⁵ Há, ainda, a possibilidade de ação ordinária de alimentos quando incomprovada a união estável, ou mesmo a relação de parentesco etc., das quais não se irá tratar detidamente.

Ação de Alimentos

Como se sabe, cuida-se de demanda alimentar alicerçada em relação parental, matrimonial ou convivencial pré-demonstrada, com vistas à constituição do vínculo obrigacional alimentar.

O autor demanda uma tutela jurisdicional condenatória nesse caso, visando a impor o dever de entrega da prestação a partir da citação, nos termos daquilo que prevê o dispositivo do art. 13, § 2º, da Lei de Alimentos.

Ação Revisional de Alimentos

Trata-se, nesse caso, de ação em que o autor, fundado na modificação da situação econômica do provedor (CC, art. 1.699), clama pela alteração do *quantum debeatur* fixado na sentença originalmente para ajustá-lo à sua realidade.

Obviamente, o pedido nesse caso desafia tutela jurisdicional condenatória, havendo de ser ressaltado que seu pressuposto vai se correlacionar não só a uma modificação de patamar econômico-patrimonial do provedor ou do beneficiário, mas à existência de uma relação de proporcionalidade entre as necessidades e as possibilidades de um ou outro.

Ação Exoneratória

Neste caso, a modificação operada na situação econômica do alimentando, de modo a extirpar sua necessidade dos alimentos (CC, art. 1.699) autoriza o provedor, encarregado do subsídio alimentar, a formular pedido de liberação do vínculo obrigacional, formulando com isso um pedido de tutela jurisdicional constitutivo-negativa.

É de se lembrar que mesmo em circunstância onde seria presumível a cessação dessa necessidade, como ocorre com a dívida alimentar em prol de filho menor que venha a alcançar a maioridade ou emancipação, a ação é obrigatória, em virtude de determinação expressa da Súmula 258, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Além disso, recorde-se que se presume ainda a cessação da necessidade, independentemente de comprovação, quando o alimentando vem a se casar, manter união estável ou concubinato (CC, art. 1.807), bastando prová-las para a obtenção da exoneração postulada.

Como entretanto, a extinção do vínculo pode ter caráter sancionatório, a legislação a admite (CC, art. 1.708, § único) em hipótese de ato indigno do alimentando em relação ao provedor.

Ação de Oferta de Alimentos

Aqui o postulante demandará a constituição do vínculo, apresentando pedido próprio de assunção de dívida (LA, art. 24), com pleito que desafiará a tutela condenatória, a fim de lhe ser permitido consignar valores oferecidos em juízo até que o favorecido venha arrecadá-los, o que faz para evitar imposição de valor superior à sua possibilidade.

CAPÍTULO V. TUTELA JURISDICIONAL AO DIREITO A ALIMENTOS

1. Tutela de Urgência. 1.1. Conceito e Cabimento. 2. Alimentos Provisionais. 2.1. Conceito e Características. 2.2. Natureza e Pressupostos. 3. Alimentos Provisórios. 3.1 Conceito e Natureza. 4. Polêmicas.

1. Tutela de Urgência

1.1. Conceito e Cabimento

Tutelas de urgência, sabe-se, são aquelas destinadas a aceleração da solução do conflito, representando, assim, uma modalidade diferenciada de tutela jurisdicional destinada à entrega do bem da vida ao titular do direito o quanto antes.

O que é certo, pois, diz respeito ao propósito final dessa espécie de tutela, relativo a premência em se assegurar o resultado útil do processo³⁶⁶. Na visão de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, todavia, tutelas de urgência se destinam, isto sim, à prevenção d um dano a direito da parte³⁶⁷, o que não invalida o fato de se afastar o perigo via medida que, de logo, seja capaz de assegurar a utilidade do provimento judicial perseguido.

A disseminação do uso dessa modalidade de tutela jurisdicional parece justificada, por um lado, pela natureza própria a certos direitos, pois embora muitas vezes aparentemente patrimoniais, apresentam nuances peculiares que estão a exigir pronta atenção e resguardo, sob pena de um fatal e indesejável perecimento.

Na hipótese do direito aos alimentos, é exatamente por isso que o legislador, de uma forma ou outra, buscou encetar métodos assecuratórios, redundando em tutelas de urgência bastante eficazes. Essa motivação, aliás, é referendada por LUIZ GUILHERME MARINONI, nos termos seguintes:

“Alguns créditos são mais sensíveis à demora do processo – e especialmente à fase da efetivação dos direitos – de modo que exigem mecanismos mais drásticos para a obtenção rápida da satisfação das

³⁶⁶BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias e de urgência, cit., p. 27, nota 42.

³⁶⁷OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*, cit., p. 1.

prestações impostas pelo Estado. Dentre estes, encontra-se inquestionavelmente o crédito alimentar.”³⁶⁸

Como é simples inferir, o cabimento de tutelas de urgência em sede de obrigação alimentar se mostra amplamente justificável, dignando-se o legislador a promovê-la por dois meios principais, ou seja, os *alimentos provisionais* e os *alimentos provisórios*, fórmulas a partir das quais se busca amparar com urgência máxima o crédito alimentar em prol de tantos quantos dele necessitem.

A primeira alternativa, relativa aos provisionais, vem prevista no CPC, art. 852, inserida entre os *processos cautelares*, o que já se afigura uma tradição de muitas décadas no sistema, valendo sublinhar em relação à segunda alternativa, dos provisórios, que sua previsão se estabelece no art. 4º, da Lei nº 5478/68 – Lei de Alimentos -, tendo estes o mesmo objetivo de curar pela proteção alimentar do demandante no menor espaço de tempo possível.

2. Alimentos Provisionais

2.1. Conceito e Características

Alimentos provisionais são os concedidos ao demandante, na pendência da lide, com a finalidade de lhe garantir, em caráter provisório, o sustento necessário, que abrange também o indispensável para a cobertura das despesas do processo.

Conceituando de maneira um tanto mais específica, SERGIO GISCHKOW PEREIRA, com o referendado de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, recorda que a pretensão alimentar atinente aos provisionais, além do já esclarecido, pode dizer respeito a hipótese de obrigação nascida de relações familiares, contratuais ou provenientes de ato ilícito³⁶⁹.

Sobre a abrangência dos alimentos provisionais, diz YUSSEF CAHALI:

“Quanto à abrangência dos alimentos provisionais, explicitou-a o § único do art. 852, do CPC: a prestação assim devida ao alimentário

³⁶⁸MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 272.

³⁶⁹FERNANDES, Iara Toledo. *Alimentos provisionais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 126.

compreende, além do que necessitar para seu sustento, habitação, vestuário, as despesas para custear a demanda.”³⁷⁰

Nesse sentido, parece ainda razoável a lembrança no sentido de que outras despesas podem se fazer indispensáveis na hipótese concreta, o que deverá ser observado pelo juiz com critério parcimonioso³⁷¹.

2.2. Natureza e Pressupostos

Lembra-se em sede doutrinária da natureza jurídica um tanto controvertida no tocante aos alimentos provisionais, porquanto não se parecem nada com providência cautelar, que visa, como sabido, a assegurar o exercício de direito futuro, dado ausente no caso ora apreciado, uma vez satisfativo seu caráter³⁷².

Não restam dúvidas, nesse particular, todavia, quanto à excelência do escólio de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, que sobre o assunto diz:

“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.”³⁷³

Prevalecendo essa idéia, não há negar o caráter de *tutela antecipada* dos alimentos provisionais, cujos pressupostos para concessão, realmente, hão de ser o *periculum in mora*, o *fumus boni juris*, a serem apreciadas também as relações de parentesco indispensáveis ao estabelecimento da obrigação, porém, sob o ponto de vista da verossimilhança, como deve ser.

³⁷⁰CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 614.

³⁷¹“A regra, porém, exhibe-se incompleta e por demais limitativa. Na verdade contém apenas os elementos mínimos para a fixação dos provisionais. Pode ser necessária, por exemplo, provisão para saúde e transporte, e, em alguns casos, principalmente se menor o beneficiário, quota para educação e instrução. Por outro lado, as despesas para custear a causa principal, a cautelar, assim como para eventual execução e outras providências judiciais, devem compreender o indispensável para as custas e demais despesas feitas em juízo, sem prejuízo dos honorários de advogado. Entende-se de forma acertada, além disso, não dever o autor, sem necessidade, aumentar os encargos do obrigado aos alimentos, socorrendo-se, quando pobre, da assistência judiciária.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*, cit., p. 107).

³⁷²THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 679.

³⁷³OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*, cit., p. 84. Em igual sentido: PEREIRA, Sergio Gischkow. *Ação de alimentos*, cit.

Os alimentos provisionais têm cabimento nas hipóteses previstas pelo art. 852, do CPC, ou seja, separação judicial, alimentos e outros casos, abrangendo aqueles nos quais os alimentos não derivam propriamente de relações familiares.

3. Alimentos Provisórios

3.1. Conceito e Natureza

Os alimentos provisórios, previstos na Lei de Alimentos, em seu art. 4º, são aqueles concedidos desde logo, ao primeiro despacho de recebimento da inicial, visando a garantir desde então a subsistência e condição social do postulante.

Segundo informa NELSON CARNEIRO esta foi uma das mais debatidas disposições ao longo da discussão do projeto de lei e, em verdade, visava a impor mesmo ao juiz a obrigação de conceder *ab initio* os alimentos ao demandante, para assim legalizar uma prática que muitos juízes, à época, já adotavam³⁷⁴.

Há em sede doutrinária uma tendência à confusão entre alimentos provisórios e provisionais, tomando-se ambos como institutos geminados, senão intercambiáveis, a partir da finalidade processual, normalmente tida como única³⁷⁵.

Essa visão, por sinal, levou ADROALDO FURTADO FABRÍCIO a adotar posição isolada, no sentido de que o Código de Processo Civil, em função da disposição do art. 852 - alimentos provisionais – teria derogado o art. 4º, da Lei de Alimentos, tornando-o desnecessário.

Dessa maneira, chama-se a atenção para a distinção rigorosa e necessária entre os institutos dos alimentos provisórios e provisionais, realizada a partir de estudo tecnicamente bem amparado, feito por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, quem assim esclarece:

“Talvez a questão mais importante em tema de alimentos consiste na delimitação conceptual da tutela dos alimentos ditos *provisionais* (inserida no Livro do Processo Cautelar do Código) e daqueles denominados *provisórios*, estabelecidos na Lei nº 5478, de 25 de julho de

³⁷⁴CARNEIRO, Nelson. A nova ação de alimentos: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e da outras providências, cit., p. 92.

³⁷⁵VIANA, Marco Aurélio S. *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 174. Também MARMITT, Arnaldo. *Pensão alimentícia*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1995. p. 31.

1.968. A problemática merece acurada análise em face da indistinção, quase generalizada na doutrina e na jurisprudência a respeito, com reflexos no plano doutrinário e no exercício prático dos direitos.

Certamente ambas têm por finalidade substancial prover de alimentos o requerente da medida. Todavia, a tutela diferenciada da Lei nº 5478 exhibe feição nitidamente *executiva* na medida em que é concedida a quem disponha de prova da relação de parentesco ou da obrigação alimentar do devedor (art. 2º da Lei Especial), devendo o órgão judicial, já no despacho inicial, fixar alimentos, sem maiores indagações (segundo o art. 4º da Lei Especial o juiz só não o fará se o credor expressamente declarar que deles não necessita). Constata-se, assim, que o credor deve estar munido de um título inicial, a permitir imediata agressão ao patrimônio do devedor para satisfação prática do crédito alegado. Em face do *título*, os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o julgamento do Recurso Extraordinário (art. 13, § 3º, da Lei Especial). Por tais razões caberia melhor aqui a qualificação de *provisionais*, no sentido de provisão, que é antes de tudo provimento, ato ou efeito de prover, adequando-se melhor o sentido de *provisórios* aos alimentos dispensados em antecipação de tutela. Na hipótese em exame a satisfação constitui a finalidade imediata da atividade jurisdicional, revestindo-se de função e estrutura própria da *tutela executiva lato sensu*, no sentido em que há, *ex vi legis*, adiantamento de execução inserido em processo de conhecimento.

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 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.³⁷⁶

Essas precisas colocações delimitam com precisão a natureza jurídica de cada qual dos institutos com maior proximidade em relação à realidade do sistema, embora ainda se teime em salientar, por exemplo, que os alimentos provisórios configurem essencialmente uma hipótese de típica tutela antecipada³⁷⁷.

Dito isso, vale acrescentar que os alimentos provisórios são desde logo aqueles destinados à cobertura das necessidades do alimentando condignamente, claro, independentemente daqueles acréscimos próprios dos provisionais.

Os alimentos provisórios possuem, ainda, uma característica bastante peculiar, oferecida em virtude das disposições do art. 13, da Lei de Alimentos, pois segundo a disposição de seu § 3º a obrigação de prestá-los segue até decisão final, incluindo o julgamento do recurso extraordinário.

³⁷⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*, cit., p. 83-84.

³⁷⁷ “Têm natureza de adiantamento de tutela de mérito (tutela antecipatória), não se confundindo com os alimentos provisionais (CPC art. 852 CC 1.706), que têm natureza de medida cautelar.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civil comentadas*, cit., p. 129).

A lei nesse particular visa a prevenir oscilações decorrentes do andamento do processo, garantindo, assim, o direito aos provisórios até a solução final da demanda, e mesmo ante desfecho favorável inicialmente. Nessa medida, diz NELSON CARNEIRO:

“Nos alimentos provisórios fixados pelo juiz estão, em regra, incluídos os recursos que a parte necessita para defender seus interesses, na ação que propõe ou que contesta. Em determinadas circunstâncias a controvérsia pode subir a apreciação do Supremo Tribunal Federal, e justo não seria que, antes do julgamento, se suspendesse a provisão *ad litem*, desamparando a que, vencido na justiça local pode ser, ao final, vencedor.”³⁷⁸

Inegável o alcance social da norma, pois aparentemente garante com o necessário os titulares do direito aos provisórios, mas de sua aplicação prática tem resultado temperamentos, principalmente em nome do princípio da equidade, visando a evitar virtuais tentações ao abuso.

Nessa perspectiva, adverte YUSSEF CAHALI:

“Mas aquela regra do § 3º, do art. 13 da Lei nº 5478/68 vem sofrendo certas atenuações a partir da própria jurisprudência, ainda que tangenciando sua literalidade, para, sob a inspiração da equidade, impedir o constrangimento injusto. E no pressuposto da admissibilidade da modificação *do quantum a qualquer tempo* da pensão provisória, admite-se até mesmo a própria revogação do benefício em razão de circunstâncias excepcionais, tanto mais pela própria sentença: *embora, em regra, seja obrigatória a fixação de alimentos provisórios desde o início da ação alimentar, contudo essa obrigatoriedade está em harmonia com a presumível necessidade da alimentanda (o que melhor se apura na sentença), podendo a concessão ser revogada em face das circunstâncias.*”³⁷⁹

Em princípio, realmente, impossível divisar motivo relevante para o questionamento dessa postura doutrinária e jurisprudencial que vem angariando adesão e respeitabilidade, até porque o equilíbrio entre as esferas jurídicas das partes há de ser preservado, tanto mais para arredar eventual situação na qual a própria tutela jurisdicional possa se realizar de modo acintosamente injusto, algo fora de propósito. De se lembrar que essa se realiza para fazer atuar as diretivas constitucionais e os postulados gerais do sistema, parecendo contra-senso que possa ser materializada às cegas e de maneira a ferir princípios essenciais, como o da razoabilidade, por exemplo.

³⁷⁸ CARNEIRO, Nelson. A nova ação de alimentos: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e da outras providências, cit., p. 154.

³⁷⁹ CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 648.

Todavia, sendo terreno movediço esse relativo ao direito aos alimentos, propício inclusive aos fatores humanos decorrentes das relações familiares, o recomendável é que essa exceção somente ocorra quando presente uma certeza quanto a iniquidade decorrente da subsistência do *decisum*, sugerindo a presença de farto material probatório a desautorizar o reconhecimento inicial dos pressupostos da obrigação alimentar.

4. Polêmicas

Acerca dos alimentos concedidos via tutelas de urgência referidas, alguns questionamentos sucedem corriqueiramente, dos quais alguns merecem uma avaliação de maior proximidade, como em seguida se realiza.

Inicialmente, colhe-se em sede doutrinária, por sua vez orientada por fontes jurisprudenciais, a relevante matéria atinente à *imprescindibilidade do pedido relativo aos alimentos provisórios*, uma vez tornada obrigatória sua apreciação e deferimento pelo juiz da causa.

Defende-se em sede doutrinária a exigência do pleito específico, a despeito dos termos nos quais se encontra lançado o art. 4º, da Lei de Alimentos, ao argumento de que o silêncio do interessado indica o exercício regular de sua faculdade de relegar a momento oportuno a ocasião de requerê-los³⁸⁰.

Não parece adequada a solução.

A julgar pelos pontos de partida a serem computados na apreciação da matéria, ou seja, a flexibilização e simplificação desejadas pelo legislador, até como meio de promover uma disseminação mais eficaz do acesso à justiça nessa matéria, parece incoadunável nesse ponto pôr em discussão a supremacia do princípio dispositivo, aqui de nenhuma utilidade, dada a natural inclinação protetiva das prescrições normativas da lei especial sob exame.

Sabe-se que a concepção tutelar – desejada pelo legislador, repita-se – atrai a inquisitorialidade, daqui não afastável sob qualquer fundamento.

Em conclusão entende-se dispensável o pedido do autor, vinculado que está o magistrado à obrigação funcional de examinar a possibilidade dos provisórios, mesmo na ausência de postulação específica.

³⁸⁰CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 624-625.

Outra questão recorrente diz respeito à possibilidade de *alimentos provisórios na separação judicial ou divórcio*, uma vez existente entendimento segundo o qual para esses casos somente os alimentos provisionais, do art. 852, do CPC, seriam cabíveis, haja vista o fato da derrogação do art. 13, *caput*, da Lei de Alimentos pela legislação processual codificada, posterior em relação àquela.

É de se lembrar, inicialmente, que a disposição do aludido dispositivo da lei especial tornou aplicável às hipóteses de separação e divórcio suas regras gerais, incluindo, por óbvio, a relativa ao dispositivo do art. 4º - *provisórios*.

Trata-se de visão que mais uma vez, s.m.j., realiza interpretação das normas longe da idéia de sua harmonização, e justamente tendo em vista a finalidade social da norma, sendo impróprio crer na derrogação do art. 13, *caput*, da Lei de Alimentos pelo Código de Processo Civil, primeiro por não haver na legislação codificada qualquer alusão específica a autorizar tal entendimento, e, segundo, pela urgência em se estabelecer um dialogo entre as diversas fontes, direcionando o resultado da interpretação aos objetivos do sistema, no presente caso, aliás, claramente voltados à simplificação e flexibilização de procedimentos com vistas a se alcançar a efetividade do direito material aos alimentos.

Sob a luz dessa reflexão, pois, não há como fugir ao apoio àquele posicionamento conciliatório das duas legislações, de modo a fazer prevalecer a ampla possibilidade dos alimentos provisórios em sede de separação ou divórcio judicial.

Discute-se, ainda, o *quantum* dos alimentos a serem executados ao nível de alimentos provisórios quando a sentença reduza o valor após a instrução. Nessa matéria, a propósito, são convincentes os fundamentos da opinião de SERGIO GISCHKOW PEREIRA no sentido de que o valor apurado via cognição exauriente há sempre de prevalecer sobre o estatuído em sede de cognição superficial, concepção ora endossada em virtude de sua orientação equitativa³⁸¹

³⁸¹PEREIRA, Sergio Gischkow. *Ação de alimentos*, cit, p. 87.

CAPÍTULO VI. TUTELA JURISDICIONAL AO DIREITO A ALIMENTOS. TUTELA EXECUTIVA - GENERALIDADES

1. Tutela Jurisdicional Executiva. 1.1. Função Jurisdicional Executiva. 1.2. Ato Executivo e Espécies de Atividade Executiva. 1.3. Princípios da Execução Civil. 1.4. Espécies de Execução. 1.5. Relação Processual Executiva e Devido e Justo Processo Executivo. 2. Cumprimento de Sentença e Execução. 2.1. Sobre Dogmas e Reformas. 2.2. Processo Sincrético e Execução de Sentença. 2.3. Consequências Doutrinárias e Processuais Relevantes.

1. Tutela Jurisdicional Executiva

1.1. Função Jurisdicional Executiva

Enquanto função, a jurisdição consoma os seus misteres apenas no instante em que faz do preceito normativo realidade presente entre as partes, pacificando com justiça a situação controvertida. Lógico, então, que a cognição ampla da matéria demandada, e seu acerto a partir dos critérios legais, são atividades que se mostram insuficientes para o alcance dos objetivos instrumentais do processo³⁸², daí provindo a necessidade de em outro momento processual, estabelecido com vistas à materialização dos comandos da sentença, haja vista a possibilidade de omissão da parte vencida quanto à sua realização espontânea.

A jurisdição executiva se ocupa da tarefa de interceder junto a esfera jurídica do vencido para, por intermédio dos meios apropriados, realizar as prescrições emanadas do decisório em sua plenitude factual³⁸³.

³⁸² ARAKEN DE ASSIS assim explica a função jurisdicional cognitiva: “Designa-se a estrutura que visa à obtenção de ‘juízos’ de processo de cognição. Nele o órgão jurisdicional atua ‘conhecendo’ a lei e o conflito, a fim de proferir o juízo. O objetivo principal desta espécie de processo consiste em outorgar certeza às partes.” (ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*. 11. ed. rev. ampl. e atual. com a Reforma Processual - 2006/2007. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 70).

³⁸³ “Em inúmeros casos, porém, considerando a natureza do objeto litigioso exposto na demanda, a simples a simples certeza decorrente do êxito colhido no processo pouco satisfaz o demandante. É preciso, porque houve lesão, certificar ao demandante sua razão – coincidência entre a pretensão deduzida na demanda e o comando genérico do ordenamento, quiçá especialmente criado pela lide específica – para eliminar de vez o conflito. A extinção efetiva da lide dependerá da atuação do comando concreto expresso no *dictum* do juiz. Daí porque a função executiva opera no mundo dos fatos e a estrutura em que ela avulta se caracteriza por atos judiciais agressores da esfera jurídica do executado.” (ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 72).

Acrescente-se que os atos desencadeados com esse fim são próprios de atividade jurisdicional, sim, uma vez caracterizados pela nota da substitutividade e por sua própria e teleológica destinação, relacionada à eliminação do conflito³⁸⁴.

Nada obstante o objetivo a ser alcançado por seu intermédio, sua realização ocorre dentro de balizas que lhe conferem um perfil de equilíbrio, evitando um estado de mera e abusiva sujeição do devedor aos atos executivos³⁸⁵, sendo esse o motivo do cuidado dispensado normalmente em relação a este último em seu transcurso³⁸⁶.

Considerada essa perspectiva, fala-se correntemente nas limitações ao exercício da função jurisdicional executiva³⁸⁷, abrangendo as de índole natural e as de índole política. Em realidade, são elas representadas pela evidência de certas circunstâncias que obrigam uma retração do Estado quanto ao oferecimento da tutela jurisdicional executiva, ou que a tornariam inócua, ante a natureza do objeto da prestação³⁸⁸.

Limitações nomeadas como *naturais* condizem com as impossibilidades concernentes ao objeto da prestação, frutificadas do fato do desaparecimento ou destruição da coisa a ser entregue, por exemplo, ou ainda da omissão intransponível do devedor, própria das hipóteses de obrigação de cunho personalíssimo. As outras, designadas *políticas*, emergem das garantias estatais aos direitos de personalidade ou fundamentais,

³⁸⁴ CÂNDIDO R. DINAMARCO, à vista disso, averba: “Do manifesto caráter substitutivo da execução forçada, ao lado do escopo de eliminar conflitos com justiça, atuando a vontade do direito, decorre sua inserção na atividade jurisdicional do Estado, pois são tais os traços básicos da jurisdição. Não se confina esta nos lindes estreitos da função de declarar direitos, nem se dá a declaração de direitos e obrigações na execução forçada, mas, dado que o elemento caracterizador da jurisdição é a missão pacificadora aliada ao caráter substitutivo, e isso está presente na execução, confirma-se que esta se insere plenamente no âmbito das atividades jurisdicionais.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999. p. 187).

³⁸⁵ MARCELO ABELHA doutrina: “A tendência da tutela executiva hoje é de que o juiz seja um verdadeiro protagonista da tutela jurisdicional, atuando sempre em busca da solução justa, o que implica satisfazer o exequente sem que isso represente o arraso completo do executado.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual da execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10).

³⁸⁶ JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA anota a respeito: “Pode-se dizer assim que visualizada a tutela jurisdicional como resultado, na execução forçada tal ocorrerá normalmente com a entrega do bem devido ao exequente. Esta concepção de tutela jurisdicional, visualiza o processo apenas sob o ponto de vista do exequente. Mas, isso não exclui que se possa ver também o executado como merecedor de tutela jurisdicional. Com efeito, não se duvida de que o executado é merecedor de tutela, na medida em que se deve buscar, na execução, satisfazer o direito pleiteado do modo menos gravoso ao devedor (art. 620/CPC)” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral e princípios fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 34).

³⁸⁷ ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 74.

³⁸⁸ CÂNDIDO R. DINAMARCO assim esclarece o tema: “Existem casos em que a execução fica impedida ou dificultada, seja por encontrar uma limitação natural, que a torna impossível, seja por deparar com alguma limitação política, que a faz inconveniente. Nesses casos o Estado renuncia, pura e simplesmente, à plena atuação da sanção executiva, ou, quando existem meios, formula nova vontade substancial (sanção em sentido material), conformando-se com a atuação desta em substituição da vontade originariamente expressa.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, cit., p. 294).

sendo representada pelas impenhorabilidades estatuídas em prol da garantia do patrimônio mínimo, por exemplo.

1.2. Atos Executivos e Espécies de Atividade Executiva

Indiscutível no seio da doutrina o entendimento segundo o qual o objetivo da execução se identifica com a obtenção do mesmo resultado prático que adviria do cumprimento espontâneo da obrigação por parte do devedor³⁸⁹, premissa em face da qual se torna obrigatório pensar - uma vez variável a relação jurídica obrigacional sob o ponto de vista de seu objeto -, na diversidade de meios processuais destinados ao seu alcance.

Esse é o motivo de se contabilizar a existência de diversos meios de execução, ou seja, diversos procedimentos tendentes à concretização do direito já assegurado, sendo cada qual endereçado a um modelo específico de prestação obrigacional, garantindo-se, dessarte, efetividade ao decisório.

Nessa medida é que em sede doutrinária são lembrados os *meios de desapossamento*, os *meios de transformação* e os *meios expropriatórios*³⁹⁰. Os primeiros, ou seja, os de *desapossamento*, destinam-se ao atendimento do credor de obrigação de entrega de coisa, o que exige a previsão de atos concernentes à satisfação de créditos dessa natureza, como por exemplo, a busca e apreensão, a imissão de posse etc. Já os *meios de transformação* destinam-se aos casos de obrigação de fazer ou não fazer, dizendo respeito à determinação para realização de alguma atividade de conteúdo econômico ou o desfazimento de coisa resultante de atividade indevida. Finalmente, quantos aos denominados *meios de expropriação*, estes condizem com a obrigação de dar quantia em dinheiro, permitindo-se por seu intermédio a alienação do bem para obtenção de quantia em dinheiro, a ser entregue ao credor, dentre outras.

Já os atos executivos, nessa medida, são aqueles por intermédio dos quais se realiza a tutela jurisdicional executiva, guardando relação com os chamados *meios de execução*, entendidos como aqueles dos quais se serve o Estado no intuito de garantir o império da ordem jurídica³⁹¹.

³⁸⁹ ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 90.

³⁹⁰ THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. São Paulo: Leud, 2007. p. 53.

³⁹¹ THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, cit., p. 53.

A doutrina se debruça sobre a enumeração de tais atos³⁹², listando-os como *atos de apreensão ou constrição, atos de transformação, atos de custódia, atos de dação e atos de pressão*.

Estes, como visto, são variáveis, uma vez dependentes de fatores circunstanciais, como por exemplo a natureza do direito em causa, ou do sujeito etc³⁹³. Claro, nesta ordem de idéias, a necessidade de meio próprio para a execução de obrigações personalíssimas, tanto quanto há de se providenciar instrumental apropriado à tutela de obrigação de dar coisa certa etc.

Por força do exposto é que se cogita de meios de execução diversificados, registrando-se a possibilidade dos típicos e atípicos³⁹⁴, referindo – se normalmente a doutrina aos casos dos meios de *coação* e de *sub-rogação*³⁹⁵, cuidando os primeiros daquelas situações nas quais há atividade do próprio devedor no sentido da entrega da prestação, porém, motivada sua conduta pela coerção sobre ele exercida através do modo próprio, ao passo que na segunda hipótese a entrega da prestação ao credor ocorre independentemente de seu concurso, com o ingresso direto em sua esfera jurídica com o fito de se providenciar o suficiente para satisfazer o crédito.

1.3. Princípios da Execução

Tendo em vista a natureza da atividade jurisdicional executiva, assim como a especificidade de seus fins, a doutrina vem consagrando a presença de *princípios* a serem observados, tomados estes como preceitos de caráter mais ou menos genérico e com eficácia normativa, os quais, se vinculados à própria estrutura da tutela jurisdicional em causa, por um lado, não deixam também de representar uma emanção de diretrizes provenientes da órbita constitucional, cada vez mais exigentes de obediência e atenção.

³⁹² ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 91-92.

³⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, cit., p. 312.

³⁹⁴ MARCELO ABELHA pondera a inserção da atipicidade introduzida pelo art. 461, § 5º, do CPC – *Manual da execução civil*, cit., p. 32.

³⁹⁵ HUMBERTO THEODORO JR. esclarece: “Para fazer imperar a ordem jurídica p Estado utiliza de meios de coação e meios de sub-rogação. No primeiro caso temos a multa e a prisão, que são sanções de caráter intimidativo e de força indireta para assegurar a observância das regras de direito. No conceito do direito processual civil, os meios de coação não integram o quadro das medidas propriamente ditas, muito embora uma parte da doutrina costume apelida-las de execução indireta. No segundo caso, meios de sub-rogação, temos a ‘atuação do Estado como substituto do devedor, procurando, com ou sem a vontade deste, dar satisfação ao credor, isto é, conseguir-lhe o benefício que para ele representaria o cumprimento da obrigação ou um benefício equivalente’.” (THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, cit., p. 53).

Sob o ponto de vista doutrinário, poucas divergências se localizam quanto à sua identificação, valendo lembrar, todavia, que os aqui tratados não se confundem com aqueles outros genericamente tomados na esfera da ciência do processo, já por se identificarem exclusivamente com o território da atividade jurisdicional executiva³⁹⁶.

Feitas essas considerações, pondera-se que o pensamento doutrinário médio aponta a existência dos seguintes princípios da execução: *princípio da autonomia da execução, princípio da obrigatoriedade do título, princípio da realidade ou patrimonialidade, princípio da disponibilidade, princípio da adequação, princípio da tipicidade dos atos executivos, princípio do resultado e da menor gravosidade do executado, princípio da responsabilidade*³⁹⁷.

A breve análise de cada um deles atende aos interesses da relevância da matéria, tanto quanto aos objetivos finais deste trabalho.

1.3.1. Princípio da Autonomia

Há quem tome a necessidade de processo autônomo, como dado essencial à caracterização desse princípio, haja a vista a peculiaridade da atividade desenvolvida no âmbito da função jurisdicional executiva³⁹⁸, existindo quem, por isso mesmo, simplesmente o designe por *princípio da inércia*, dada a necessidade, nesse caso, da iniciativa da parte quanto à provocação do juízo competente³⁹⁹.

Melhor caminho, todavia, será o de se apontar como essência desse princípio como vinculada meramente à singularidade da atividade executiva frente à de cognição, independentemente da instauração de processo diverso, idéia já comprometida desde a modificação introduzida no art. 461 do Código de Processo Civil, e agora definitivamente uma vez considerada a nova postura legislativa, no sentido de legar ao sistema um

³⁹⁶LUIZ FUX observa: “O processo de execução para cumprimento de sentença ou de título extrajudicial, em razão de seu escopo satisfativo e de seus pressupostos, é informado por princípios próprios, além daqueles que se entendem por todas as formas de prestação jurisdicional, como soem ser os princípios do contraditório, do devido processo legal, da instrumentalidade das formas etc.” (FUX, Luiz. *O novo processo de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 25).

³⁹⁷BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 14-22).

³⁹⁸BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 15.

³⁹⁹RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual da execução civil*, cit, p. 46.

processo sincrético, no qual o cumprimento da sentença apenas inaugura, no mesmo processo, um momento distinto e particular⁴⁰⁰.

1.3.2. Princípio do Título

Trata-se de princípio segundo o qual a existência do título é imprescindível à execução, entendido este como aquele ente capaz de conferir os atributos indispensáveis à exequibilidade do crédito, ou seja, a certeza, a liquidez e a exigibilidade⁴⁰¹.

Pode-se discutir na atualidade se decisões fundadas em juízo antecipatório ou cautelar são passíveis de executividade, uma vez ausentes do rol indicado pelo art. 475-N do CPC, afirmando-se que o problema é academicamente ponderável, mesmo em se podendo considerar a distinção semântica, e técnica, entre a expressão da lei, *efetivação*, e execução propriamente dita, pois esta será indispensável pelo menos em algumas circunstâncias entre os que cultivam posição mais restritiva⁴⁰².

Mas, a preocupação, realmente, parece superada pela idéia que atribui às decisões dessa natureza a propriedade de anteciparem o título⁴⁰³, o que torna de secundária importância a omissão legislativa apontada.

1.3.3. Princípio da Realidade

Segundo o regime jurídico da legislação processual, a responsabilidade do devedor é patrimonial, em consonância com o quanto dispõe o art. 591 do Código de Processo Civil, preceito que dá origem ao primado em referência, segundo o qual apenas o patrimônio do devedor fica submetido às constrações prescritas pela ordem processual.

Parte da doutrina alicerça o postulado na proibição da prisão civil por dívidas⁴⁰⁴, de tal maneira que sua missão fundamental é a de garantir limites ao exercício da função jurisdicional executiva.

⁴⁰⁰ ARAKEN DE ASSIS sugere a presença de uma autonomia funcional (ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 99).

⁴⁰¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 16.

⁴⁰² YARSHELL, Flavio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil: novos perfis*. São Paulo: Ed. RCS, 2006. p. 8-9).

⁴⁰³ ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 99.

⁴⁰⁴ THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, cit., p. 64.

Anote-se, na esteira de comentários sempre recorrentes em torno do assunto, que há uma tendência hoje presente no sistema processual, relativa ao emprego de meios indiretos e coativos sobre a pessoa do devedor, o que ameniza os rigores do postulado sob enfoque⁴⁰⁵.

1.3.4.-Princípio da Disponibilidade

A execução se realiza em proveito do credor exclusivamente⁴⁰⁶, sendo-lhe permitido, assim, desistir da demanda a qualquer instante. O momento processual da atividade jurisdicional executiva é voltada, diante da certeza e liquidez do crédito, à sua exclusiva satisfação, de maneira a se outorgar ao credor plena disponibilidade sobre o direito de levá-lo adiante ou não.

Essa desistibilidade da pretensão executiva, aliás, independe da existência dos embargos, podendo ocorrer, isto sim, efeitos distintos em relação a estes, conforme se apresente a hipótese concreta, sendo eles extintos ou não⁴⁰⁷.

1.3.5. Princípio da Adequação

Destinando-se a execução ao fim de proporcionar em favor do credor tudo aquilo que obteria na hipótese de cumprimento espontâneo por parte do devedor, os meios executórios empregados devem ser o mais possível indicados ao alcance desse objetivo colimado, de maneira que sua escolha deve se encontrar estreitamente vinculada ao objeto da prestação.

⁴⁰⁵“Todavia, como se assinalará no estudo dos meios executórios, a patrimonialidade da execução desaparece no emprego da coerção pessoal, abrandando-se na coerção patrimonial – curiosamente a pressão psicológica nesse caso recai sobre o patrimônio – exigindo a atuação dos *no money judgements*, por imperiosas necessidades práticas, a constrição da pessoa do executado.” (ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 101).

⁴⁰⁶“Na execução bem sucedida, o processo tem um desfecho único e é sempre favorável ao demandante, não se concebendo que a execução venha a produzir a satisfação de eventual pretensão do executado. Ela poderá chegar ao fim ou não chegar, sendo obstada pela ausência de algum pressuposto; poderá estar destituída de título, ou de alguma outra forma carecer o exequente de ação executiva; poderá falecer-lhe algum pressuposto processual, ou mesmo dela desistir. Seu resultado institucional, porém, é sempre um, e sempre favorável apenas ao demandante.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, cit., p. 148-149).

⁴⁰⁷RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual da execução civil*, cit., p. 48-49.

1.3.6. Princípio da Tipicidade dos Atos Executivos

Inserido no contexto do *due process of law*, esse princípio indica a necessidade do emprego dos atos executivos típicos, isto é, previamente dispostos em lei. Uma vez que o processo ou o momento processual da execução, notadamente quando se vale de meios sub-rogatórios, invade a esfera jurídica do devedor para dali extrair o necessário para a satisfação do crédito pendente, impõe-se a fuga à arbitrariedade.

Há quem defenda tese inversa, ou seja, a relativa à existência do *princípio da atipicidade dos atos executivos*⁴⁰⁸, todavia recusada pela doutrina majoritária, a partir da convicção de que esta só acontece de modo incidental, não se instituindo como *standart* necessário no caso do processo executivo⁴⁰⁹.

1.3.7. Princípio do Resultado e da Menor Gravosidade Para o Executado

É máxima decorrente da leitura atenta da norma codificada que a execução deva se realizar em proveito do credor, porque os meios empregados se dirigem à satisfação de seu crédito, assistindo razão, por outro lado, àqueles que o enxergam em íntima conexão com o princípio da *execução específica*, pois obrigatória a persecução de resultado capaz de permitir ao credor o status advindo do eventual cumprimento espontâneo da obrigação pelo devedor, ou, pelo menos, um resultado pratico equivalente⁴¹⁰.

⁴⁰⁸MARCELO ABELHA defende ponto de vista nesse sentido: "Um dos campos mais propícios à introdução das novas regras processuais que visam a dar ao jurisdicionado um processo justo e efetivo irão recair sobre a tutela executiva, pois nesses casos já se sabe quem é o provável titular do direito (título executivo provisório ou definitivo) e resta apenas atuar a norma jurídica concreta para satisfazer o direito do exequente. Assim, um dos princípios que foi impulsionado pela nova ordem jurídica constitucional é o da atipicidade dos meios executivos. Tal princípio é consagrado na regra legal de que o juiz poderá em cada caso concreto utilizar o meio executivo mais adequado para dar, de forma justa e efetiva, a tutela jurisdicional executiva. Por isso não estará adstrito ao juiz seguir o itinerário dos meios executivos previstos pelo legislador..." (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual da execução civil*, cit., p. 54).

⁴⁰⁹CASSIO SCARPINELLA BUENO consigna: "Quando devidamente justificável e motivada a necessidade da deformação do meio típico, isto é, a adoção do meio atípico no lugar do meio idealizado pelo legislador, a atitude é irrecusável. O juiz do caso concreto, portanto, consoante necessidades devidamente constatadas, pode e deve criar os meios executivos mais adequados para a realização concreta do direito reconhecido no título, a partir do referencial instituído pela lei processual civil. A atipicidade dos meios executivos, portanto, tem cabimento nos casos em que a lei não fez escolhas expressas, quanto aos mecanismos de efetivação das decisões judiciais, ou quando as escolhas existentes se mostrem em cada caso concreto insuficientes, porque desconformes com o 'modelo constitucional de processo civil' ". (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., p. 23).

⁴¹⁰LUIZ FUX assim se expressa: "O escopo do processo, como instrumento de realização de justiça, é dar a cada um o que é seu, na clássica acepção romana. O Estado-juiz para alcançar esse desígnio deve, através de todas as formas de provimento jurisdicional, fazer com que aquele que recorreu ao Judiciário não sinta os efeitos do descumprimento da obrigação que ocorreu no plano extrajudicial, razão pela qual são utilizados os meios executivos para a satisfação da parte. O fim e o resultado da execução devem coincidir no sentido de dar ao credor aquilo que ele faz jus segundo o título executivo. O resultado prático

Neste último caso, a propósito, o que acontece é a substituição da prestação contida no título por outra apta a promover uma solução cujos efeitos práticos se equivalham aos decorrentes normalmente da prestação devida, mas acentua a doutrina nesse particular o caráter ocasional dessa prática, dada a preferência inquestionável dos esforços no sentido de se outorgar a entrega do bem consignado no título⁴¹¹.

Mesmo assim, de certa forma, esse postulado acaba presta alguma tutela aos interesses do executado à medida que exige a utilidade da execução em relação ao credor, restando vedados atos executivos inócuos em relação aos fins anteriormente mencionados⁴¹².

A par disso, é certo que a execução deve refletir economicidade⁴¹³, no sentido de pautar-se por diretivas decorrentes de sua humanização, cujo objetivo é o de impedir a degradação moral e patrimonial do devedor.

Dessarte, há de se contar com um processo de execução mediado pelo fator equilíbrio, nos exatos moldes recortados pelo art. 620 do CPC, evitando-se gravosidade excessiva, ou, por outra, impondo-se o menor sacrifício possível para o devedor⁴¹⁴.

equivalente somente deve ser concedido quando impossível alcançar-se a prestação específica contida no título.” – (FUX, Luiz. *O novo processo de execução*, cit., p. 27).

⁴¹¹ ARAKEN DE ASSIS, nestes passos, recomenda: “Talvez em hipóteses raras, como na substituição do fazer infungível por seu equivalente pecuniário (art. 638, § único), a atividade executiva negue o próprio bem ao credor. Mas a infeliz contingência decorre da ocasional inoperância do meio executório, subordinado a limites práticos e políticos, e, às vezes, da comodidade presuntiva do credor. Exemplo deste último caso depara-se no art. 627, ‘caput’, parte final, que na execução para entrega de coisa certa, faculta não se reclamar a terceiro adquirente a *res* litigiosa alienada (art. 626).” – (ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 102).

⁴¹² “É intolerável o uso do processo de execução apenas para causar prejuízo ao devedor, sem qualquer vantagem para o credor. Por isso, ‘não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução’ (art. 659, § 2º). Por força do mesmo princípio, o Código de Processo Civil, com a inovação introduzida pela Lei nº 8953/94, no art. 692, proíbe a arrematação de bem penhorado mediante lance que importe preço vil, devendo considerar-se como tal o que seja grandemente desproporcional ao estimado na avaliação, ou o que, mesmo correspondendo à avaliação, tenha-se defasado em relação ao mercado, pelo longo tempo passado entre a perícia e a hasta pública.” (THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, cit., p. 65).

⁴¹³ FUX, Luiz. *O novo processo de execução*, cit., p. 31.

⁴¹⁴ LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLAVIO RENATO CORREA DE ALMEIDA E EDUARDO TALAMINI assinalam: “O objetivo da execução civil é a atuação da sanção mediante a satisfação do credor. Não busca, pelos meios executivos civis, a punição do devedor. Quando necessário o ordenamento prevê especificamente sanções punitivas (criminais ou civis) para o transgressor do direito, ‘castigos’ por sua conduta indevida. Fixadas no título executivo quais as sanções a serem atuadas, cabe ao juiz da execução apenas pô-las concretamente em prática – e não adicionar outras (ressalvadas as hipóteses dos arts. 600 e 601).” (WAMBIER, Luis Henrique; ALMEIDA, Flavio Renato Correa de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 144).

1.3.8. Princípio da Responsabilidade

Sabe-se que danos processuais, e tanto mais os provocados pelo abuso do direito de demandar, são reprimidos, obrigando-se o responsável ao respectivo ressarcimento na exata previsão do art. 16 do CPC. Em razão disso, naturalmente, e muitas vezes independentemente de má-fé⁴¹⁵, o demandante se vincula à obrigação de promover a reparação em prol do demandado, demonstrado o prejuízo.

Averba-se que essa situação tanto pode decorrer de execução provisória ou definitiva, fundada, portanto, em decisão definitiva, cautelar ou antecipatória, convicção extraída diretamente das disposições dos arts 475-O, 574 e 811 do Código de Processo Civil⁴¹⁶.

1.4. Espécies de Execução

São várias as espécies de créditos sujeitos à execução, não são menos diversificadas, além disso, as hipóteses de obrigação emergidas em decorrência de sua constituição, ao passo que variam, ainda, as condições patrimoniais do devedor, tanto quanto variam as prestações sob o ponto de vista da impessoalidade ou o caráter personalíssimo que possam ter.

Naturalmente essas circunstâncias, vinculadas à relação obrigacional em si, influenciam a execução⁴¹⁷, já que, como visto antes, seu objetivo é promover, mediante a

⁴¹⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 212-213).

⁴¹⁶ MARCELO ABELHA salienta: “Não é necessário muito esforço investigativo – e isso já foi dito antes – para concluir que o CPC tem nítido berço liberal, tendo surgido em uma atmosfera de proteção ao indivíduo e seu patrimônio (liberdade e propriedade) contra a intervenção estatal. Não são poucas as regras que, direta ou indiretamente, explicitam a opção do legislador de 1973, que, aos poucos, vem cedendo espaço por uma opção política que prima pela atuação diametralmente oposta por parte do Estado. A despeito dessa lenta e gradual mudança de paradigma, cristalizada no movimento doutrinário e jurisprudencial denominado processo de resultados, não se pode negar que o princípio em comento – embora seja um arquétipo do modelo liberal – constitui uma premissa inafastável a qualquer ordenamento jurídico que esteja assentado em um Estado democrático de direito. Por isso, seja na execução de medidas cautelares, seja na execução provisória, seja na execução em geral, a regra adotada pelo CPC, respectivamente nos arts. 811, 475-O, I e 574, não discrepa da regra geral prescrita no art. 16, que alude à responsabilidade civil por dano processual.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual da execução civil*, cit., p. 58).

⁴¹⁷ CÂNDIDO R. DINAMARCO esclarece: “As tutelas jurisdicionais que a execução se propõe a oferecer variam de conteúdo conforme as variáveis jurídico-substanciais do direito subjetivo insatisfeito. As crises de adimplemento, que são a razão de ser de qualquer execução forçada, giram em torno de direitos e obrigações de naturezas objetivas diferentes, donde a variação das possíveis tutelas executivas, em correspondência com essas mutantes características da crise a debelar; o sistema executivo propõe-se sempre a beneficiar o exequente com os resultados que, sempre segundo o direito material, ele tenha o direito de obter.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004. v. 4, p. 402).

escolha do meio executório mais indicado, a satisfação do credor de modo específico, ou seja, permitindo que por seu intermédio se logre a mesma situação proveniente de eventual cumprimento espontâneo por parte do devedor.

Essa interferência dos fatores suscitados se faz sentir nas formas pelas quais a execução se realiza, modelando suas estruturas, seja para limitar as possibilidades do credor ou para expandi-las, seja para viabilizar o acesso direto do Estado-juiz à sua esfera jurídica para, prescindindo de gestos ou atitudes do devedor, dali extrair o necessário ao pagamento, ou então para apenas fazer-lhe pressão, quando indeclinável comportamento próprio para entrega da prestação etc.

Em decorrência do exposto diversas perspectivas podem ser tomadas em consideração para a organização do universo da execução civil, sendo propósito deste trabalho avaliar apenas aqueles mais recorrentes e de importância mais pronunciada sob o ponto de vista técnico, como adiante se vê.

1.4.1. Quanto à Estabilidade do Título Executivo

O título executivo, judicial ou extrajudicial, é elemento imprescindível na seara da execução, pois justamente ele é a peça que confere ao crédito os atributos necessários da liquidez, certeza e existência do crédito, configurando como que o *bilhete de ingresso*⁴¹⁸ a viabilizar a atividade executiva em busca de sua satisfação .

Nem sempre, no entanto, ele está plenamente apto a conformar uma situação de plena certificação do crédito, persistindo, a despeito de sua aparência, uma possibilidade da modificação da situação nele retratada.

Imagine-se sentença judicial acerca da qual caiba recurso, ou então nota promissória que estampe relação obrigacional de existência ainda não assegurada, porquanto pendente recurso contra a sentença denegatória dos embargos do devedor. São casos nos quais o título em que se escora a execução padece a instabilidade decorrente da subsistência do debate em torno do vínculo obrigacional espelhado pelo ato incumbido de sua representação formal.

Assentado isso é que se cogita do critério em foco para extremar a *execução provisória da definitiva*.

⁴¹⁸ ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 99.

Fácil, pois, concluir que a denominada *execução provisória* é a assentada em título que reflete situação jurídica sujeita e alteração, que por isso mesmo, segundo a regra de regência, estabelecida no art. 475-O do CPC, tem atributos característicos, embora se realize pelo mesmo modo da definitiva, como, por exemplo, a responsabilidade objetiva do credor pelo risco judiciário, e também a eventualidade da prestação de caução idônea, resultando do exposto a convicção no sentido de que a possibilidade de sua realização se deve ao prestígio elevado do ideário da efetividade do processo

No tocante à *execução definitiva*, esta já está lastreada em título definitivo, judicial ou extrajudicial, se realizando pelos moldes corriqueiros.

A visualização exata do sistema permite inferir que o regime jurídico afeto à execução provisória opera de modo a limitar um tanto mais a figura do credor, exposta a situação do crédito à instabilidade, sem que isso afete, no entanto, a possibilidade de usufruir de seu crédito em sua inteireza⁴¹⁹.

1.4.2. Quanto à Natureza dos Meios Executórios

Ressalvando, embora, a controvérsia no tocante à utilização desse critério para a especificação de determinados modelos de execução, acredita-se que exibem eles com nitidez o perfil exato do processo de execução⁴²⁰.

Sabido, então, que os meios empregados são normalmente de sub-rogação ou coação, oportuniza-se a classificação das execuções em *execução direta* e *execução indireta*.

Tem-se presente nessas hipóteses que a técnica empregada em um e outro caso se diferencia, com vistas à obtenção do máximo proveito em favor do credor, disso advindo o corolário de que na *execução indireta* a prestação exige uma atividade executiva capaz de compelir o devedor à sua entrega.

Esse modelo de execução atesta a persecução doutrinária e legal do objetivo de conceber técnicas capazes de aprimorar a satisfação do crédito, mesmo pela via da execução forçada, de modo a indicar esforço visando a garantir em prol do credor solução

⁴¹⁹NELSON NERY JR. E ROSA M. ANDRADE NERY põem em destaque: "Hoje é possível alcançar –se na execução provisória todos os efeitos práticos da execução definitiva. O único requisito para que isso se dê é a prestação pelo credor de caução idônea." (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 756).

⁴²⁰ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 131.

tal e qual aquela proveniente do cumprimento espontâneo por parte do devedor⁴²¹, mesmo nos casos das obrigações de cunho personalíssimo. Claro, prestam serviço inestimável a esse desiderato, as medidas de apoio, dos parágrafos 3º, 4º e 5º do art. 461, do CPC, cujas prescrições provam o argumento.

Noutro plano, salienta-se que a denominada *execução direta* é aquela que se realiza independentemente de qualquer comportamento do devedor, operando por sub-rogação e, com isso pela interferência direta do Estado-juiz sobre a esfera jurídica do devedor, onde se realizam atos executórios de expropriação, desapossamento ou transformação.

1.4.3. Quanto à Especificidade do Objeto da Prestação

Nesta trilha, diferenciam-se a *execução específica* e a *execução genérica*.

Levado em conta esse critério, a denominada *execução específica* deve ser tida como aquela cujo objetivo último é a obtenção do resultado equivalente àquele a ser extraído do cumprimento espontâneo pelo devedor, se encontrando mecanismos de sua efetivação tanto no art. 273, como no art. 461, do Código de Processo Civil.

A *execução genérica*, de seu turno, é aquela na qual se busca, ou da qual resulta, o pagamento em dinheiro, de natureza subsidiária, já por ser sabida a prioridade da específica em qualquer circunstância.

1.4.4. Quanto à Solvabilidade do Devedor

Registra-se essa classificação apenas para consignar que a condição patrimonial do devedor influi no plano do modo como se realiza a execução. Assim, há a *execução contra devedor solvente*, isto é, aquele patrimonialmente apto a responder pelo débito assumido, tanto quanto há a *execução contra devedor insolvente*, ou seja, aquele em situação diametralmente oposta, instaurando-se por conta dessa realidade um concurso de credores, transformador dos termos e estrutura da tutela jurisdicional executiva nessa hipótese.

⁴²¹RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual da execução civil*, cit., p. 43.

1.4.5. Quanto à Origem da Dívida⁴²²

Nesse caso, o que importa para a classificação é a repercussão procedimental decorrente da natureza da obrigação, emergindo no caso, por exemplo, a situação relativa à dívida comum, indicativa de uma execução com processo e procedimentos comuns, radicados no livro próprio do CPC, assim como pode a dívida estar imantada de uma natureza particular, como por exemplo o débito alimentar, sugestivo de uma execução especial, regida por lei própria, tal como no caso de dívida para com a Fazenda Pública, de situação assemelhada.

1.5. Do Devido e Justo Processo Executivo

Há um processo jurisdicional de execução. Não se duvida mais da atividade jurisdicional executiva⁴²³, de tal modo que essa atividade realizada pelo Estado-juiz se realiza dentro da obediência aos parâmetros do *due process of law*, de que não prescinde sua legitimação perante o sistema.

Assim, se durante o procedimento tendente à execução ocorrem ordinariamente incidentes cognitivos torna-se indispensável reconhecer a indispensável sujeição ao primado do contraditório, bem como de outros ingredientes do devido processo.

Dentro dessa ótica, o fato de se conceber o processo de execução como de resultado único, haja vista sua finalidade de oferecer ao credor a materialização da situação permitida por seu direito em toda sua extensão, não é motivo suficiente para rejeitar a imprescindibilidade do tratamento das partes com paridade, garantindo-lhes participação em contraditório, etc⁴²⁴, pois o resultado a ser alcançado por essa via deve ser efetivo, mas também justo.

O que se encarece, pois, é o fato de que a execução processualizada se organiza não só com o objetivo referido, mas também, e com idêntica intensidade, com o fim de se

⁴²²BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., p. 11.

⁴²³CÂNDIDO R. DINAMARCO esclarece: “...Por outro lado, a execução é sempre judicial, o que afasta o risco a que foram induzidos os que procuravam conceituá-la segundo critério orgânico. Reina, por isso, quase unânime concordância sobre a natureza jurisdicional da execução e mesmo aqueles que postulam a unidade do ordenamento jurídico acabaram por reconhecê-la, ainda que arbitrariamente ou mediante quebra de coerência de seus próprios sistemas.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*, cit., p. 191).

⁴²⁴RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual da execução civil*, cit., p. 7.

evitar a submissão irracional e atentatória à dignidade do devedor, exigindo o sistema em face disso o necessário equilíbrio⁴²⁵.

Por isso se advoga a concepção no sentido de que o magistrado tem postura ativa no transcurso do procedimento, dialogando com as partes, velando por sua paridade e realizando o direito na situação concreta com observância das garantias constitucionais do processo, que sobre ser efetivo, deve ser justo.

2. Cumprimento de Sentença

2.1. Sobre Dogmas e Reformas

É consolador o fato de que o processo civil brasileiro não foi o único a sofrer uma crise de legitimidade e a ser questionado em sua eficiência nas últimas décadas⁴²⁶, ocorrendo coisa assemelhada em boa parte dos sistemas jurídicos ocidentais.

Instituído como meio formal destinado a garantir o exercício da função jurisdicional dentro de parâmetros de respeito aos valores tais como igualdade, publicidade etc, o processo se desencaminhou, assumindo estruturas vistas como autênticas armadilhas que, sob o fundamento de servirem ao justo equilíbrio da relação jurídica processual, passaram a dificultar, ou pelo menos postergar, a realização do direito adjudicado ao vencedor.

Tais circunstâncias, visíveis amiúde no cotidiano judiciário, é que fizeram florescer um movimento doutrinário empenhado na busca de alternativas condizentes com as

⁴²⁵“Não se pode perder de vista que na tutela jurisdicional executiva há, de um lado, o exequente, ou mais precisamente: alguém com direito constitucional à efetiva e justa tutela, contra alguém que quer preservar ao máximo a sua liberdade e patrimônio. Para temperar a relação de ‘poder e sujeição’ que tipificam claramente a tutela executiva, há de se levar em conta as regras do *devido processo legal*. É que de um lado da balança o processo deve ser justo, para dar efetividade merecida ao direito do exequente, no outro existe o executado, que terá seu patrimônio invadido ou sua liberdade cerceada para satisfazer o crédito do exequente. Também aí deverá estar presente o devido processo legal, pois é ele que garantirá o justo equilíbrio e razoabilidade estatal sobre o patrimônio do executado, evitando que a tutela executiva vá além daquilo para o que ela serve ou deveria servir, e, assim, impedindo que o devedor saia com seu patrimônio desnecessariamente arrasado após a realização das medidas executivas.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual da execução civil*, cit., p. 8).

⁴²⁶JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA lembra: “Os problemas que afligem a justiça civil - sobretudo o da excessiva duração dos pleitos, permanentemente em evidência nas preocupações gerais - não são, com efeito, exclusivos de tal ou qual sistema jurídico: manifestam-se mais ou menos com as mesmas características em quase todos. É natural, portanto, que legisladores de diferentes quadrantes se vejam desafiados a enfrentar as mesmas questões e tenham de proceder a escolhas análogas.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo*. In: _____. *Temas de direito processual civil*, 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 56).

necessidades de uma entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável e de maneira a garantir solução justa.

A idéia de *efetividade do processo*, ou do *processo civil de resultados*, é decorrência da reflexão teórica acerca da questão, passando a representar, na doutrina nacional e estrangeira, a tentativa de revisão dos paradigmas tradicionais em prol do estabelecimento de uma outra ordem processual, isenta de entraves e formalismos dispensáveis⁴²⁷, comprometida, portanto, com a busca de técnicas capazes de permitir um processo consentâneo com os valores da segurança jurídica e celeridade.

Na busca desse objetivo, sabe-se, um dos nós mais relevantes a serem superados era, realmente, o hiato existente entre o processo de conhecimento e o processo de execução, sem contar a pedra no caminho que interligava um ao outro, ou seja, o processo de liquidação, tudo de modo a tornar a realização plena do direito material um objetivo alcançável apenas após longa e pacienzosa espera.

Ocorria que jurisdição, tal como a absorveu o direito processual pátrio, vinha de há muito seguindo padrões herdados do direito romano⁴²⁸, onde os misteres de que se incumbiam os pretores em seu exercício não abarcavam algo além de uma cognição obrigatoriamente destinada à declaração do direito sob litígio⁴²⁹ e seu acerto.

⁴²⁷CÂNDIDO R. DINAMARCO consigna: “O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX haviam levado os processualistas a uma profunda imersão em um mar de princípios, garantias tutelares e dogmas concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutarem em grilhões de uma servidão perversa. Em nome de elevados valores residentes no princípio do contraditório e do *due process of law*, acirraram-se formalismos que entravam a máquina, e abriram-se flancos pra a chicana e a malícia.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Relendo princípios e renunciando a dogmas. In: _____. *Nova era do processo civil*, cit.).

⁴²⁸ATHOS GUSMÃO CARNEIRO informa: “Mais tarde, no império, com a paulatina introdução da *extraordinaria cognitio* (e a eliminação da etapa processual *apud iudicem*) a jurisdição concentrou-se na pessoa do magistrado; a sentença, como consequência, perdeu seu caráter arbitral para transformar-se em ato de comando estatal. O juiz passou a dirigir o processo do início ao fim, como funcionário do Estado e representante do Imperador ... Com a *pignus in causa iudicati captum* a evolução atingiu, por fim, estágio semelhante aos procedimentos atuais, com expropriação de suficiente parcela dos bens do devedor. Mas a *actio iudicati* continuou sendo meio de pleitear-se a execução de sentença, mesmo na época imperial, embora o processo todo tivesse passado a desenvolver-se perante magistrado estatal. O direito romano não concebeu a sentença em si, como título executivo.” (CARNEIRO, Athos Gusmão. Do cumprimento de sentença conforme a Lei nº 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo. Por que não? In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *A nova execução de títulos judiciais*, cit., p. 15).

⁴²⁹OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA destaca: “A crença em que o direito moderno, dessa tradição jurídica, tendo superado a influência do direito germânico medieval, haja retornado ao direito romano, é aceita pelos processualistas contemporâneos como verdade definitiva. Chiovenda, em estudo celebre, falando da *romanità del processo civile moderno*, escreveu: ‘Occorsero più de mille anni, dopo le stabilimento delle istituzioni germaniche e feudali, perché col principio proclamato della rivoluzione francese, che la giurisdizione risiede esclusivamente nella sovranità, tornasse in onore il concetto romano della giurisdizione’ (L’*Idea Romana Nel Processo Civile Moderno*, in *Saggi Di Diritto Processuale Civile*). Todavia, esse conceito romano de jurisdição era visto por Chiovenda de uma perspectiva funcional, através

Em termos dogmáticos, nessa medida, a exigência de um processo de execução autônomo, era um corolário lógico das estruturas da legislação processual, recortadas naquele modelo, decorrendo de uma concepção segundo a qual haveria um direito subjetivo público e autônomo à tutela jurisdicional executiva, sendo a ação de execução veículo de uma pretensão de caráter secundário, sancionadora portanto⁴³⁰.

Os valores prestigiados ao nível da ciência processual que concebeu o apartamento entre conhecimento e execução, a ponto de distribuir as duas atividades jurisdicionais em processos autônomos, sinalizavam a consideração de que na primeira delas havia um labor destinado meramente à construção de um juízo sobre o fato controvertido, enquanto na última há um fazer⁴³¹, uma realização material, situações diferenciadas em essência e capazes de justificar a autonomia dos processos que delas se ocupam.

Tais dados teóricos, em consequência, difundiram por décadas essa aceção, admitida pelo direito processual pátrio de maneira ampla e quase irrestrita, não fossem as exceções conhecidas das denominadas sentenças com eficácia executiva, fenômenos acidentais e próprios de algumas demandas em particular.

O tempo, todavia, se desincumbiu bem de seu encargo e a envelheceu depois de algumas décadas.

A propósito, crescendo no ambiente acadêmico e judiciário a consciência de que o devido processo legal, enquanto princípio com foros constitucionais, se espargiu em diversas dimensões, houve a percepção exata de que o fator tempo necessariamente o integra, convertendo-se em garantia a uma duração razoável do processo⁴³², não por menos recentemente introduzida na órbita constitucional nessa condição.

da qual o grande processualista percebia a identidade entre a *iurisdictio* e a jurisdição estatal moderna, no ponto em que ambas limitavam-se à função declaratória de direitos.” (SILVA, Ovídio Baptista da. A *iurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 263).

⁴³⁰JOSÉ FREDERICO MARQUES: “Instrumentalmente conexa a uma pretensão sancionadora, a ação executória apresenta, assim, os mesmos caracteres gerais que dão a todo *jus actionis* os traços de direito processual subjetivo. Como bem afirmou Pugliatti, ela é ‘un diritto subbiettivo pubblico’, que consiste ‘*nel potere di stimolare el meccanismo dell’esecuzione*’. E acrescenta o autor peninsular: ninguém poderá contestar a autonomia da ação executória, uma vez que não se acha ela diretamente ligada a um direito material, e sim, totalmente imersa na relação processual executória, sendo que basta o título executório para isolá-la de qualquer contato com a relação jurídico-substancial do fim ao início do processo de execução” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 5, p. 104).

⁴³¹COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 367.

⁴³²JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI bem observa: “Não basta, pois que se assegure acesso aos tribunais, e, conseqüentemente o direito ao processo. Delineia-se inafastável também a absoluta regularidade deste (direito no processo), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da

Essa tomada de consciência contribuiu para um sentimento positivo quanto à urgência da reedificação do sistema no território da execução de sentenças, com a finalidade de se evitar uma situação que de certa maneira gerava um quadro em que a decisão no processo de conhecimento não passava de evento anódino, e portanto insatisfatório, além de gerador de onerosas iniciativas posteriores, em busca da solução que, a priori, já se encontrava, como objetivo do demandante, embutida na pretensão inicial⁴³³.

2.2. Processo Sincrético e Execução de Sentença

Em sua fase mais recente, então, um dos últimos ajustes se deu em relação às disposições do art. 461, do CPC, instituindo-se inclusive o art. 461-A, com vistas a garantir na execução visando à efetivação da obrigação de fazer ou da obrigação de entrega de coisa, a imediata execução da sentença, via tutela específica, com supressão natural da necessidade de recorrer o demandante, em prol de quem se reconheceu o direito, à demanda distinta para obter o proveito necessário por este permitido⁴³⁴.

As alterações procedidas nas disposições aludidas eram, já, prenúncio do redirecionamento que se deu em relação ao processo de execução com base em título judicial, visto no texto da Lei Federal nº 11.232/2005, que de modo peremptório implementou a carga executória natural para as sentenças condenatórias, relativas à obrigação para entrega de coisa, ou à obrigação de fazer, ou a obrigação de entrega de quantia em dinheiro, tornando, assim, o processo de execução por quantia certa um elemento suplementar, de utilidade apenas em algumas hipóteses específicas.

justiça, em breve prazo de tempo, isto é, dentro de um tempo justo, para a consecução do escopo que lhe é reservado.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O tempo e o processo*, cit., p. 87-88).

⁴³³ LUIZ FUX, sem fugir à realidade, comenta: “Essa diferença não restava suficiente a demonstrar ao jurisdicionado favorecido pela condenação que, após um longo processo de maturação do direito e com a definição do direito imune a impugnações, ainda assim, ao iniciar a implementação do julgado, impunha-se inaugurar um novo processo, com ampla fase de conhecimento introduzida no organismo da execução, viabilizando maiores delongas do que no processo de conhecimento. A consequência, inspirada no princípio da efetividade, não poderia ser outra senão o surgimento da denominada ‘crise da condenação’, passando a sentença condenatória a ostentar a pecha da forma mais imperfeita de prestação jurisdicional, tanto mais que as decisões declaratórias e constitutivas concediam às partes tudo quanto poderiam esperar do Judiciário, ao passo que a sentença condenatória, apesar do *nomem juris*, representava um ‘nada jurídico’, posto seguida por um processo frustrante, como se revelava a execução do julgado.” (FUX, Luiz. *O novo processo de execução*, cit., p. 15).

⁴³⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. Artigos 282 a 294, do 458 a 466, do 480 a 495, do 686 a 731. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*, cit., v. 1, p. 1.449.

O processo, pois, tornou-se sincrético⁴³⁵, ou seja, não há mais solução de continuidade entre a fase de conhecimento e a de execução da sentença, sem se obrigar o credor, assim reconhecido, à propositura de uma outra demanda para esse fim⁴³⁶.

Parecem claras as expectativas em torno dessa modificação, ou seja, a fluência mais cadenciada dos atos processuais, sendo os atos executivos desenvolvidos em uma nova fase do mesmo processo, garantindo-se, assim, a adjudicação do direito em favor do credor e sua fruição dentro de prazo mais exíguo, dado o efeito dissuasório quanto ao virtual interesse do devedor em persistir na trajetória do inadimplemento, certamente provocado pela incidência da regra prevista no § 4º, do art. 475-J, do Código de Processo Civil.

Funda-se, portanto, essa tentativa do legislador, no objetivo de oferecer a adequada repercussão do primado constitucional da *razoável duração do processo*⁴³⁷ e, em última análise de assegurar que o processo possa cumprir sua relevante função social no âmbito do Estado moderno e democrático⁴³⁸, a antiga fórmula utilizada pelo sistema processual brasileiro, com a necessidade do processo de execução, pois, como já se disse em sede doutrinária, o princípio do *devido processo legal* compreende, sim, eficiência, adequação e

⁴³⁵ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA explica: "O novo 'processo sincrético' – Convicção assente nos meios jurídicos é de que a novidade capital introduzida pela Lei nº 11.232, de 22.11.2005, consiste na junção das atividades jurisdicionais cognitiva e executiva, eliminando-se a diferenciação formal entre processo de conhecimento e processo de execução, ressalvadas as hipóteses do art. 475-N, parágrafo único, do Código de Processo Civil e a de ser devedora da Fazenda Pública." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Cumprimento e 'execução' de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais. IN: _____. *Temas de direito processual civil*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 315).

⁴³⁶ CASSIO SCARPINELLA BUENO se pronuncia assim: "O que acabou por prevalecer – e que é totalmente novo para o direito processual civil brasileiro – é que a prática dos atos voltadas à realização concreta do direito do autor, reconhecido formalmente como credor, terá início mesmo contra a vontade do réu, agora reconhecido formalmente como devedor; caso ele não cumpra a sua obrigação, isto é, não pague o que é devido no prazo de quinze dias (art. 475-J 'caput'). E para que o credor exerça essa pretensão, isto é, para que esses atos de realização concreta passem a ser praticados, a lei não exige mais que o credor ajuíze uma nova ação, dando azo a um novo processo, a exigir nova citação do devedor." (BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 11).

⁴³⁷ HUMBERTO THEODORO JR. observa: "Assiste, assim, inteira razão ao Prof. Athos Gusmão Carneiro, diante da indagação *para onde vai a execução?*, conclui que a execução forçada, no processo civil brasileiro vai, sim, melhorar em suas novas roupagens. A reforma que unifica o processo de condenação e execução, aliás, cumpre com propriedade a garantia de duração razoável e observância de medidas de aceleração da prestação jurisdicional, em boa hora incluída entre as garantias fundamentais pela EC 45/2004, com a instituição do inciso LXXVIII adicionado ao art. 5º, da Constituição." (THEODORO JR., Humberto. *Cumprimento de sentença e devido processo legal*. São Paulo: Ed. Mandamentos, 2006. p. 535).

⁴³⁸ HUMBERTO THEODORO JR., em tese conhecida, salienta: "A relevância do processo, no Estado moderno de Direito é ressaltada pelo pensador húngaro com a observação de que a produção axiológica do valor jurídico supõe o aparelho processual como meio indispensável de realização de justiça: nenhum valor ético sem liberdade, nenhuma liberdade social sem justiça, nenhuma justiça sem o aparelhamento jurídico, nenhum direito sem o mais desenvolvido aparelhamento do processo." (THEODORO JR., Humberto. *Cumprimento de sentença e devido processo legal*, cit., p. 259 - fazendo referência à obra e pensamento de Bama Horwáth).

celeridade, diretrizes inobservadas pelas normas anteriores, em boa hora erradicadas do Código de Processo Civil em razão da reforma⁴³⁹.

Dessarte, retomando a trilha do processo medieval⁴⁴⁰ germânico, o processo civil pátrio tenta dar um passo adiante, no sentido da efetividade do processo, com a mudança ora avaliada.

2.3. Consequências Doutrinárias e Processuais Relevantes

2.3.1. Classificação das Sentenças

Se até o momento da entrada em vigor do texto legal da reforma a doutrina ainda se revolia em dúvidas teóricas relevantes sobre a classificação das sentenças a partir de sua eficácia, a nota característica do novo regime jurídico de cumprimento da sentença, de maneira indubitosa, aboliu as chamadas *sentenças condenatórias puras*, uma vez eliminada a alternativa do processo autônomo de execução para sentenças judiciais, passando a se reconhecer em todas elas, a partir de então a força executiva⁴⁴¹, tornando-se fator à parte o fato de a decisão se forrar dessa ou daquela carga eficaz.

De outra parte, desatualizou-se igualmente aquele arranjo técnico em que se colocavam como parte de realidade distintas as decisões declaratórias, constitutivas e as condenatórias, pois em qualquer desses casos, e até mesmo nas hipóteses da segunda espécie referida, poderá haver exeqüibilidade⁴⁴².

⁴³⁹THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 262.

⁴⁴⁰ATHOS GUSMÃO CARNEIRO é quem defende que: "O interessante é constatar que a fim de 'modernizar' o processo de execução, tornou-se necessário um parcial retorno aos tempos medievais, o que foi feito mediante a restauração, na Lei nº 11.232, do prisco e bom princípio de que *sententia habet paratam executionem* (sentença contém em si a execução preparada). Não se cuida de afirmação paradoxal, mas sim de simples constatação: a busca de um processo de execução moderno e eficiente, que sirva de instrumento adequado e célere para o cumprimento das sentenças, impôs o afastamento do formalista, demorado e sofisticado sistema da execução através de uma ação autônoma, similar de certa forma à *actio iudicati* do direito romano. E implicou, a nova lei, o parcial retorno à expedita execução per *officium iudicis*, adotada no direito comum medieval." (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento de sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 10-11).

⁴⁴¹GRINOVER, Ada Pellegrini. *Cumprimento de sentença*, cit., p. 127.

⁴⁴²HUMBERTO THEODORO JR., com lucidez, sublinha que a classificação das sentenças em declaratórias, constitutivas e condenatórias apenas leva em conta, com a reforma, o aspecto conteúdo, já que no âmbito da eficácia todas são passíveis da execução, merecendo revisão, pois, os critérios da análise da matéria. (THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, cit., p. 541).

Dessa forma, não se encontra em crise apenas o conceito de sentença, mas ainda, sua classificação, onde há necessidade de pronta releitura dos critérios utilizados até então.

2.3.2. Decisões Sujeitas ao Novo Regime de Cumprimento

Examinadas as disposições legais, nota-se que aboliu-se por completo a necessidade de execução autônoma em relação a hipóteses nas quais a decisão condenou o devedor à prestação de entrega de coisa ou a obrigação de fazer ou não fazer, nos termos da previsão expressa dos arts. 461-A e 461 do CPC, assim tomo nos casos de condenação de pagamento em dinheiro, tal como prevêm os arts. 475-I a 475-O do mesmo estatuto processual.

O título judicial a dar suporte, portanto, aos atos de execução nessas hipóteses são os listados no art. 475-N do CPC. Ao que tudo indica, o legislador lançou mão, aí, de uma lista exaustiva das decisões sujeitas ao novo regime de cumprimento de sentença, entre elas as seguintes: *sentença proferida no processo civil que reconheça a obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; a sentença penal condenatória, transitada em julgado; a sentença homologatória de conciliação ou transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; a sentença arbitral; acordo extrajudicial de qualquer natureza, homologado judicialmente; sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.*

O rol dos títulos executivos judiciais desperta algumas discussões relevantes, como, por exemplo, a relativa à possibilidade de se tratar como título executivo apto a aparelhar o cumprimento imediato a denominada *sentença declaratória*, tese já há tempo debatida no campo doutrinário e agora definitivamente incorporada pela lei.

Acerca da questão, a propósito, não há divergências muito acentuadas, admitindo-se a possibilidade uma vez que a sentença declaratória traga todos os elementos da relação obrigacional objeto da declaração⁴⁴³.

⁴⁴³ LUIZ RODRIGUES WAMBIER, TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER E JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, por exemplo, afirmam: “Extraí-se do texto da nova norma jurídica que não só as sentenças condenatórias, mas também as declaratórias podem constituir título executivo: basta, para tanto, que a sentença reconheça a existência de obrigação.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 2, p. 165). No mesmo sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento de sentença civil*, cit., BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, cit., FUX,

Não é menos relevante a questão atinente à possibilidade de se empregar a técnica do cumprimento da sentença aos casos de decisão antecipatória, como as constituídas com fundamento no art. 273 do Código de Processo Civil, não qualificadas como títulos executivos judiciais pela letra do dispositivo do art. 475-N.

Acentua-se a dificuldade tendo em vista a taxatividade do rol⁴⁴⁴, o que excluiria a possibilidade de emprego do novo modelo executacional aos casos referidos. Considerado que decisões antecipatórias e outras tantas quejandas carecem de execução, teria o legislador suprimido nessas situações a exigência do título, ou então teria ele alterado o conceito de título?⁴⁴⁵.

Nota-se que a nesse ponto há ainda que amadurecer, malgrado, pareça mais próximo da verdade o ponto de vista segundo o qual deve-se ocupar o vazio legislativo com uma interpretação construtiva, capaz de inserir decisões dessa natureza entre as submetidas às novas técnicas de cumprimento⁴⁴⁶.

Enfim o rol de títulos executivos judiciais gera questionamentos relevantes a serem enfrentados a partir de uma visão mais sistemática, e sempre à vista de princípios gerais do sistema e suas exigências.

2.3.3. Liquidação de Sentença

Tratada agora como fase antecedente ao cumprimento de sentença, e por isso mesmo afastada a necessidade de processo autônomo nos casos de liquidação por arbitramento ou por artigos, os dispositivos do art. 475-A a H acabaram introduzindo mudanças sensíveis no quadro.

São mantidas, as formas originais de liquidação, mas confirma-se a regra já introduzida por lei especial anterior, no sentido de que as obrigações que dependerem de mero cálculo aritmético tornam o demandante vinculado à obrigação da apresentação da memória respectiva, como prescreve o art. 475-B, passível de impugnação, e portanto,

Luiz. *O novo processo de execução*, cit., ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., GRINOVER, Ada Pelegrini. *Cumprimento de sentença*, cit., THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, cit.

⁴⁴⁴THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*, cit., p. 151.

⁴⁴⁵BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 83.

⁴⁴⁶ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 23.

sujeito ao contraditório, independentemente de penhora, porém, sem envolver rediscussão da causa⁴⁴⁷

As formas de liquidação por arbitramento, cabível para apurar o valor de bens e serviços, tanto quanto a liquidação por arbitramento, destinada à apuração de fatos novos, permanecem com as mesmas estruturas, segundo as regras dos arts. 475-C a F, apenas passando a ser fase precedente, resolvida por decisão interlocutória, na consonância com o disposto pelo art. 475-H do CPC, sujeita, assim a agravo⁴⁴⁸.

Ensejam limitados debates o tema da liquidação, malgrado a substancial alteração de seus padrões pela modificação legislativa.

2.3.4. Da Defesa do Executado no Cumprimento de Sentença

Não subsistiram os embargos à execução como demanda autônoma, ao que se vê do quanto dispõe o art. 475-J, § 1º, que apenas veio trazer a fórmula da *impugnação*, naturalmente sem aquele caráter e, em princípio, sem efeito suspensivo, na forma do disposto no art. 475-M.

Sobre a natureza do meio eleito pelo legislador para a impugnação dos atos executivos, embora grasse opinião majoritária no sentido de não equivaler mesmo à instauração de uma nova relação processual⁴⁴⁹, registra-se a manifestação daqueles que entendem se encontrar sua natureza identificada com uma espécie de ação, embora distinta dos velhos embargos, por se dirigir à oposição aos atos e à pretensão executiva⁴⁵⁰.

De qualquer modo reduziu-se o evento a um incidente, no curso do qual o devedor poderá promover atos de defesa, porém, limitados aos temas consagrados pelo dispositivo

⁴⁴⁷THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, cit., p. 623.

⁴⁴⁸MARCATO, Antonio Carlos. A nova execução civil. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *A nova execução de títulos judiciais*, cit., p. 105.

⁴⁴⁹TEORI ALBINO ZAVASCKI recomenda o seguinte entendimento: “A impugnação, ao contrario do que ocorria com os embargos do devedor, não tem natureza de ação autônoma, constituindo mero incidente do processo. Pode ser oferecida mediante simples petição, dispensadas as formalidades das petições iniciais, nomeadamente a qualificação das partes e o valor da causa. Ao impugnante cumprirá, todavia, expor adequadamente os fundamentos de seu pedido, nos termos do art. 475-L. Não obstante, nada impedirá que o juiz determine emendas a impugnações, para sanar eventuais deficiências ou insuficiências, aplicando subsidiariamente o art. 284 do CPC” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesas do executado*. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *A nova execução de títulos judiciais*, cit., p. 140.

⁴⁵⁰ARAKEN DE ASSIS anota: “Do que acima foi dito e exposto, resulta claro que a impugnação, analogamente aos embargos, e a despeito de o último sempre tramitar de modo autônomo, representa uma ação de oposição à execução. Superou-se a incompatibilidade de funções e inseriu-se, consoante modelo espanhol, um incidente declarativo dentro del processo mismo de ejecución.” (ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 314).

do art. 475-L, ou seja: *falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia, inexigibilidade do título, penhora incorreta ou avaliação errônea, legitimidade das partes e excesso de execução*.

Segue tormentosa, ainda, a discussão acerca da subsistência da possibilidade da Exceção de Pré- Executividade nas hipóteses de cumprimento de sentença, com opinião de peso em favor, dado que se trata em verdade de objeção, algo que extravasa os limites da mera impugnação⁴⁵¹, além do que existiria um legítimo interesse do executado em evitar a penhora, somente possível por essa via.

Então, conquanto amplíssima a abrangência do mérito da impugnação, alcançando até mesmo as hipóteses de decisão judicial fundada em lei ou ato normativo julgado declarado inconstitucional, conforme art. 475-L, §1º, há a dúvida sobre o cabimento da referida objeção, que, diga-se, ainda anda longe de ser resolvida.

⁴⁵¹ ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*, cit., p. 306.

CAPÍTULO VII. TUTELA JURISDICIONAL AO DIREITO A ALIMENTOS. TUTELA EXECUTIVA DOS ALIMENTOS

1. Cumprimento de Sentença e Alimentos. 1.1. Possibilidade e Divergências. 2. Título Executivo e Alimentos. 2.1. Introdução. 2.2. Título Judicial; 2.3. Título Extrajudicial. 3. Meios Executórios. 3.1. Desconto. 3.2. Expropriação. 3.3. Coerção Pessoal. 4. Procedimentos.

1. Cumprimento de Sentença e Alimentos

1.1. Possibilidades e Divergências

Introdução

Realmente, como estabelecido em sede doutrinária, a supressão da necessidade permanente da execução autônoma para fazer valer os títulos judiciais representa um passo inequivocamente dado em direção à produção de uma realidade processual mais próxima das urgências atuais⁴⁵².

Receberam-na bem, de modo geral, os processualistas, com exceções apenas no tocante à falta de ousadia do legislador⁴⁵³, ou desconfianças quanto a decorrerem da unificação dos processos de conhecimento e execução como causa eficiente da melhoria esperada⁴⁵⁴.

De qualquer maneira o processo sincrético, de um modo geral, é visto como caminho indispensável ao aperfeiçoamento da tutela jurisdicional, pois a realização dos atos executivos apenas como uma nova fase, o estímulo ao pagamento espontâneo nas

⁴⁵²DÉBORA INÊS KRAM BAUMÖHL, saúda a reforma da execução, salientando: "Enfim, de tudo quanto foi dito, espera-se ter se demonstrado que a autonomia do processo de execução de sentença é um anacronismo insustentável e incompatível com um sistema processual em que se prestigie a efetividade da tutela jurisdicional. Trata-se de mecanismo burocrático, artificial, cuja manutenção só se explica por apegos às concepções vetustas e tradições romanistas incompatíveis com a realidade atual. Atrasa, onera e dificulta a prestação jurisdicional, paralisando-a e proporcionando espaço para manobras ilegítimas de devedores recalcitrantes." (BAUMÖHL, Débora Inês Kram. *A nova execução civil*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 115).

⁴⁵³CARMONA, Carlos Alberto. O cumprimento de sentença segundo a Lei nº 11.232/2005. In: *Processo civil: aspectos relevantes: estudos em homenagem a Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: Método, 2006. p. 154.

⁴⁵⁴YARSHELL, Flavio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil: novos perfis*, cit., p. 14-16.

obrigações de pagar quantia em dinheiro, a desnecessidade de citação, a não suspensividade da impugnação oferecida pelo devedor, são técnicas que contribuem certamente para a fruição do direito deferido pela decisão exequiunda dentro de prazos mais razoáveis.

Com efeito, como observa parte da doutrina, os tempos atuais são voltados a um modelo de processo em que a idéia de segurança se coloque em plano subalterno frente à efetividade do direito buscado pela via da demanda⁴⁵⁵, direção seguida pelo legislador ao promover as alterações introduzidas pela Lei nº 11.232/2005.

De qualquer maneira, os elementos novos trazidos pela fórmula do denominado cumprimento de sentença, tendem a permitir a efetivação de direitos consagrados em decisões condenatórias de modo mais satisfatório e conforme à compreensão atual do direito constitucional à ação.

Alimentos e Cumprimento de Sentença

São controvertidas as impressões dos que se dispuseram a enfrentar a questão relativa à influência da Lei nº 11.232/2005 no campo das execuções de alimentos. Conforme sabido, antes de sua entrada em vigor processavam-se pela via de demandas suplementares, e portanto autônomas, com dois procedimentos indicados, o primeiro deles relativo à *execução por quantia certa*, em obediência ao texto do art. 732, do Código de Processo Civil, qual seja:

“Art. 732. A execução de sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título.

Parágrafo Único. Recaindo a penhora em dinheiro o oferecimento de embargos não obsta a que a exequente levante mensalmente a importância da prestação.”

⁴⁵⁵ARRUDA ALVIM averba: “Essa tradição radical de segurança jurídica, profundamente acentuada no liberalismo, já não é mais dos nossos dias, em que impera a instrumentalidade tendente a que se atinja o quanto possível celeremente a satisfação do direito (no caso do credor), com o paralelo descarte desse valor segurança, dado que as necessidades da vida acabam por impor, já há muito tempo, um poder cautelar geral (e amplo) ao juiz, e sucessivamente, a própria antecipação da tutela.” (ALVIM, Arruda. Cumprimento de sentença condenatória de quantia certa, anotações de uma primeira impressão. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson (Coords.). *Constituição e processo: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 288).

Afora essa possibilidade, havia aquela outra, relativa a um procedimento especial de execução, com coerção pessoal do devedor, assim tratada pelo art. 733 do Código de Processo Civil:

“Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão que fixa alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 03 (três) dias efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º. Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1(um) a 3 (três) meses.

§ 2º. O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 3º. Paga a prestação alimentícia o juiz suspenderá o pagamento da ordem de prisão.”

À medida que o legislador implementou as disposições do denominado *cumprimento de sentença*, regulamentado a partir das disposições do art. 475-I do Código de Processo Civil, advieram indagações sobre a subsistência do sistema anterior em torno da execução de créditos alimentares, tornando-se a matéria objeto de vivas controvérsias, especialmente no tocante aos alimentos decorrentes de relações familiares, posto que nos demais casos - indenizatórios, por exemplo – a letra do art. 475-Q não deixa margem a questionamentos⁴⁵⁶.

Analisando o panorama ensejado pela nova legislação processual importantes fontes doutrinárias optaram por roteiro segundo o qual a situação tocante à execução de alimentos não teria sofrido qualquer impacto, permanecendo tudo como antes, ou seja, mantido o credor com a dupla opção de procedimentos, porém, mediante manejo de ações suplementares⁴⁵⁷.

Focalizando a matéria, aliás, diz HUMBERTO THEODORO JR.:

“Como a Lei nº 11.232/05 não alterou o art. 732, do CPC, continua prevalecendo nas ações de alimentos o primitivo sistema dual, em que acerto e execução forçada reclamam o sucessivo manejo de duas

⁴⁵⁶“Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a essa parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento mensal da pensão.”

⁴⁵⁷“A reforma da execução de título judicial promovida pela Lei nº 11.232/2005 não alterou, curiosamente, a execução de alimentos, objeto do Capítulo V, do Título II, do Livro II (Do processo de execução). Por conseguinte, não se realizará consoante o modelo do art. 475-J.” (ASSIS, Araken. *Manual da execução civil*, cit., p. 902).

ações separadas e autônomas: uma para condenar o devedor a prestar alimentos e outra para forçá-lo a cumprir a condenação”⁴⁵⁸

Talvez a defesa dessa opinião se vincule ao fato de que a par de a nova lei não ter trazido em si qualquer aparente intuito de modificação das disposições dos arts. 732, 733 e seguintes, do Código de Processo Civil. Além disso, há quem se refira à circunstância de os alimentos nas relações de família não se apresentarem sempre como definitivos, pois há os provisionais e provisórios a reclamar atos executivos, do que decorreria uma incompatibilidade com os novos mecanismos do art. 475 do CPC⁴⁵⁹.

Primeiras leituras das disposições introduzidas ou modificadas pela reforma processual se apresentaram conservadoras em relação à execução de alimentos, até à vista de sinais mais claros oferecidos pela lei federal em questão.

Todavia, nasceram discordâncias.

Processualistas de relevo apontaram repercussões do processo sincrético na esfera da execução de alimentos, sede onde também teria perdido o sentido a manutenção do processo autônomo de execução para pagamento de quantia certa⁴⁶⁰.

Em realidade, o tema sugere cuidados especiais, porque também afirmar a possibilidade da aplicação das novas diretrizes legais não afasta incertezas e inseguranças, de modo que existe quem, com prudência elogiável, aponta a possibilidade de três opções viáveis, ou seja:

a. execução das prestações alimentares sempre pela via do cumprimento do art. 475, tanto no caso do art. 732, como na hipótese do art. 733;

⁴⁵⁸THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 417.

⁴⁵⁹ROLF MADALENO observa: “Contudo, a reforma operada pela Lei nº 11.232/2005 não alterou nenhum dos dispositivos referentes à execução das prestações alimentícias. Para começar, os alimentos provenientes do direito de família não estão disciplinados no art. 475 do CPC, cujo dispositivo foi alterado pela Lei nº 11.232/2005, primeiro porque existem alimentos liminares, denominados de provisórios ou provisionais, que são fixados em sede de antecipação de tutela ou medida cautelar, no início ou no curso do processo, enquanto o art. 475 do CPC trata de cumprir sentença que já arbitrou alimentos definitivos e transitados em julgado. Também não pode ser esquecido que existem alimentos sem origem no direito de família, oriundos do direito das obrigações ou provenientes de legado no direito sucessório, todos ajustados por iniciativa do obrigado, por contrato ou por legado em testamento, onde não há qualquer sentença para cumprir.” (MADALENO, Rolf. O Cumprimento de sentença e a exceção de pré-executividade na execução de alimentos. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Execução civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Ed. Método, 2006. p. 421).

⁴⁶⁰NELSON NERY JR. E ROSA MARIA A. NERY, por exemplo, registram a seguinte opinião: “A execução da sentença que condena à prestação de alimentos se faz por meio do instituto do cumprimento de sentença (CPC art. 475-I). A execução da decisão ou sentença cautelar que fixa alimentos provisionais se faz pelo art. 733. A execução de liminar, que fixa alimentos provisórios, se faz de acordo com a LA4º.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 733).

b. execução de alimentos sempre segundo os arts. 732 ou 733, afastando-se de vez a aplicação do art. 475-I;

c. execução dos casos hoje cometidos ao art. 732 pelo regime do cumprimento de sentença, mantendo-se as hipóteses do art. 733 sem qualquer modificação⁴⁶¹.

A convicção sobre a não incidência da regra introduzida pela lei nova já teve seus motivos aqui esclarecidos, sendo ocioso retomá-los.

De outra parte, a defesa da possibilidade da utilização do novo sistema goza de endosso doutrinário decorrente do entendimento no sentido de que a ausência de referência a decisões que impõem obrigação alimentar não significa impedimento quanto à utilização das novas técnicas, até porque a natureza do direito material em causa exige via processual capaz de garantir mais efetividade, ou, em outros termos, maior agilidade no alcance dos benefícios trazidos pela fruição do direito, sendo o que pensa MARIA BERENICE DIAS⁴⁶²:

Não houve expressa revogação e nem qualquer alteração no Capítulo V do Título II do Livro II, do CPC que trata “Da Execução de Prestação Alimentícia”. Também não há nenhuma referência à obrigação alimentar nas novas regras de cumprimento de sentença, inseridas nos Capítulos IX e X do Título VIII do Livro I: “Do Processo de Conhecimento” (CPC, arts. 475-A a 475-R). Em face disso, boa parte da doutrina sustenta que à execução de alimentos não tem aplicação a nova lei. Um punhado de justificativas impõe que se reconheça como inadequada essa postura. A cobrança de quantia certa fundada em sentença não mais desafia processo de execução específico. O credor só necessita ajuizar execução autônoma quando dispuser apenas de um título executivo extrajudicial.

Há um fundamento que põe por terra qualquer tentativa de emprestar sobrevida à execução por quantia certa de título executivo judicial de alimentos. O Capítulo II, do Título III do Livro II do CPC, que se intitulava *Dos Embargos à Execução Fundada em Sentença*, agora se denomina *Dos Embargos à Execução Contra Fazenda Pública*. Ou seja, não existem mais, no estatuto processual pátrio, embargos à execução de título judicial. Esse meio impugnativo só pode ser oposto na execução contra a Fazenda Pública. A vingar o entendimento que empresta interpretação literal ao art. 732, do CPC, chegar-se-ia à exdrúxula conclusão de que o devedor de alimentos não dispõe de meio impugnativo, pois não tem como fazer uso dos embargos à execução.”

⁴⁶¹TARTUCE, Fernanda; DELORE, Luiz. Alimentos via cumprimento de sentença: novo regime de execução? In: BRUSHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sergio (Coords.). *Execução civil*. São Paulo: Método, 2002. p. 167.

⁴⁶²DIAS, Maria Berenice. Execução de alimentos e a reforma do CPC. *Revista IOB de Direito Processual Civil*, n. 46, 2007.

Há quem sugira a possibilidade de se abolir completamente o processo autônomo em matéria de execução de alimentos, o que se apresentaria necessário para promover justamente o objetivo antes referido, sem permitir no sistema a alternativa de execução autônoma, mesmo porque a obrigação alimentar decorre, no campo das relações de família, de decisão judicial invariavelmente.

Pensar assim pode implicar a abolição do procedimento especial, mediante constrição pessoal, autorizada inclusive por norma constitucional, o que se entende pouco viável, dada a eficácia dessa fórmula no cenário da garantia dos direitos aos alimentos, que, com certeza, requer a existência de via para a cobrança de alimentos atuais e pretéritos, sendo inadequado cogitar de um sistema em que o procedimento previsto no art. 733 do CPC deixasse de existir ou ser invocado⁴⁶³.

Registre-se, todavia, que abalizada opinião se dá no sentido da aplicação do novo sistema mesmo aos casos do art. 733 do CPC, situação permitida por uma interpretação construtiva das disposições do art. 475-I e segs., de modo a se manter também a forma em que se permite a prisão civil, porém utilizada por meio do procedimento do cumprimento de sentença, como deseja ALEXANDRE FREITAS CÂMARA:

“Do que até aqui se expôs, a única conclusão a que se pode chegar é que o fato de não ter a Lei nº 11.232/05 se preocupado em modificar os artigos do CPC que tratam da execução de alimentos em nada prejudica o sistema. É perfeitamente possível interpretar-se as regras referentes àquela modalidade de execução com base no novo modelo Teórico inaugurado pela referida lei, passando-se a tratar o módulo processual executivo de alimentos como mera continuação do processo em que a condenação a pagá-los tenha sido prolatada.”⁴⁶⁴

Mais corrente, tem sido, no entanto, a opinião na direção da admissão das novas técnicas processuais introduzidas pela Lei Federal nº 11.232/2005, substituindo-se apenas o procedimento previsto pelo art. 732 do CPC, pois a utilidade em grau elevado do procedimento especial, do art. 733 do mesmo estatuto⁴⁶⁵, indica a urgência de sua manutenção no tocante de prestações atuais.

Admite essa postura, também de maneira suficientemente clara, MARCELO ABELHA RODRIGUES, que afirma:

⁴⁶³TARTUCE, Fernanda; DELORE, Luiz. Alimentos via cumprimento de sentença: novo regime de execução?, cit., p. 163.

⁴⁶⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução da sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 174.

⁴⁶⁵TARTUCE, Fernanda; DELORE, Luiz. Alimentos via cumprimento de sentença: novo regime de execução?, cit., p. 176.

“Assim, como a execução de sentença de pagamento de quantia passou a ser regida pelo Capítulo X do Título VIII do Livro I, parece-nos que deveria o legislador ter consertado esse dispositivo (art. 732) de forma a adequá-lo à nova sistemática das execuções judiciais para pagamento de quantia. Por isso pensamos que as regras especiais da execução de prestação alimentícia continuam a ser aplicadas, porém, em conjunto com as novas regras do art. 475, I e segs., do CPC. Isso implica dizer que a execução de sentença para pagamento de alimentos será iniciada por petição simples, sem formação de um novo processo, e todas as regras do art. 475-J devem ser aplicadas.

Da combinação do art. 475-J e segs. com o procedimento especial dos alimentos resulta que em vez de ser citado o devedor, esse será intimado para cumprir a obrigação alimentícia, sob pena de prisão civil, nos termos do art. 733.”⁴⁶⁶

À vista do exposto, nota-se uma tendência bastante acentuada em se admitir a fórmula do cumprimento de sentença para o caso dos alimentos, que, por representar um avanço em matéria processual, tanto quanto pelas melhores expectativas de garantia ao direito material, se justifica plenamente.

Se o direito constitucional à ação tem na atualidade dimensão de elevada grandeza, compreendendo um direito não só a um processo formalmente consentâneo com o *devido processo legal*, mas também importa em um direito a um *processo justo*, não pode haver objeção no tocante à extensão dos novos modelos de execução à hipótese da execução alimentar.

Não seria implausível, ademais, reforçar o argumento trazendo à consideração o fato de que nos casos de alimentos decorrentes de relações típicas de família, a eficácia dos meios processuais de garantia devem ser equivalentes à promessa de *proteção especial* inscrita no art. 226 da CF, de tal sorte a se tornar inequívoco, quiçá, o sentimento dos que se colocam em favor da tese.

Todavia, por que a nova lei nem fez referência às disposições dos arts. 732 e segs. do CPC? Por lapso, talvez?

Se sobradas são as justificativas para redirecionar as execuções de alimentos para os caminhos novos entronizados pela reforma, por outro lado não se enxergam justificativas capazes de atestar de modo irrefutável um bom motivo para a manutenção – aparentemente proposital – dos modelos expropriatório e especial de demandas executivas

⁴⁶⁶RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 642.

no plano da lei, sendo pouco afirmar que tudo se deveu a um indesculpável equívoco do legislador.

Parece necessário raciocinar mais profundamente sobre isso.

Claro, e indiscutível, que não faria o menor sentido eliminar a possibilidade da contrição pela via da prisão civil em hipótese de alimentos fixados por sentença ou outro título judicial compatível, de tal maneira que subtrair mesmo essa alternativa seria até afronta ao mandado constitucional de sua utilização nessa hipótese.

Por outro lado, manter-se o procedimento especial e autônomo, tal como está, seria útil?

Eis a questão.

Do mesmo modo, a execução por quantia certa, autônoma, tal como prevê o art. 732 do CPC, segue tendo alguma utilidade?

Examinando o sistema como um todo é possível reconhecer que no tocante ao primeiro caso, o da *execução especial*, com prisão como técnica constritiva, nenhuma razão recomenda sua eliminação, mesmo porque no plano de sua eficácia, não há negar os relevantes serviços que presta à garantia do direito a alimentos, ao passo que o procedimento traçado pelo art. 733 do CPC oferece ao próprio executado oportunidade mais larga de defesa, sendo aconselhável, ao menos em princípio, mantê-lo sem alterações.

Entretanto, sendo judicial o título que certifica a existência e exigibilidade do crédito alimentar, talvez fosse de melhor conveniência adaptar o procedimento hoje previsto como autônomo àquele trazido pelo art. 475-J, o que talvez não ensejasse prejuízos efetivos à defesa do devedor, ao passo que o ganho em efetividade no quanto diz respeito ao credor se avultaria.

Não se lorigam maiores obstáculos em relação a isso.

Vale dizer, tudo sem prejuízo da manutenção do procedimento autônomo, mantido pela lei, mas no caso voltado à satisfação de créditos não representados por títulos judiciais.

No tocante ao procedimento delineado pelos arts. 732 e seguintes, do CPC, importa salientar a firmeza com que certa corrente de opinião advoga sua supressão pura e simples,

na antevisão de seu desuso, fato confirmado, em termos, pela reiteração de precedentes jurisprudenciais nesse sentido⁴⁶⁷.

Esse caminho parece indicar solução mais oportuna, porquanto seria mesmo incompreensível, após o realinhamento do processo de execução de sentença, se mantivesse ainda o sistema de quarenta anos atrás intocado.

Há, no entanto, um obstáculo.

Como sabido, obrigação alimentar não se constitui apenas por força de decisão judicial, podendo se dar que o vínculo se institua por documentos particulares ou públicos, inclusive entre parentes, nada impedindo o uso dessa fórmula quando da realização de separações ou divórcios consensuais extrajudiciais⁴⁶⁸.

Nessa situação, como operar a execução se por extinto se der o procedimento previsto pelo art. 732?

Voltado o art.475-J apenas à execução de créditos baseados em títulos judiciais, listados pelo art. 475-N, como proceder nessa hipótese?

Esse obstáculo é real.

É bom recordar que nem toda obrigação alimentar avençada extrajudicialmente goza de homologação judicial, não se inserindo por isso no contexto dos títulos judiciais conducentes ao cumprimento de sentença nos novos moldes.

Logo, parece não se apresentar descartável desde logo o antigo procedimento.

Mas, se sua conservação, com efeito, parece imperiosa, será que a admissão dessa possibilidade implica necessariamente em romper com a nova alternativa do cumprimento de sentença?

À evidência, não.

Uma abordagem preliminar da questão, à vista de tudo quanto até aqui se apurou, indica que manter pura e simplesmente o regime execucional anterior em matéria de alimentos significaria, sim, um retrocesso imperdoável, tanto mais porque com isso estar-se-ia oportunizando uma quebra da isonomia entre credores de alimentos e titulares de créditos comuns de todo injustificável.

⁴⁶⁷TJRS –AI 70021814686, rel. LUIZ FELIPE BRASIL DOS SANTOS; TJRS-AI 70019020379, rel. JOSÉ S. TRINDADE.

⁴⁶⁸Essa constatação leva parte da doutrina a não abrir mão da subsistência do procedimento previsto pelo art. 732 do CPC (MADALENO, Rolf. Execução de alimentos e cumprimento de sentença, cit., p. 256).

Mantida a execução autônoma, todavia, pode igualmente significar problema, pois não haveria como conciliar o cumprimento de decisões judiciais sobre crédito alimentar numa estrutura leve, livre de suspensões e de fluência cadenciada com a circunstância da execução de crédito alimentar baseado em título extrajudicial não homologado sujeita, por exemplo, aos vetustos, e agora não mais previstos, embargos com efeito suspensivo.

Superficial consideração do problema não evitaria a conclusão de que a identidade das posições creditórias desautorizaria soluções díspares na via executiva, fator que em nível de devido processo substancial se consideraria recriminável.

Do exposto, conseqüentemente, só uma alternativa restaria.

Realmente, a se entender indispensável o regime decorrente do art. 732 do Código de Processo Civil, sua permanência não evitaria adaptações procedimentais, aliás viáveis em sede de demandas dessa natureza, em face da peculiaridade do objeto, a fim de não se erigir um quadro incoerente no plano do sistema processual.

Para sintetizar, portanto, o exame das situações postas leva à conclusão no sentido de que a nova lei, responsável pela implementação do regime do cumprimento de sentença, não afastou os procedimentos de execução de alimentos então existentes, de onde, todavia, seria inexato concluir pela existência de qualquer óbice quanto à sua incidência também nessa matéria.

Dessarte, créditos fundados em títulos judiciais ou equiparados, segundo a letra do art. 475-N do CPC, terão seus mecanismos de execução regidos pelas disposições do art. 475-J do CPC, enquanto ao se cuidar de crédito alimentar estabelecido em título extrajudicial a execução dar-se-á nos termos do art. 732 do CPC, com as adaptações indispensáveis, conforme já se ponderou.

2. Título Executivo e Alimentos

2.1. Introdução

Por instância de princípio já comentado, não há execução sem título. Sem título e sem haver inadimplemento não tem lugar o processo executório, uma vez que sem o

primeiro se torna incerta a própria existência da dívida, e essa instabilidade não há de autorizar as medidas constritivas com vistas a satisfação do credor⁴⁶⁹.

A relevância do título, sabe-se, reside no fato de que ele define os termos da execução, na medida em que explicita a natureza da obrigação ali espelhada, sem embargo de também delimitá-la, apontando o montante exato do crédito pendente, tanto assim que diz HUMBERTO THEODORO JR.:

“Como lógica e juridicamente não se concebe execução sem prévia certeza sobre o direito do credor, cabe ao título executivo transmitir essa convicção ao órgão jurisdicional. E nessa ordem de idéias, observa José Alberto dos Reis, não é o título apenas a base da execução, mas, na realidade, sua condição necessária e suficiente.”⁴⁷⁰

Sobre o território do crédito alimentar essa verdade também incide, por específica que possa ser a relação de direito material em causa, daí advindo a observação de CASSIO SCARPINELLA BUENO:

“Cabe destacar, outrossim, que o exame relativo à *execução de alimentos* pressupõe a existência de título executivo, judicial ou extrajudicial, revelando se tratar de uma obrigação certa, exigível e líquida. A ressalva é tanto mais importante porque a Lei nº 5478/68 ocupa-se não só de descrever, ao lado dos arts. 475-A, 732 e 733 do Código de Processo Civil, as atividades jurisdicionais voltadas à realização dos direitos aos alimentos, tal qual reconhecido no título executivo, mas, também, estabelecer um procedimento especial para a prática de atos jurisdicionais voltados ao reconhecimento daquele direito, isto é, a criação do título; a sentença condenatória de alimentos, para empregar a expressão tal como ela é conhecida nacionalmente.”⁴⁷¹

Na esfera da execução de alimentos, por conseguinte, se encontram títulos de natureza extrajudicial e judicial base do processo de execução, especificáveis da seguinte maneira: a.-) *títulos judiciais* (art. 475-N), sentenças e decisões interlocutórias, acordos homologados judicialmente; b.-) *títulos extrajudiciais* : escrituras públicas de separação ou divórcio, termos de composição homologados pelo Ministério Público.

É absolutamente relevante examinar tais hipóteses, revolvendo seus aspectos mais relevantes, o que passa a ser feito em seguida.

⁴⁶⁹ ASSIS, Araken. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 133.

⁴⁷⁰ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 155.

⁴⁷¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 361.

2.2. Título Executivo Judicial

Considerado o rol traçado pelo dispositivo do art. 475-N, do Código de Processo Civil, surge como possibilidade inicial o título constituído pela chamada *sentença proferida em processo civil que reconheça a obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia* (inc. I), justamente por se tratar de situação possivelmente vertida do desfecho de ação de alimentos – revisional, inclusive – fundada na Lei nº 5478/68, ou então em ação ordinária de alimentos, como no caso, por exemplo, da ação investigatória de paternidade ou maternidade cumulada com pleito alimentar, ou ainda a sentença prolatada em processo cautelar visando aos alimentos provisionais, nos termos dos arts. 852 e seguintes, do CPC.

Trata-se, portanto, de ato processual apto a oferecer suporte ao processo executacional, se, é claro, contiver prestação jurisdicional concretizada em termos adequados, ou seja, de maneira a estabelecer, dentro de padrões razoáveis de liquidez, a prestação que pesará sobre os ombros do alimentante, daí então advertindo YUSSEF CAHALI:

“É certo que o pedido de alimentos exige solução definitiva na própria ação, arbitrando-se desde logo na sentença a pensão devida, segundo os vários critérios permitidos em lei: quantia fixa, percentual incidente sobre salário mínimo, ou com utilização de qualquer outro referencial, ou percentual incidente sobre os rendimentos de qualquer natureza do devedor.”⁴⁷²

Então, como título executivo, só podem ser recebidas aquelas sentenças ou decisões cuja estipulação do *quantum debeatur* seja em valores líquidos, ou apenas dependentes de simples cálculo aritmético, ou não vingará como fonte de aparelhamento da execução sem que se processe, antes, sua liquidação.

O título judicial, cabe acrescentar, poderá provir de decisões interlocutórias, relativas, por exemplo, à fixação dos alimentos provisórios, ou mesmo provisionais quando houver cumulação de pleitos que os abarquem, decorrentes, assim, e em princípio, de Juízos cíveis perante os quais tramitem demandas alimentares, sendo importante acrescentar, todavia, a possibilidade aberta pela Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha -, em cujo art. 22 repousa uma possibilidade de o próprio juiz criminal fixar alimentos provisórios ou provisionais, a saber :

⁴⁷²CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 701.

“Art. 22 - Constatando a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta lei, o juiz poderá aplicar de imediato ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

.....

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.”

Indisputável que o juiz em referência é naturalmente o criminal, e sua deliberação atenderá a pleito realizado de forma curiosa, ou pelo menos inusual, dada a singularidade da situação, como explica MARIA BERENICE DIAS:

“De um modo geral, a pretensão de alimentos, quer provisórios, quer provisionais, é veiculada por meio de uma ação, intentada perante o juízo de família, estando a parte representada por advogado. Agora, diante do episódio de violência familiar, a pretensão pode ser buscada por meio da polícia. O registro da ocorrência e o pedido de concessão da medida protetiva de urgência leva à formação de expediente a ser enviado ao juiz que apreciará o pedido.”⁴⁷³

O interessante, pois, é o caminho para a formação do título, a princípio extrajudicial, uma vez realizado o pleito via expediente administrativo conduzido de logo pela Autoridade Policial, até o encaminhamento definitivo ao Juiz.

Ainda mais, é de boa lembrança que o título judicial poderá ter como fonte formal decisão de antecipação de tutela, baseada no art. 273, do CPC, vislumbrável em determinadas circunstâncias, como, por exemplo, aquela do filho não reconhecido e demandante de investigatória cumulada com alimentos, tão logo se possa nos autos conferir elementos capazes de revestir de verossimilhança as alegações iniciais⁴⁷⁴ - a prova de DNA positiva é uma hipótese -, podendo aí o magistrado viabilizar os provisórios, fazendo uso da tutela da evidência.

Finalizando, anota-se que o art. 475-N prevê como título judicial qualquer composição extrajudicial homologada judicialmente (inc. V).

No concernente aos alimentos, o título pode ter sido formado a partir da utilização de meios parajudiciais, como a conciliação ou mesmo mediação, de uso estimulado nas lides que envolvam interesses inerentes a relações familiares, valendo frisar, por óbvio, a

⁴⁷³DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 87.

⁴⁷⁴OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*, cit., p. 103.

possibilidade de terem proveniência nas dissoluções de sociedade conjugal ou do próprio matrimônio, com fundamento nos dispositivos do art. 1.574, c.c. o 1.694, do Código Civil.

A homologação do título é essencial ao seu aperfeiçoamento.⁴⁷⁵

2.3. Título Executivo Extrajudicial

Sempre foi questionável a possibilidade de execução de alimentos ser aparelhada por título extrajudicial. De passagem pelo assunto, aliás, ARAKEN DE ASSIS averba:

“Em edições anteriores defendeu-se a opinião de que a execução de alimentos sempre se apoiaria em título judicial, assinalando a opinião contrária de Leonardo Greco. E isso, disponíveis que sejam os meios executórios adequados e simétricos à outra categoria de títulos, mesmo vencidas as prioridades legalmente fixadas, e adiante esmiuçadas, porque o uso de coação pessoal, independentemente de prévio e rigoroso controle judicial sobre a existência do crédito alimentar soava imprudente. Como se sabe, o prognóstico a respeito do crédito é rarefeito no título extrajudicial, derivando apenas das partes, que adianta o efeito condenatório. Tal incontestada característica desautoriza a grave pressão exercida contra o obrigado, conjugada ao caráter sumário de sua defesa, a partir de título extrajudicial.”⁴⁷⁶

As resistências à viabilidade do título extrajudicial tinham como foco, portanto, a virtual instabilidade oriunda do título extrajudicial, em alguma medida sub-avaliado sob a perspectiva de seu conteúdo, a despeito de fundado em manifestação de vontade expressa em consonância com a diretiva fundamental do direito privado, ou seja, a autonomia negocial.

Trata-se de opinião de cuja respeitabilidade não se duvida, mas de juridicidade sujeita a críticas, já porque uma vez fixada a composição com objeto afeto a obrigação alimentar, entre maiores e capazes, seria de se perguntar, caso observada forma, licitude do objeto e capacidade (CC art. 104), por que não se poderia considerar antecipado o efeito condenatório? O raciocínio por força do qual se infirma a exequibilidade só pode se fundar na *suspeita de má – fé*, indiferente jurídico enquanto nessa subjetiva condição se mantiver, pois não?

Por isso apenas, como é de ver, a desqualificação do título executivo como tal quando apoiado em instrumento extrajudicial prestaria serviço eficaz ao inadimplente,

⁴⁷⁵ CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 702.

⁴⁷⁶ ASSIS, Araken. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*, cit., p. 136.

quebrando a lógica do sistema, respaldada pela técnica costumeira de se mirar antes o credor em circunstâncias que tais.

Prejudicado hoje esse entendimento, todavia.

A se tomar por postulado invencível a imprestabilidade do título extrajudicial para aparelhar execução alimentar, a realidade legal obrigaria o reconhecimento forçado de pelo menos duas exceções.

No tocante à primeira, com efeito, sua origem é a Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso -, cuja disposição do art. 13 passou a permitir a assunção do encargo alimentar em favor do idoso pela via extrajudicial, e por meio de instrumento escrito, uma vez homologado pelo Ministério Público, documento ao qual resta emprestada a natureza de título de crédito suficiente para aparelhar execução.

A clareza da disposição não oferece margem a ilações ou incertezas:

“Art. 13 - As transações relativas a alimentos poderão ser celebrados perante o Promotor de Justiça, que as referendará, e passarão a ter efeito de título executivo extrajudicial, nos termos da lei processual civil.”

Dentro dessa perspectiva, irretocável o surgimento dessa exceção, ora reconhecida como tal doutrinariamente⁴⁷⁷.

Cabe argumentar, em acréscimo, que igual possibilidade ocorre em relação aos alimentos em favor de criança ou adolescente, haja vista a intervenção do Ministério Público nessa seara com o grave encargo de ser órgão relevante do *sistema de garantias*, inclusive em condições de em substituição processual promover ações alimentares em defesa de crianças e adolescentes, na forma do art. 201, III, da Lei nº 8069/90 – ECA.

Realmente, ao *parquet* cumpre apurar quaisquer situações de onde possam provir ameaças ou lesão a direitos da criança e do adolescente, ofertando-lhe a legislação estatutária, inclusive, o instrumento do *inquérito civil*, de uso plausível para a averiguação de situações de risco em particular, dada a abertura da dicção do dispositivo do inc. V, do

⁴⁷⁷ ASSIS, Araken. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*, cit., p. 137. Em igual sentido: “O Estatuto do Idoso prevê em seu art. 13 que o Ministério Público pode homologar acordo envolvendo alimentos, norma que seria desnecessária ante a mencionada previsão genérica. Entretanto, cumpre assinalar que há restrição jurisprudencial quanto à possibilidade de se executar a obrigação alimentar com base em título extrajudicial, mormente em caso de prisão civil. Discordamos dessa orientação, no que acompanhamos parte da doutrina, mas é necessário observar, no caso concreto, se a providência extrajudicial, nesse particular, será mais efetiva para o idoso.” (GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos*: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça, cit., p. 87).

aludido art. 201 do ECA, expresso em permitir o uso do procedimento em tela visando avaliar ameaças e agressões a *interesses individuais*.

Ora, se assim é, se regra específica se instituiu em legislação análoga - Estatuto do Idoso - e destinada a sujeitos igualmente dotados da garantia *de prioridade absoluta*, e se, por fim, a previsão genérica do art. 585, II, do CPC endossa, não há discutir nessa hipótese também a formação legítima de título executivo a partir de documento de oferta unilateral, ou composição amigável versando sobre alimentos em prol dos sujeitos especiais de direito (crianças e adolescentes), mediante homologação ministerial.

Posto isso, acrescente-se situação de exceção ainda mais momentosa.

Trata-se da hipótese aberta pela recente legislação editada em complemento à EC 45, no âmbito das relações familiares, ou mais especificamente a Lei nº 11.441/2007, que para aliviar o Judiciário passou a permitir separações e divórcios pela via administrativa, via escritura pública realizada perante tabelião.

Note-se mais, que a promessa da lei é a inteira solução dessas situações de ruptura da vida em comum mediante simples convenção entre as partes, a qual, uma vez consolidada no instrumento público respectivo, será levada a registro sem necessidade de prévia homologação judicial ou do Ministério Público, ficando a cargo da autonomia da vontade do cônjuges os destinos do arranjo a que chegarem consensualmente.

A lei especial sob enfoque se inseriu no Código de Processo Civil, provocando a criação do art. 1.124-A, cujo dispositivo tem a seguinte redação:

“Art. 1.124-A – A separação consensual ou o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia, e, ainda, a retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou a manutenção de seu nome adotado quando de seu casamento.”

Parece normal deduzir, por via de consequência, que dissoluções de vida em comum ou mesmo de vínculos conjugais realizadas por essa via podem contemplar, como de fato ocorre, obrigação alimentar estabelecida ao talhe da manifestação consensual da vontade dos ex-cônjuges, dizendo respeito, inegavelmente, a hipótese de relação familiar, o que sugere a indagação : como *título extrajudicial*, o instrumento público decorrente da composição, pode aparelhar execução alimentar?

Em trabalho cuidadosamente elaborado sobre a matéria, a familiarista FABIANA DOMINGUES assim se pronuncia:

“A ausência de óbice para o ajuizamento da ação executória com base em título executivo extrajudicial é facilmente constatada ao ser analisado o disposto no inc. II, do art. 585, bem como os dispositivos que arrolam os requisitos para a realização de qualquer execução (arts. 580 e 583) pois nota-se que basicamente são exigidos para a demanda executória o inadimplemento do devedor e título executivo, previsto nos arts. 583 e seguintes, do CPC.

(...)

No tocante à aplicação do art. 733, do CPC, acredita-se que se enfrentará mais resistência, tendo em vista a possibilidade de prisão civil do devedor que não pagar e não justificar sua inadimplência quando citado.

Sob interpretação literal, o mencionado dispositivo representa uma resposta negativa à possibilidade de execução da escritura pública de alimentos, haja vista estar-se diante de um título executivo extrajudicial, o que contraria a previsão do artigo.

Entretanto não parece o melhor entendimento a ser aplicado neste momento em que uma novel legislação, se manejada com o rigor da lei, cerceará uma ferramenta eficiente na busca de uma resolução que envolve alimentos e que há muito vem sendo utilizado com sucesso.

Sim, porque na maioria dos casos o débito alimentar é quitado na iminência ou na efetivação da prisão do devedor.”⁴⁷⁸

A argumentação expendida pela autora, com efeito, rende-se a um certo nível de pragmatismo, uma vez inegável o agudo efeito intimidatório da *pena de prisão*, segundo os termos não economizados pelo legislador, cuja utilidade seria indispensável à preservação de direito tão relevante, quando afrontado pelo virtual inadimplemento.

Essa opção técnica merece boa atenção.

Mas, antes disso é preciso enfatizar a indiscutibilidade da via executiva para obrigações contraídas por meio de composição escriturada, nos termos do comando da Lei nº 11.441/07, conclusão certificada pela invocável disposição do art. 585, II, primeira parte, do CPC, podendo o alimentante inadimplente ser, sim, submetido patrimonialmente, nos termos do que prevê o art. 732, da referida legislação processual codificada.

Sobre a hipótese da execução especial, há que ver alguns pontos.

⁴⁷⁸ DOMINGUES, Fabiana. A execução dos alimentos firmados em escritura pública. Como aplicar o art. 733, do CPC.?. In: MATHIAS, Antonio Carlos; DELGADO, Mario Luiz. *Separação, divórcio, partilhas e inventário extrajudiciais*. São Paulo: Ed. Método, 2007.

A disposição do art. 733 é restritiva, sendo o caso de se indagar se à vista das diretrizes hermenêuticas sua interpretação pode ser estendida. A se lembrar, claro, que desde a *Lex Paetelia Papilia*, a excussão corporal passou a ser domesticada pelos sistemas jurídicos, esmaecendo seu vigor e credibilidade à medida em que outras técnicas processuais puderam ser empregadas com maior eficácia.

Flexibilizar conceitos sem uma plausível motivação jurídica, soa temerário, tanto mais se para afetar perigosamente o núcleo duro de direito fundamental, circundado por garantias de índole indiscutivelmente constitucional.

Normas que visam a coarctar direitos essenciais carecem de limitação do seu alcance por meio da interpretação, tanto mais por ser a via especial de execução da obrigação alimentar a exceção, ou melhor, a opção remanescente frente às demais, frente à acidez de suas consequências.

De outra parte, constranger a liberdade do provedor não garante a provisão em todos os casos, a par de que, repercute como forma de cisão familiar, útil sob o ponto de vista material, mas afrontosa ao melhor interesse da família e suas relações, ainda que pós-conjugais ou convivenciais, o que há de ser sopesado em última instância.

E para referendo dessas observações, s.m.j., parece indispensável não deslembrar a postura do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL⁴⁷⁹, que vem de moderar, ou fixar marcos mais angustos, à possibilidade de prisão do depositário infiel, ao fundamento de que boa parte das prisões determinadas a esse título se escudavam em interpretações extensivas – e portanto vedadas - da autorização constitucional por parte do legislador.

Inevitável, assim, discordar da posição colacionada.

3. Meios Executórios

3.1. Introdução

O título molda a execução. Se por meio desta o que se deseja é a materialização do direito espelhado no elemento que dá suporte ao seu desencadeamento, a possibilidade de sucesso se vincula a uma adequação entre o que se obtém por intermédio dos mecanismos pelos quais ela é realizada e a as normais decorrências da posição jurídica reconhecida em favor de seu titular.

⁴⁷⁹RE 466343-SP.

É nessa ótica, então, que JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA faz consignar:

“Em qualquer caso o processo de execução atinge sua consumação normal desde que se estabeleça a correspondência, tão perfeita quanto possível, entre a situação real e a indicada na norma jurídica concreta. Assim, por exemplo, quando se reembolse o credor da importância que lhe era devida, ou se realize o fato a cuja prestação se obrigara o devedor.”⁴⁸⁰

Converter em realidade o comando decorrente do título executivo, judicial ou não, é o fim objetivo da execução, que para alcançá-lo, naturalmente, deverá se efetivar por intermédio de meios executórios tendentes a, com eficiência, consagrar no plano da realidade material aquilo que a realidade formal inserida no título indica, por isso, sobre os meios executórios vir a afirmar JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA:

“A definição de medida jurídica adequada para a tutela do direito deve, em princípio, considerar os seguintes parâmetros: a.-) saber se a satisfação do direito depende ou não da participação do executado; b.-) identificar se a participação do executado é imprescindível, ou oportuna; c.-) se a participação do executado é totalmente inconveniente; e.-) se, embora possível, a atividade do executado é irrelevante, ou está em segundo plano. Em atenção a estas peculiaridades, deve o sistema jurídico comportar o manejo de medidas coercitivas que possam compelir o executado a realizar a atividade devida, ou, conforme o caso, estabelecer que os atos executivos realizados diretamente pelo juiz, ou por seus auxiliares, independentemente da participação do executado.”⁴⁸¹

Os meios executórios, são, por assim dizer, o fator de garantia da satisfação do direito representado pelo título executivo, sendo tão efetivos quanto úteis à medida em que sua sintonia com o os resultados práticos daquele. Por essa razão, e à vista da dimensão constitucional do direito à jurisdição, sublinham LUIZ GUILHERME MARINONI E SÉRGIO CRUZ ARENHART:

“Se o meio de execução adequado é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, devendo ser instituído pelo legislador ou – quando assim lhe autoriza a regra processual de caráter aberto – ser opção do juiz diante das opções do fato concreto, não há como desvincular o meio executivo da tutela do direito, seja para se verificar se esta é idônea à proteção do direito material, seja para analisar se esta, apesar de idônea, é a que causa a menor restrição possível⁴⁸² à esfera do réu.”

⁴⁸⁰MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 206.

⁴⁸¹MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral e princípios fundamentais*, cit., p. 40.

⁴⁸²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, cit., p. 67.

Essas colocações preambulares ilustram em alguma medida a relevância dos meios executórios, tanto quanto justificam o esforço do legislador em fixá-los de modo diferenciado no quanto diz respeito à pretensão executória alimentar, certificando assim a influência decisiva dos contornos do direito aos alimentos na idealização do perfil dos procedimentos executórios disponibilizados com vistas à garantia de sua efetividade.

Com a antevisão das circunstâncias técnicas expostas, o legislador não se pejou em fornecer para as diversas situações vislumbráveis no campo da obrigação alimentar os meios executórios mais aptos a sancionar o inadimplemento, relacionando a doutrina três principais, ou seja : a.-) desconto; b.-) expropriação e c.-) coerção pessoal, examinados em suas particularidades logo em seguida.

3.2. Desconto

Trata-se de medida das mais profícuas, prevista atualmente pelo art. 734, do CPC, que, por sua vez, derogou norma em igual sentido instalada no art. 16, da Lei nº 5478/68, consistente no *seqüestro* de valores destinados ao pagamento de verbas salariais do alimentante, garantindo assim a provisão dos meios necessários à subsistência do alimentando.

Consta tratar-se de providência residente na legislação codificada de 1.939, em seu art. 919, depois aperfeiçoada via Decreto-Lei nº 3.200/41⁴⁸³, e até hoje prevista, justamente em função de sua alta capacidade de guarnecer o direito do alimentando.

Em sede doutrinária, afirma PAULO HENRIQUE LUCON:

“Permite o presente dispositivo descontar diretamente da folha de pagamento a importância referente à obrigação nos casos de o devedor ser funcionário público, militar, diretor, gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação trabalhista (CPC art. 649, I). Esse desconto legalmente autorizado, segundo Orlando Gomes, *é uma espécie de seqüestro de parte dos frutos do trabalho do devedor, através do qual o credor tem a possibilidade de receber a pensão diretamente (Direito de Família, pg. 445)*. Na verdade trata-se de verdadeira penhora, não simples seqüestro, já que a finalidade última é prover o credor de alimentos, que deles necessita pra sua sobrevivência.”⁴⁸⁴

⁴⁸³ CARNEIRO, Nelson. A nova ação de alimentos: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e das outras providências, cit., p. 169; CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 711.

⁴⁸⁴ LUCON, Paulo Henrique. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*, cit., p. 2308.

Realmente, a qualificação jurídica para esse meio de expropriação é a de penhora, tanto assim que se reconhece sua possibilidade como uma exceção às diretivas do sistema no tocante à impenhorabilidade de certos bens integrantes do patrimônio, na conformidade com as disposições do art. 649, do CPC⁴⁸⁵.

A possibilidade, aliás, deve ser entendida como afeita a qualquer situação na qual se possa vislumbrar estabilidade de retiradas, não sendo exclusivamente reservada a assalariados, devendo a situação concreta apontar a utilidade e factibilidade da providência⁴⁸⁶.

Sobreleva notar que essa modalidade de ato de execução, até pelo vigor natural à expropriação direta é adotável apenas sob rígida observância de alguns critérios, sendo inadmitida caso inexistir inadimplemento e embaraço aos modos regulares de execução, como faz certo, com apoio no entendimento jurisprudencial predominante, YUSSEF CAHALI:

“A forma de execução de alimentos mediante desconto em folha ou da renda é prioritária a benefício do alimentando por sua eficiência prática, proclamando-se que sobre ela não tem precedência a penhora de bens oferecidos pelo devedor, esta apenas fica como alternativa se embaraçado o desconto em folha; do mesmo modo, o desconto em folha se sobrepõe inclusive contra a coerção pessoal (arts. 16 e 17, da Lei nº 5478/68 e art. 734, do CPC).”⁴⁸⁷

3.3. Penhora

Penhora é também um meio executório empregável no âmbito da tutela jurisdicional executiva ao direito a alimentos, consistindo, como sabido na técnica que tem a função de individualizar o bem sobre o qual recairá a execução, para submetê-lo à transferência coativa⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵“Nosso sistema processual garante impenhorabilidade dos salários, mas abre exceção para o caso de a dívida ter caráter alimentar. O credor de alimentos, portanto, pode postular ter acesso a verbas que compõem o salário, desde que tenha em mão título que assegure o caráter alimentar da prestação.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civil comentadas*, cit., p. 1070).

⁴⁸⁶“Serve para a execução dos alimentos, não só quando o executado estiver arrolado em um dos casos do art. 734, do CPC, mas sempre que o executado contar com fonte de renda estável e periódica. Nada obsta, portanto, que profissionais liberais sofram desconto de seus rendimentos, desde que estável e periódico seu recebimento. Pense-se no recebimento mensal de valores por parte de sócios em sociedades de advogados.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Processo de conhecimento*, cit., p. 696).

⁴⁸⁷CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*, cit., p. 712.

⁴⁸⁸THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 294.

Na condição de ato executivo, exerce uma constrição patrimonial sobre determinados bens do devedor, com a finalidade de individualizar, conservar e criar preferência em benefício do exequente.

Particularidade da penhora em hipótese de execução regida pelo art. 732, do CPC, é que uma vez recaindo sobre dinheiro, naturalmente será permitido o levantamento de quantia suficiente para prover as necessidades do alimentando, além de que, como já se viu, a impenhorabilidade legalmente atribuída a certos bens, nos termos do art. 649, do CPC, não reveste a remuneração pelo trabalho do devedor quando se tratar de execução por crédito alimentar, tal como dispõe seu § 2º, hipótese em que o devedor também não poderá invocar os préstimos da Lei nº 8009/90, por força de seu art. 3º, III, que não lhe oferece a imunidade patrimonial relativa ao bem de família.

De outra parte, beneficia o credor de alimentos a disposição do art. 655, do CPC, ao estabelecer a ordem de preferência dos bens sujeitos à constrição, de onde se extrai a precedência do dinheiro como objeto da penhora, até pela natureza do crédito.

A julgar por esses elementos, com efeito, hão de lhe ser deferidos os benefícios da denominada penhora *on line*, nos termos do quanto prescreve o art. 655-A, do CPC, como modo mais eficaz de lhe permitir a fruição do direito respectivo.

Contudo, há de se suscitar aqui observação de cunho relevante, ou seja, a grave suspeita recaída sobre essa modalidade de penhora, e isto por força de uma circunstância que a pré-condiciona, ou seja, a indispensável “quebra de sigilo bancário”, uma vez permitido aos juízes competentes para manejá-la senhas de acesso direto às contas – correntes dos devedores, com os consectários imagináveis.

Aliás, em estudo recente sobre a questão, anota GUILHERME GOLDSCHMIDT:

“A quebra de sigilo bancário sempre foi uma medida de exceção, entretanto coma inclusão da penhora *on line* como norma inserida no Código de Processo Civil, tornou-se regra geral, aplicável ao processo de execução, afrontando muitas vezes, o bom senso e a razoabilidade.

Apesar de a penhora *on line* estar sendo utilizada atualmente de forma preferencial no processo de execução, o mais razoável seria limitar a possibilidade de bloqueio ou penhora em conta-corrente somente quando o magistrado comprovar que o executado não dispõe de outros bens suficientes para garantia do juízo de execução.”⁴⁸⁹

⁴⁸⁹ GOLDSCHMIDT, Guilherme. *A penhora on line no direito processual brasileiro*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008. p. 76.

Com efeito, sob o prisma constitucional, não se pode esquecer o art. 5º, X, da CF, que garante os direitos de personalidade, e dentre estes o direito à privacidade e à intimidade, sob o manto dos quais se pode perfeitamente enquadrar a matéria referente ao sigilo bancário.

É bem verdade, mesmo à luz dos qualificativos que se pode emprestar aos direitos dessa natureza, que não se trata de direitos absolutos, modalidade inconcebível à luz das diretivas gerais do sistema, fator a implicar, por outro lado, na necessidade de se ponderar valores para compreender como excepcional a licença para essa conduta judicial invasiva, viável apenas quando outras alternativas não se revelarem alternativamente cabíveis.

Se há um modelo constitucional de processo, aliás, parece que suas estruturas condicionem uma apreciação moderada e flexível das disposições do art. 655, do CPC, sob pena de se consagrar, contra valores constitucionais expressivos, o ilícito da gestão maquiavélica do processo, pois ainda que respeitáveis os fins, os meios são sempre eticamente relevantes.

Particularizando o debate, a propósito, e como aqui se fala do direito-garantia aos alimentos, as possibilidades e facilidades trazidas pelo meio de constrição sob análise são ponderáveis, e nesse caso, talvez, um emprego mais efetivo da penhora on line seja legítimável, quando, por exemplo, se tratar de alimentante inadimplente contumaz e sem rendimentos habituais conhecidos etc., mas mesmo assim com cautelas para não se banalizar instrumento cuja banalização no uso desequilibra a ordem das garantias constitucionais.

3.4. Prisão Civil

Por força da expressa autorização lavrada pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, a *prisão civil* do devedor de alimentos é franqueada, nos termos das disposições do art. 733, do CPC, e do art. 19, da Lei nº 5478/68, cuidando-se, dessarte, de meio executório relevante, e tendente à coerção do obrigado ao pagamento.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, a luz da disposição da legislação processual codificada, opina:

“No art. 733 e seus parágrafos, contempla o Código, não uma modalidade particular de procedimento executório, mas um meio de coerção, tendendo a conseguir o adimplemento por obra do próprio devedor: a prisão civil, autorizada a título excepcional pela Constituição da

República (art. 5º, LXVII) é totalmente despojada de caráter punitivo, apesar do uso impróprio da palavra *pena* no § 2º do dispositivo processual.”⁴⁹⁰

Não se trata, então, de meio executório satisfativo, e muitas vezes não servirá a esse propósito, como se evidencia na lúcida exposição doutrinária colacionada, valendo acrescentar que sua utilização é correntemente questionada, tanto sob o ponto de vista de seus fundamentos - indagação de que aqui não se cuidará -, como também da disciplina de seu emprego em execuções alimentares.

Sobre os temas recorrentes, o primeiro, claro, decorre do mau emprego da expressão *pena* pelo legislador, no § 2º, do art. 733, o que traz celeuma sobre seu exato caráter, sendo de se admitir, todavia, que se cuidou apenas de impropriedade terminológica que não pode fazer fecundar conclusões precipitadas e inadequadas, já porque consolidou-se em sede doutrinária a convicção do equívoco do rótulo técnico do qual se valeu o legislador

Uma vez posto isso, e ajustado que se trata de constrição fortíssima sobre a liberdade de locomoção do devedor, discute-se ainda hoje se sua utilização deve ser orientada por critério de rigorosa ordem de precedência, uma vez existentes outros mecanismos para o alcance da finalidade da execução, ou se, ao contrario, prevaleceria a tônica da liberdade de escolha do credor, ao menos quando impossível o desconto em folha, isto é, quando lhe restem a constrição patrimonial inerente à execução por quantia certa - penhora - ou a possibilidade de coerção pessoal.

Sem titubeios, vale consignar, ARAKEN DE ASSIS, repudiando os excessos da ideologia liberal, guardião das liberdades individuais de modo invariável, põe-se ao lado de outros relevantes autores para assegurar que nessa hipótese a opção é do credor, cumprindo a ele – e somente a ele – a opção, fazendo consignar:

“Mas o preceito do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal enfoca a questão em diferente perspectiva axiológica. Mesmo na Carta Política vigente, filha da diástole política de seu tempo e inçada de liberdades públicas e de direitos fundamentais, ao *responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia*, acompanhado do *depositário infiel*, se mostra licita a reprimenda do encarceramento pela dívida.

Talvez os valores em jogo tornem discutível a prisão de quem assumiu o dever de restituir coisa depositada, jamais se nivelando a este obrigado,

⁴⁹⁰MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil*, cit., p. 274.

porém, o devedor de alimentos. Note-se, à primeira vista, que *a fome não pode aguardar*, enquanto no interesse do depositante, obviamente, não habita urgência análoga. Por outro lado, a necessidade prevalente do alimentário antepõem-se freqüentes obstáculos na expropriação, desde o acendrado e compreensível controle em tal meio à penetração do ato executivo na esfera jurídica do executado, desqualificando-o como a terapia própria do caso.

Assim, não sendo crível a imprudência ou a inadmissibilidade da pretensão creditícia, agasalhada em título executivo judicial, e garantida a ampla defesa ao alimentante (art. 5º, LV, da CF88), no prazo de três dias previsto no art. 733., *caput*, do CPC, o mecanismo se mostra apto à efetivação do crédito. E outra vez a experiência indica que o executado, exceto em raras exceções, não possui razão plausível e relevante para retardar o adimplemento da prestação, escudando-se em ódio vil e acintosa obstinação. Em tal situação só o *remédio poderoso da prisão*, pela coação pessoal, agindo psicológica, ou mesmo materialmente, dá resultado.

A pretensão do meio executório de coação, a favor da expropriação de quaisquer bens, contraria a ordem sadia e indiscutível, estampada nos arts. 16, 17 e 18 da Lei nº 5478/68. Ademais, acentua Sergio Gischkow Pereira, *é exegese que colide frontalmente com as características da obrigação alimentar, com a urgência de que se reveste o crédito de alimentos, com a relevância social do tema, com o significado humano que impregna o assunto.*⁴⁹¹

Essa visão, em princípio humanitária, malgrado assentada na preconcebida fundamentação odiosa e vil do inadimplemento, ignora então a rota traçada pelos dispositivos dos arts. 16, 17 e 18, da Lei de Alimentos, por força dos quais haveria – ou deveria haver – uma ordem de precedência na escolha dos meios executórios, em ordem a se relegar para a ultimíssima instância a possibilidade da coerção pessoal.

Insiste-se, nada obstante, em que este, sim, seja o caminho adequado.

A percepção que se tem da hipótese leva em consideração, antes do mais, o fato de a obrigação ora estudada provir, ou ser a expressão, de um espírito de solidariedade familiar, alentada pelo texto constitucional e materialidade na categoria de princípio, de onde se extrai sua reciprocidade, inclusive num sentido de equilíbrio nas relações entre os familiares envolvidos nesse vínculo.

Assim sendo, o comportamento de parte a parte cinge-se às regras da boa-fé objetiva, vale dizer, lealdade – postulados também caros na órbita processual - de modo a se coibir abusos, o que, em princípio é pré- condição do exercício legítimo do direito à jurisdição.

⁴⁹¹ ASSIS, Araken. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*, cit., p. 159-161.

Isso propõe, em consequência, que a escolha do credor de alimentos não pode ser arbitrária, mesmo porque se assim fosse, como no âmbito das relações familiares os ressentimentos e os ódios de situações mal resolvidas muitas vezes alimentam iniciativas emocionalmente compreensíveis, haveria o risco permanente da instrumentalização passional do processo, sob boas vestes da falta de assistência material.

Em outras palavras, o princípio da dignidade humana, as condições necessárias para a escolha legítima dos meios executórios, assim como as peculiaridades dos dramas familiares que se ocultam em cada controvérsia, recomendam uma compatibilização entre os textos da lei especial e o da legislação processual codificada, de modo a proporcionar um melhor e real proveito, não só ao alimentário, mas também às relações subsistentes entre os integrantes do grupo familiar, que cabe ao Estado também proteger (CF art. 226).

Para além disso, assentada essa premissa, cumpre ver que não pode haver execução por esse caminho da coerção pessoal sem título judicial.

Sabe-se que o art. 733, do CPC, realmente, alude aos *alimentos provisionais*, cujo inadimplemento recomendaria a prisão, sobre o que parece irrefutável a necessidade de uma atualização interpretativa, até para ampliar para a hipótese dos provisórios ou definitivos⁴⁹², tendo em conta a evidência da falha técnica do legislador ao se valer dessa equívoca expressão.

No entanto, é acintoso exceder na interpretação.

A letra da lei não induz à crença na possibilidade de que transações escrituradas, por exemplo, permitam a utilização dessa via, como desejam, por exemplo, FABIANA DOMINGUES, OU FRANCISCO CAHALI E KARIN REGINA RICK ROSA, que equiparam a escritura à sentença arbitral para acomodá-la ao rol do art. 475-N, do CPC⁴⁹³.

Como já dito, a restrição imposta pela norma sob comentário, realmente, por ferir direito constitucional, não admite um tal nível de elastério, valendo acrescentar que não se assume essa posição por se entender valiosa e imprescindível a fiscalização da formação

⁴⁹² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 1068.

⁴⁹³ CAHALI, Francisco; HERANCE FILHO, Antonio; ROSA, Karin Regina Rick; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *Escrituras públicas*. São Paulo: Ed. revista dso Tribunais, 2007. p. 122.

do título na órbita judiciária, mas apenas porque à falta de disposição legal específica, a restrição à liberdade afronta o sistema inapelavelmente⁴⁹⁴.

Recusa-se, desta maneira, posicionamentos defendidos por MARCELO ABELHA RODRIGUES⁴⁹⁵ e CÁSSIO SCARPINELLA BUENO⁴⁹⁶, que pressupõem a coerção pessoal como a via prioritária da execução de alimentos, entendimento que, conquanto bem fundamentado, não se coaduna com a realidade sistêmica da ordem jurídica, como procurou se demonstrar.

Merece lembrança, outrossim, a inviabilidade executacional por essa via das prestações vencidas por Períodos superiores a três meses, contados a partir da distribuição da Execução de Alimentos, nos termos da Súmula 309, do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, dado que a omissão em promover de logo execução de prestação destinada a suprir necessidades atuais, realmente, descaracterizam o crédito, tornando-o comum.

Sob o ponto de vista material, nenhuma dúvida.

A Súmula 309, todavia, há de ser considerada no tocante à sua adequação à realidade brasileira, aspecto onde ela peca, por presumir omissos quem muitas vezes, por ignorar a lei, ou por não gozar de meios próprios, tem dificuldade de acessar o Judiciário, o que corresponderia a opção de melhor alvitre impor ou não esse entendimento a partir da casuística.

4. Procedimento

Nesse particular, há de ser acentuado que a doutrina e a jurisprudência parecem convergir no tocante à utilização da técnica do cumprimento de sentença (CPC, art. 475-J) tanto nas hipóteses de sentenças definitivas, como no caso de decisões interlocutórias relativas aos provisórios e provisionais⁴⁹⁷, em nome, claro de uma maior efetividade no resguardo da posição jurídica do credor.

⁴⁹⁴“Prisão é medida excepcional em matéria alimentar, com o que as interpretações não lhe podem ser favoráveis em caso de dúvida. Descabem exegeses ampliativas, extensivas ou analógicas. Precisar-se-á ser modificado o art. 733.” (PEREIRA, Sergio Gischkow. *Ação de alimentos*, cit., p. 114).

⁴⁹⁵RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 644.

⁴⁹⁶BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 363-364.

⁴⁹⁷Cf. BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Execução*, cit., RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*, cit.

Sob o ponto de vista dos procedimentos relativos aos arts. 732, do CPC – que como se percebe, assume-se sua permanência - e do art. 733, não há grandes divergências, com boa definição dos atos processuais e garantia ampla do direito de defesa.

Pouco há a acrescentar sobre isso.

Todavia, há de ser realçado que mesmo quando se trata de tutela jurisdicional executiva, tem-se visto nos tribunais iniciativas absolutamente recomendáveis no sentido de se preferir, mesmo em meio ao processo, meios parajudiciais capazes de oferecer ao caso soluções verdadeiramente pacificadoras, como é o caso da conciliação, dadas as delicadas situações familiares que envolvem conflitos dessa natureza.

Fala-se na atualidade, inclusive, no uso da mediação incidental, como forma de buscar, com a presença e acompanhamento do juiz, soluções construídas consensualmente, e, portanto, dotadas de uma legitimidade mais acentuada, a fim de se mirar o escopo mais relevante no exercício da atividade jurisdicional, ou seja, a justiça com pacificação.

Talvez, seja esse o caminho para a tutela jurisdicional em nível do Direito de Família, uma tutela de *terceira via*, que aos poucos vai se construindo em sede doutrinária e na prática cotidiana dos tribunais.

CAPÍTULO VIII. SÍNTESE CONCLUSIVA

Faz-se intensa busca, hoje e sempre, pelo processo *justo e efetivo*, horizonte em direção ao qual a doutrina tem se movimentado, fazendo percursos de re-conceituação de categorias jurídico-processuais, minimizando obstáculos formalísticos, sobrevalorizando resultados em detrimento das estratégias burocráticas, e, sobretudo, outorgando aos juízes poderes condizentes com o atendimento ao preceito da *tutela jurisdicional efetiva*, de peso exponencial em termos de estrutura do sistema.

Nas águas do sistema adversarial, em que se alicerça o processo talhado para pôr a prumo a concretização das promessas formais do sistema normativo, as respostas jurisdicionais têm se acelerado por meio de técnicas moldadas sob o espírito da adjudicação célere dos direitos, via tutelas diferenciadas, tudo sem sacrifício das garantias individuais, apenas olvidadas legitimamente quando inúteis nas circunstâncias específicas.

Abandonadas ao sabor das urgências criadas pela noção – acentuada – de um tempo sem peias e *encurtado* pelo imediatismo das pretensões, as antigas garantias, escoradas pela solenidade dos ritos que enlaçavam a atmosfera do procedimento, vão se dissipando sob a densa bruma erguida em nome da eficiência da atividade pacificadora.

Tudo isso, a propósito, se faz luzir nas dobraduras do processo voltado à tutela dos direitos aos alimentos, como é natural inferir da análise da legislação, doutrina e jurisprudência que o orientam, podendo-se afirmar – e aí, talvez, sem exagero – de que sob muitos aspectos com notável perfil de via precursora dos caminhos procedimentais hoje tão valorizados.

Mesmo assim, seria razoável admitir que a tutela jurisdicional ao direito a alimentos se realiza por meio de *justo e efetivo processo* ?

Para responder é necessário, antes, averiguar se há um diálogo adequado entre a *realidade do processo* e a *realidade da relação familiar*, ambiente ao qual ele se dirige.

A ser lembrado aqui, inevitavelmente, é que decisões judiciais destinadas ao quadro das relações de família não logram atingir apenas as partes diretamente envolvidas no conflito, mas o próprio núcleo familiar em si, desacatando, assim, interesses circundantes dos oriundos do mesmo grupo, postados no entorno do conflito, como os idosos, as crianças etc.

Tais circunstâncias, com efeito, não podem ser marginalizadas na concepção que se deseje guardar sobre o modo de ser do processo de família, sendo aconselhável, pois, revisar a idéia de processo efetivo ou justo nessa singular perspectiva.

Desse modo, *justo* no caso, não pode ser o processo que resguarde garantias formais dos genitores em litígio alijando, no entanto, as que deveriam ser observadas em relação aos entes familiares alocados no entorno dessas circunstâncias, até porque os interesses pertinentes a seus direitos fundamentais são matéria de inolvidável interesse público.

Por outro lado, ser *efetivo* significa não suster-se o processo de família à produção de uma decisão que confira resolução pontual de uma culpa pretérita, no dizer de BERIZONCE, oferecendo ao vencedor o direito reconhecido, mas também, e principalmente, uma solução capaz de delimitar, o tanto quanto possível, condições de eliminação real e concreta da erupção de novos conflitos, sem dissolução dos vínculos pessoais, ou, pelo menos, sem agravar as repercussões dos rompimentos virtualmente já ocorridos.

Vista a matéria desse ângulo, portanto, as técnicas processuais empregadas nessa tutela, por bem dotadas de recursos sancionatórios que sejam, pecam ainda no tocante à melhor aproximação com o ideário do justo e efetivo processo, que, obviamente, não hão de ser focados sob os standarts gerais em situações de conflitos de natureza tão particular.

Por isso reafirmá-los nesse campo implica em eleger um processo *flexível*, com um *sistema adversarial suavizado* pelo emprego necessário de *técnicas de resolução parajudiciais*, pré ou incidentalmente instituídas, sem embargo de um conceito de decisão que não negue espaço ao *princípio da proporcionalidade*, e, sobretudo, fazendo presentes os postulados do *processo cooperativo*, em que juiz e partes se portem como parceiros, colaboradores, no afã do encontro da solução mais adequada à situação conflituosa posta em questão.

Sem essa visão apropriada, os meios mais tenazes, por si só, são insuficientes ao alcance da *pacificação com justiça*, que, enfim, não deve mesmo se restringir a uma convencional solução de mérito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 5. ed. Padova: CEDAM, 2007.

ALVIM, Arruda. Cumprimento de sentença condenatória de quantia certa, anotações de uma primeira impressão. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson (Coords.). *Constituição e processo: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

ALVIM, Eduardo de Arruda. *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Teoria geral do direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Manual da execução civil*. 11. ed. rev. ampl. e atual. com a Reforma Processual - 2006/2007. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Família e nova Constituição. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). *O direito na década de 1990: estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

BARASSI, Lodovico. *Istituzioni di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1955.

BARBOSA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARROS, Sergio Rezende de. A tutela constitucional do afeto. In: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. *Anais...* IBDFAM, 2005.

BARROS, Sergio Rezende de. Direitos humanos da família, dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 63/64, p. 1-49. jan./dez. 2006.

BAUMÖHL, Débora Inês Kram. *A nova execução civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

_____. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

BERIZONCE, Roberto O. *Derecho procesal civil actual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazione*. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: la famiglia - le successioni*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1987. v. 2.

BIGI, José de Castro. A família, os adolescentes e os índios. In: A CONSTITUIÇÃO brasileira 1988: interpretações. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: _____ (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. rev. e atual da 2. ed. da obra O direito civil na Constituição de 1988. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. *Alimentos*. São Paulo: Leud, 1979.

BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ed. Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007.

BONFANTE, Pietro. *Istituzione di diritto romano*. 5. ed. Milano: Francesco Vallardi, 1912.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. Artigos 282 a 294, do 458 a 466, do 480 a 495, do 686 a 731. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, v. 2 e v. 3.

_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

CAHALI, Francisco; HERANCE FILHO, Antonio; ROSA, Karin Regina Rick; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. *Escrituras públicas*. São Paulo: Ed. revista dos Tribunais, 2007.

CAHALI, Yussef. *Dos alimentos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. In: DIDIER, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). *Teoria do processo: panorama mundial*. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Cumprimento de sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *A nova execução da sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANEJO FILHO, Walter. Garantia do acesso à justiça. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento. In: _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução e Notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008. v. 1.

CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible*. 2. ed. Trad. Luis Diez-Picazo. Madrid: Tecnos, 1974.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. O cumprimento de sentença segundo a Lei nº 11.232/2005. In: *Processo civil: aspectos relevantes: estudos em homenagem a Humberto Theodoro Jr.* São Paulo: Método, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento de sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Do cumprimento de sentença conforme a Lei nº 11.232/2005. Parcial retorno ao medievalismo. Por que não? In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Nelson. *A nova ação de alimentos: anotações a Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968, que dispõe sobre a ação de alimentos e da outras providências*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1972.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro Cesar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

CENEVIVA, Walter. Conciliação no processo civil brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CHAVES, Antonio. O novo direito de família. In: GUSMÃO, Paulo Dourado de; GLANZ, Semy (Coords.). *O direito na década de 1990: estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992;

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. Madrid: Ed. Fundación Cultural del Notariado, 1996. v. 2.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. A separação judicial e a renúncia aos alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: Giappichelli, 2004.
- _____.; TARUFFO, Michelle; FERRI, Conrado. *Lezione sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 2006. v. 1.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1, t. 4.
- CORTIANO JR., Erouths. O direito de família no Projeto do Código Civil. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; LEITE, Eduardo Oliveira (Coords.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 4.
- COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Medidas preventivas*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *Ação de alimentos*. São Paulo: Leud, 1987.
- COVIELLO, Nicolas. *Doctrina general del derecho civil*. Trad. Felipe de J. Tena e Raul Berron Muciel. México: Union Tipografica Editorial Hispano-Americana, 1949.
- CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Lei de Arbitragem brasileira comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Dos alimentos no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- _____. *A nova ação de alimentos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O tempo e o processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- CUNHA, Sérgio Sérulo. *Direito de família: mudanças*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *Fundamentos do direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- CUNHA JÚNIOR, Dyrlei. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Ed. Juspodium, 2008.
- CURI, Munyr; SILVA, Antonio Fernando Amaral; MENDEZ, Emíla Garcia (Coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DELGADO, Régis, Mário Luis. *Código Civil comentado*. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva,

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos para a vida*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 09 jan. 2009.

_____. *Execução de alimentos e a reforma do CPC*. Disponível em: <www.mariabrenicedias.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2008.

_____. Execução de alimentos e a reforma do CPC. *Revista IOB de Direito Processual Civil*, n. 46, 2007.

_____. *A Lei Maria da Penha na justiça*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

_____. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

_____. O futuro do processo civil brasileiro. In: _____. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004. v. 4.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. v. 1.

_____. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: _____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. Relendo princípios e renunciando a dogmas. In: _____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. Tutela jurisdicional. In: _____. *Fundamentos do direito processual civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 13.ed. São Paulo: Saraiva,

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

DOMINGUES, Fabiana. A execução dos alimentos firmados em escritura pública. Como aplicar o art. 733, do CPC.?. In: MATHIAS, Antonio Carlos; DELGADO, Mario Luiz. *Separação, divórcio, partilhas e inventário extrajudiciais*. São Paulo: Ed. Método, 2007.

FABRETTI, Daniel. Conciliação em juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e LAGRASTA NETO, Caetano (Coords.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007

FACHIN, Luis Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

_____. A família plural: jornada em direção à luz. In: _____. *Questões de direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Questões de direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos: uma conclusão constitucional. In: _____. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; ROSENWALD, Nelson. *Direito das famílias*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERNANDES, Iara Toledo. *Alimentos provisionais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERRAND, Frederique. *Droit privé allemand*. Paris: Dalloz, 1997.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976. v. 1, v. 2.

FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civil: arts. 168 e 170*. Paris: B.L. Garnier, 1870.

FREITAS JR., Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

_____. *O novo processo de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GALGANO, Francesco. *Istituzione di diritto privato*. 4. ed. Milano: CEDAM, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Alimentos gravídicos*. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 09 jan. 2009.

GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GODINHO, Robson Renault. *A proteção processual dos direitos dos idosos: Ministério Público, tutela de direitos individuais e coletivos e acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOLDSCHMIDT, Guilherme. *A penhora on line no direito processual brasileiro*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direito privado: novos aspectos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

_____. A humanização do direito privado. In: *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, v. 6.

_____. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e juizado de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

_____. Cumprimento de sentença. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

_____. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (Parágrafos Únicos dos arts. 249 e 251, do Código Civil). In: VELOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem a Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex Ed., 2005.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

HAUSER, Jean; HUET-WEILLER, Daniele. *Droit Civil: la famille*. Paris: LGDJ, 1993.

_____. *Traité de droit civil*. Paris: LGDJ, 1993.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Ed. Fundação Boiteux, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos: um devaneio sobre a ética no direito de família. In: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. *Anais...* IBDFAM, 2005.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*. Coimbra: Almedina, 1992.

IRTI, Natalino. *Codice Civile e società política*. 8. ed. Roma: Laterza, 2007.

_____. *L'età de la decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

JÖRS, Paul; KUNKEL, W. *Derecho privado romano*. Trad. L. Prieto Castro. Ed. Labor, 1937.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämerle. Fund. Calouste Goubenkian, 1999.

LEAL, Antonio Luiz da Câmara. *Manual elementar de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1930. v. 1.

LEHMANN, Heinrich. *Derecho de família*. Trad. José M. Navas. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1953. v. 1, v. 4.

LEITE, Eduardo Oliveira. A mediação no direito de família ou um meio de reduzir o litígio em favor do consenso. In: _____ (Coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

_____. *Temas de direito de família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

LOPES, José Fernando Silva. *O Ministério Público e o processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. 1976.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 1.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Alimentos: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LUCON, Paulo Henrique. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MADALENO, Rolf. O Cumprimento de sentença e a exceção de pré-executividade na execução de alimentos. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Execução civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Ed. Método, 2006.

_____. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Execução de alimentos e cumprimento de sentença. In: _____. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARANHÃO, Clayton. Algumas questões de direito processual de família. In: WAMBIER, Tereza de Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.

MARCATO, Antonio Carlos. A nova execução civil. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Procedimentos especiais*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Execução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. _____. *Processo cautelar*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. _____. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MARMITT, Arnaldo. *Pensão alimentícia*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1995.

MARQUES, José Frederico *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. São Paulo: Saraiva, 1959.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. 5.

MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo das fontes. In: PFEIFER, Roberto A.C.; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINEZ DAL COL, Helder. A união estável perante o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 818, p. 11-35, dez. 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: CUNHA, Alexandre dos Santos et al. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista do CJF*, n. 27, p. 110. Disponível em: <www.cfj.jus.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral e princípios fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado de direito de família*. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 1, v. 3.

MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. *Anais...* IBDFAM, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir de um direito civil constitucional. In: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. O princípio da dignidade humana. In: _____ (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: 2007. 578 p.

_____. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: <www.idcivil.com.br>. Acesso em: 12 fev. 2008.

_____. *O princípio da solidariedade*. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Ed. Nuria Fabris, 2008.

MORAIS, José Luiz Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Cumprimento' e 'execução' de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais. In: _____. *Temas de direito processual civil*, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: _____. *Temas de direito processual*, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *O novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: _____. *Temas de direito processual civil*, 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Temas de direito processual civil*, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Temas de direito processual civil*, 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORELLO, Augusto. *El justo proceso*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis; Abeledo Perrot,

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In: _____. *Textos de direito civil*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. *Textos de direito civil*. Curitiba: Juruá, 1998.

NEGRÃO, Theotônio. Nota art. 82. In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVEA, José Roberto. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____; _____. *Leis civil comentadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____; _____. *Leis especiais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

NETO LÔBO, Paulo Luiz. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha e a lei fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. In: _____. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Medidas cautelares e tutela de urgência no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco Ferreira. *Direito de família*. Curitiba: Juruá, 1990.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. Reflexos da constitucionalização nas relações de família. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus. *Alimentos e investigação de paternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Evolução do direito de família. In: _____. *Direito civil: aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 3.

_____. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Tânia da Silva Pereira. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 20.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Sergio Gischkow. *Ação de alimentos*. 4. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.

_____. *Direito de família*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhi. *Direitos fundamentais e relações familiares*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Virgílio Sá. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEZZELA, Maria Cristina Cereser. O Código Civil em perspectiva histórica. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (Org). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre, 2006.

PISANI, Andrea Proto. *Lezione di diritto processuale civile*. 5. ed. Jovene, 2006.

PIZZOL, Patrícia Miranda. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005.

PRUNES, Lourenço Mário. *Ações de alimentos*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto processuale generale*. 3. ed. Torino: G. Giapichelli, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual da execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

ROMANO, Santi. *Fragmentos de um diccionario jurídico*. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

_____. Función del derecho. In: _____. *Fragmentos de um diccionario jurídico*. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. EJEJA, 1964.

ROSENWALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais, no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio (Coords.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão: direito de família*. 9. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

SHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Eduardo da. Constituição, jurisdição e arbitragem. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

_____. *Direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Org.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva,

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Lex, 1999.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

_____; DELORE, Luiz. Alimentos via cumprimento de sentença: novo regime de execução? In: BRUSHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sergio (Coords.). *Execução civil*. São Paulo: Método, 2002.

TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile de cognizione*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio (Coords.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JR., Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Cumprimento de sentença e devido processo legal*. São Paulo: Ed. Mandamentos, 2006.

_____. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, v. 2 e v. 3

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. 2. ed. Ed. Juspodivm, 2007.

_____. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. São Paulo: Leud, 2007.

TRABUCHI, Alberto. *Istituzione di diritto civile*. 43. ed. Milano: CEDAM,

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VAMPRÉ, Spencer. *Manual de direito civil brasileiro*. F. Briguiet & Cia., 1920. v. 1.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Ed. Método, 2008.

VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 17.

VENOSA, Silvio Salvo. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 6.

VERONESE, Josiane Rosa Petry; HANOFF, Roberta Volpato. Alimentos complementares e o novo Código Civil: uma perspectiva processual. In: *Grandes temas da atualidade: alimentos no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIANA, Marco Aurélio S. *Alimentos: ação de investigação de paternidade e maternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Temas de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena; SCABIN, Flávia. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

VILLELA, João Baptista. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

WAMBIER, Luis Henrique; ALMEIDA, Flavio Renato Correa de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

_____; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 2.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Estudos em homenagem à Profa. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Ed. DPJ, 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. A secularização do direito de família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Ed. Calouste Goulbenkian, 2004.

YARSHELL, Flavio Luiz; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Execução civil: novos perfis*. São Paulo: Ed. RCS, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesas do executado. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *A nova execução de títulos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2006.